

*Yukun Zong*

Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren

Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für  
ausländisches und internationales Strafrecht

## Strafrechtliche Forschungsberichte

Herausgegeben von Ulrich Sieber

Band S 164



Max-Planck-Institut für ausländisches  
und internationales Strafrecht

# Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren

Rechtsvergleichende Untersuchung  
zum deutschen, US-amerikanischen  
und chinesischen Recht

Yukun Zong



Duncker & Humblot • Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische  
Daten sind im Internet über <<http://dnb.d-nb.de>> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2018 Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e.V.  
c/o Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht  
Günterstalstraße 73, 79100 Freiburg i.Br.

<http://www.mpicc.de>

Vertrieb in Gemeinschaft mit Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
<http://www.duncker-humblot.de>

Umschlagbild: © Getty images

Foto der Autorin: Baschi Bender

Druck: Stückle Druck und Verlag, Stückle-Straße 1, 77955 Ettenheim

Printed in Germany

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 .,

ISSN 1860-0093

ISBN 978-3-86113-779-5 (Max-Planck-Institut)

ISBN 978-3-428-15741-9 (Duncker & Humblot)

DOI <https://doi.org/10.30709/978-3-86113-779-5>

CC-Lizenz by-nc-nd/3.0

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2016/2017 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg als Dissertation angenommen. Gesetzgebung, Literatur und Rechtsprechung sind bis Juli 2018 berücksichtigt.

Die Arbeit entstand während meiner Zeit als Doktorandin am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht im Rahmen der International Max Planck Research School for Comparative Criminal Law (IMPRS-CC). Für die finanzielle Förderung bin ich der Max-Planck-Gesellschaft sehr verbunden.

Besonders herzlicher Dank gilt meinem verehrten Doktorvater Herrn Professor Dr. Dr. h.c. mult. *Ulrich Sieber*. Er hat meine Promotion nicht nur mit großem persönlichem Engagement begleitet, sondern auch mit seinen konzeptionellen und methodischen Anregungen gefördert. Zugleich hat er mir für die Verwirklichung meines Forschungsvorhabens große wissenschaftliche Freiräume gelassen. Bei Herrn Professor Dr. Dr. h.c. mult. *Hans-Jörg Albrecht* möchte ich mich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens bedanken.

Des Weiteren danke ich herzlich Herrn Professor Dr. *Walter Perron* für die Betreuung und die uneingeschränkte Unterstützung in der Anfangsphase meiner Promotion. Für die ständige *day-to-day*-Betreuung möchte ich Frau *Emily Silverman*, J.D., und Herrn PD Dr. *Hans-Georg Koch* am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht danken.

Herrn Professor Dr. Dr. h.c. mult. *Klaus Tiedemann* bin ich von ganzem Herzen dankbar. Er hat in seinem letzten Lebensjahr viel kostbare Zeit geopfert, um diese Arbeit für die Vorbereitung der Drucklegung zu korrigieren und konstruktive Vorschläge zu machen. Es ist eine Ehre für mich, dass meine Arbeit die letzte Dissertation war, die von ihm gelesen wurde.

Für die angenehme und freundliche Arbeitsatmosphäre, die persönliche Unterstützung und den fachlichen Austausch möchte ich an dieser Stelle meinen Institutskolleginnen und -kollegen, insbesondere Frau Dr. *Linn Döring*, Frau *Lena Petri*, Frau Dr. *Michela D'Angelo*, Frau *Angélica Romero Sánchez*, Frau *Christiane Bruhn*, Herrn *Jan Caba*, Herrn *Seyed Emadeddin Tabatabaei* und Herrn Dr. *Nandor Knust* danken. Großer Dank geht ferner an das Lektorat des Instituts, vor allem an Frau *Birgit Jacob* und Frau *Ines Hofmann*, die diese Arbeit redaktionell betreut haben. Auch Herrn *Bernd Hagenbusch*, Frau Dr. *Yvonne Shah-Schlageter* und Frau *Sarah Schäffer* möchte ich meinen herzlichen Dank für ihre Korrekturarbeit und ihre Geduld aussprechen.

Ganz besonders bedanke ich mich schließlich bei meinen Eltern, meinem Großvater, meinem Ehemann und meiner Gastfamilie. Sie alle haben meine Promotion mit viel Verständnis und Geduld in vielfacher Weise begleitet, gefördert und unterstützt.

Freiburg, im Juli 2018

*Yukun Zong*

# Inhaltsübersicht

Vorwort .....	V
Inhaltsverzeichnis .....	XI
Abkürzungsverzeichnis .....	XX

## Einleitung

<b>I. Untersuchungsgegenstand</b> .....	1
<b>II. Untersuchungsziel</b> .....	2
<b>III. Untersuchungsmethode</b> .....	2
<b>IV. Untersuchungsgang</b> .....	4

## *Erster Teil*

### **Beweisverwertungsverbote in Deutschland**

<b>I. Allgemeine Grundlagen</b> .....	5
A. Historische Entwicklung .....	5
B. Prozessmodell .....	7
<b>II. Analyse der Sachverhaltskonstellationen</b> .....	10
A. Abgrenzung zwischen Beweiserhebungsverboten und Beweisverwertungsverbotten .....	10
B. Beweisverwertungsverbote im Zusammenhang mit der Beschuldigtenvernehmung .....	11
C. Beweisverwertungsverbote im Zusammenhang mit der Zeugenvernehmung .....	30
D. Beweisverwertungsverbote im Zusammenhang mit strafprozessualen Zwangsmaßnahmen .....	34
E. Fernwirkung der Beweisverwertungsverbote .....	87
<b>III. Begründungen</b> .....	101
A. Schutzzwecklehren .....	102
B. Funktionslehren .....	117
C. Abwägungslehre und normative Fehlerfolgenlehre .....	129
D. Lehre von den Informationsbeherrschungsrechten und vom informationellen Unterlassungsanspruch .....	135
E. Exkurs: Hypothetische Ermittlungsverläufe .....	141

<b>IV. Zwecke der Beweisverwertungsverbote</b> .....	143
<b>V. Kriterien der Beweisverwertungsverbote</b> .....	151

*Zweiter Teil*

**Beweisverwertungsverbote in den USA**

<b>I. Allgemeine Grundlagen</b> .....	157
A. Historische Entwicklung .....	157
B. Prozessmodell .....	159
<b>II. Analyse der Sachverhaltskonstellationen</b> .....	164
A. Abgrenzung zwischen Beweiserhebungsverboten und Beweisverwertungsverbotten .....	164
B. Beweisverwertungsverbote im Zusammenhang mit der Beschuldigtenvernehmung .....	165
C. Ausschluss der Zeugenvernehmung .....	185
D. Beweisverwertungsverbote im Zusammenhang mit strafprozessualen Zwangsmaßnahmen .....	197
E. Fernwirkung der Beweisverwertungsverbote .....	274
<b>III. Begründungen</b> .....	285
A. Abschreckungsgedanke .....	286
B. Justizielle Integrität .....	290
C. Sonstige Ansätze .....	293
<b>IV. Zwecke der Beweisverwertungsverbote</b> .....	296
<b>V. Kriterien der Beweisverwertungsverbote</b> .....	302

*Dritter Teil*

**Beweisverwertungsverbote in China**

<b>I. Allgemeine Grundlagen</b> .....	308
A. Historische Entwicklung .....	308
B. Prozessmodell .....	311
<b>II. Analyse der Sachverhaltskonstellationen</b> .....	320
A. Abgrenzung zwischen Beweiserhebungsverboten und Beweisverwertungsverbotten .....	320
B. Beweisverwertungsverbote im Zusammenhang mit der Beschuldigtenvernehmung .....	321
C. Beweisverwertungsverbote im Zusammenhang mit der Zeugenvernehmung .....	335



D.	Beweisverwertungsverbote im Zusammenhang mit strafprozessualen Zwangsmaßnahmen .....	338
E.	Fernwirkung der Beweisverwertungsverbote .....	356
<b>III.</b>	<b>Begründungen</b> .....	361
A.	Sicherung der Wahrheitsfindung .....	361
B.	Abschreckung vor rechtswidrigem Verhalten bei der Beweiserhebung .....	363
C.	Justizielle Integrität und Vertrauen in die Justiz .....	364
D.	Wahrung der prozessualen Gerechtigkeit und Schutz der Menschenrechte .....	365
<b>IV.</b>	<b>Zwecke der Beweisverwertungsverbote</b> .....	367
<b>V.</b>	<b>Kriterien der Beweisverwertungsverbote</b> .....	369

*Vierter Teil*  
**Rechtsvergleich**

<b>I.</b>	<b>Allgemeine Grundlagen</b> .....	375
A.	Vergleich der historischen Entwicklung .....	375
B.	Vergleich des Prozessmodells .....	376
<b>II.</b>	<b>Analyse der Sachverhaltskonstellationen</b> .....	378
A.	Vergleich der terminologischen Abgrenzung .....	378
B.	Beweisverwertungsverbote im Zusammenhang mit der Beschuldigtenvernehmung .....	379
C.	Beweisverwertungsverbote im Zusammenhang mit der Zeugenvernehmung .....	388
D.	Beweisverwertungsverbote im Zusammenhang mit strafprozessualen Zwangsmaßnahmen .....	394
E.	Fernwirkung der Beweisverwertungsverbote .....	438
<b>III.</b>	<b>Begründungen</b> .....	447
A.	Deutschland .....	447
B.	USA .....	449
C.	Vergleich .....	450
D.	Reflexion über chinesische Begründungen .....	452
<b>IV.</b>	<b>Zwecke der Beweisverwertungsverbote</b> .....	453
A.	Deutschland .....	453
B.	USA .....	454
C.	Vergleich .....	454
D.	Reformüberlegungen für China .....	456

<b>V. Kriterien der Beweisverwertungsverbote</b> .....	458
A. Deutschland .....	458
B. USA .....	459
C. Vergleich .....	459
D. Reformüberlegungen für China .....	461
<b>Schlussbewertung</b> .....	463
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	469
Deutschsprachige Literatur .....	469
Englischsprachige Literatur .....	477
Chinesischsprachige Literatur .....	481

## Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Inhaltsübersicht .....	VII
Abkürzungsverzeichnis .....	XX

### Einleitung

<b>I. Untersuchungsgegenstand</b> .....	1
<b>II. Untersuchungsziel</b> .....	2
<b>III. Untersuchungsmethode</b> .....	2
<b>IV. Untersuchungsgang</b> .....	4

### *Erster Teil*

#### **Beweisverwertungsverbote in Deutschland**

<b>I. Allgemeine Grundlagen</b> .....	5
A. Historische Entwicklung .....	5
B. Prozessmodell .....	7
<b>II. Analyse der Sachverhaltskonstellationen</b> .....	10
A. Abgrenzung zwischen Beweiserhebungsverböten und Beweisverwertungsverböten .....	10
B. Beweisverwertungsverböte im Zusammenhang mit der Beschuldigtenvernehmung .....	11
1. Verstöße gegen die Schweigerechtsbelehrungspflicht gegenüber dem Beschuldigten .....	12
2. Verstöße gegen das Verteidigerkonsultationsrecht des Beschuldigten .....	14
3. Anwendung verbotener Vernehmungsmethoden .....	16
a) Misshandlung, Ermüdung, körperlicher Eingriff, Verabreichung von Mitteln, Quälerei und Hypnose .....	17
b) Täuschung .....	20
aa) Lockspitzel-Fälle .....	21
bb) Hörfälle .....	23
cc) Zellenspitzel-Fälle .....	25

4.	Verstöße gegen Anwesenheitsrechte des Beschuldigten bzw. seines Verteidigers .....	28
C.	Beweisverwertungsverbote im Zusammenhang mit der Zeugenvernehmung .....	30
1.	Verstöße gegen das Zeugnisverweigerungsrecht aus familiärem Grund .....	30
2.	Verstöße gegen das Auskunftsverweigerungsrecht .....	32
3.	Verstöße gegen Zeugnisverweigerungsrechte aus beruflichen oder dienstlichen Gründen .....	32
D.	Beweisverwertungsverbote im Zusammenhang mit strafprozessualen Zwangsmaßnahmen .....	34
1.	Beweisverwertungsverbote bei der Durchsuchung .....	34
a)	Verstöße gegen Vorschriften über die Anordnung und Durchführung der Durchsuchung .....	35
b)	Beweisverwertungsverbote bei Zufallsfunden .....	39
2.	Beweisverwertungsverbote bei der Beschlagnahme .....	40
a)	Verstöße gegen Vorschriften über die Anordnung der Beschlagnahme .....	40
b)	Verstöße gegen gesetzliche Beschlagnahmeverbote .....	41
c)	Verstöße gegen Beschlagnahmeverbote aus verfassungsrechtlichen Gründen .....	44
aa)	Tagebuchaufzeichnungsfälle .....	46
bb)	Tonaufzeichnungsfälle .....	49
3.	Beweisverwertungsverbote bei der körperlichen Untersuchung .....	52
a)	Beweisverwertungsverbote bei der körperlichen Untersuchung des Beschuldigten .....	52
aa)	Allgemeines .....	52
bb)	Verstöße gegen den Richtervorbehalt .....	54
cc)	Verstöße gegen das Arzterfordernis .....	55
b)	Beweisverwertungsverbote bei der körperlichen Untersuchung anderer Personen .....	57
aa)	Allgemeines .....	57
bb)	Fehlerhafte Belehrung über das Weigerungsrecht .....	58
cc)	Verstöße gegen sonstige Vorschriften bezüglich der körperlichen Untersuchung anderer Personen .....	59
c)	Beweisverwertungsverbote bei der DNA-Analyse .....	59
4.	Beweisverwertungsverbote bei der Telekommunikationsüberwachung .....	61
a)	Allgemeines .....	61
b)	Verstöße gegen Vorschriften über Voraussetzungen, Anordnung und Durchführung der Telekommunikationsüberwachung .....	63
c)	Eingriffe in den Kernbereich privater Lebensgestaltung .....	68
aa)	Absolutes Erhebungs- und Verwertungsverbot aufgrund der Eingriffe in den Kernbereich privater Lebensgestaltung ....	68

bb) Kritische Würdigung .....	69
cc) Beispielsfall .....	71
d) Beweisverwertungsverbote bei Zufallsfunden .....	72
aa) Grundsatz nach § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO .....	72
bb) Ausnahmen zum Grundsatz nach § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO und Spurenansatz .....	74
5. Beweisverwertungsverbote beim Einsatz technischer Mittel .....	77
a) Verstöße gegen Vorschriften bezüglich der akustischen Wohnraumüberwachung (sogenannter großer Lauschangriff) .....	77
b) Verstöße gegen Vorschriften bezüglich akustischer Überwachung außerhalb der Wohnung (sogenannter kleiner Lauschangriff) .....	83
c) Verstöße gegen Vorschriften bezüglich des Einsatzes technischer Mittel zu Observationszwecken .....	84
E. Fernwirkung der Beweisverwertungsverbote .....	87
1. Fernwirkung in der Rechtsprechung .....	87
a) Verbotene Vernehmungsmethoden .....	88
b) Unterlassene Schweigerechtsbelehrung .....	91
c) Zufallsfunde bei der Telekommunikationsüberwachung .....	93
d) Weitere Sachverhalte .....	95
2. Fernwirkung in der Literatur .....	95
a) Anerkennung der Fernwirkung .....	96
b) Ablehnung der Fernwirkung .....	98
c) Vermittelnde Ansicht .....	100
<b>III. Begründungen</b> .....	101
A. Schutzzwecklehren .....	102
1. Rechtskreistheorie .....	102
2. Schadensvertiefungstheorie .....	103
3. Prozesszieltheorie .....	106
4. Lehre von der Schutzzweckhierarchie .....	109
5. Lehre von den beweisgegenständlichen Verwertungsverböten .....	111
6. Schweretheorie .....	115
B. Funktionslehren .....	117
1. Gedanke der Wahrheitsgefährdung .....	117
2. Disziplinierungsgedanke .....	119
3. Gedanke der sittlichen Überlegenheit des Staates .....	121
4. Spezial- und generalpräventive Funktion .....	122
5. Staatliche Selbstbeschränkungsfunktion .....	125
6. Sicherung der Individual- und Grundrechte .....	128

C.	Abwägungslehre und normative Fehlerfolgenlehre .....	129
1.	Abwägungslehre .....	129
2.	Normative Fehlerfolgenlehre .....	133
D.	Lehre von den Informationsbeherrschungsrechten und vom informationellen Unterlassungsanspruch .....	135
1.	Lehre von den Informationsbeherrschungsrechten .....	135
2.	Lehre vom informationellen Unterlassungsanspruch .....	139
E.	Exkurs: Hypothetische Ermittlungsverläufe .....	141
<b>IV.</b>	<b>Zwecke der Beweisverwertungsverbote .....</b>	<b>143</b>
<b>V.</b>	<b>Kriterien der Beweisverwertungsverbote .....</b>	<b>151</b>

*Zweiter Teil*

**Beweisverwertungsverbote in den USA**

<b>I.</b>	<b>Allgemeine Grundlagen .....</b>	<b>157</b>
A.	Historische Entwicklung .....	157
B.	Prozessmodell .....	159
<b>II.</b>	<b>Analyse der Sachverhaltskonstellationen .....</b>	<b>164</b>
A.	Abgrenzung zwischen Beweiserhebungsverbotten und Beweisverwertungsverbotten .....	164
B.	Beweisverwertungsverbote im Zusammenhang mit der Beschuldigtenvernehmung .....	165
1.	Allgemeines .....	165
2.	Verstöße gegen die Schweigerechtsbelehrungspflicht gegenüber dem Beschuldigten .....	167
3.	Verstöße gegen das Verteidigerkonsultationsrecht des Beschuldigten .....	170
4.	Anwendung verbotener Vernehmungsmethoden .....	174
a)	Zwang .....	175
b)	Täuschung .....	177
aa)	Lockspitzel-Fälle .....	178
bb)	Hörfälle .....	179
cc)	Zellenspitzel-Fälle .....	180
5.	Verstöße gegen Anwesenheitsrechte des Beschuldigten bzw. seines Verteidigers .....	181
C.	Ausschluss der Zeugenvernehmung .....	185
1.	Allgemeines .....	185

2.	Ausschluss der Zeugenvernehmung aufgrund des Zeugnissverweigerungsrechts aus familiärem Grund .....	186
3.	Ausschluss der Zeugenvernehmung aufgrund des Auskunftsverweigerungsrechts .....	189
4.	Ausschluss der Zeugenvernehmung aufgrund der Zeugnissverweigerungsrechte aus beruflichen oder dienstlichen Gründen .....	192
D.	Beweisverwertungsverbote im Zusammenhang mit strafprozessualen Zwangsmaßnahmen .....	197
1.	Allgemeines .....	197
2.	Beweisverwertungsverbote bei der Durchsuchung .....	198
a)	Allgemeines .....	198
b)	Verstöße gegen den 4. Zusatzartikel zur US-Bundesverfassung .....	200
aa)	Beweisverwertungsverbote bei unreasonable searches .....	200
bb)	Good faith exception .....	208
cc)	Sonstige Rechtsverstöße bei der Durchsuchung .....	210
c)	Beweisverwertungsverbote bei Zufallsfunden .....	211
3.	Beweisverwertungsverbote bei der Beschlagnahme .....	213
a)	Verstöße gegen den 4. Zusatzartikel zur US-Bundesverfassung .....	214
b)	Verstöße gegen Beschlagnahmeverbote aufgrund der Privilegien .....	214
c)	Beschlagnahmeverbote aufgrund des Schutzes der Privatsphäre .....	219
aa)	Tagebuchaufzeichnungsfälle .....	220
bb)	Tonaufzeichnungsfälle .....	224
4.	Beweisverwertungsverbote bei der körperlichen Untersuchung .....	225
a)	Beweisverwertungsverbote bei der körperlichen Untersuchung des Beschuldigten .....	225
b)	Beweisverwertungsverbote bei der körperlichen Untersuchung anderer Personen .....	230
c)	Beweisverwertungsverbote bei der DNA-Analyse .....	231
aa)	Allgemeines .....	231
bb)	Fallkonstellationen .....	235
5.	Beweisverwertungsverbote bei der Telekommunikationsüberwachung .....	238
a)	Allgemeines über Kommunikationsüberwachung .....	238
b)	Verstöße bei der Anordnung und Durchführung .....	244
aa)	Verstöße bei der Anordnung .....	246
bb)	Teilweise Beweisverwertungsverbote .....	252
cc)	Formale Fehler .....	253
dd)	Täuschung durch eine unter color of law handelnde Person .....	253
c)	Eingriffe in den Kernbereich privater Lebensgestaltung .....	254

d)	Beweisverwertungsverbote bei Zufallsfunden .....	261
6.	Beweisverwertungsverbote beim Einsatz technischer Mittel .....	263
a)	Beweisverwertungsverbote bei der akustischen Wohnraumüberwachung .....	263
b)	Beweisverwertungsverbote bei der akustischen Überwachung außerhalb der Wohnung .....	267
c)	Beweisverwertungsverbote beim Einsatz technischer Mittel zu Observationszwecken .....	268
E.	Fernwirkung der Beweisverwertungsverbote .....	274
1.	Die fruit of the poisonous tree doctrine und ihre Ausnahmen .....	274
2.	Fallkonstellationen .....	281
<b>III.</b>	<b>Begründungen</b> .....	285
A.	Abschreckungsgedanke .....	286
B.	Justizielle Integrität .....	290
C.	Sonstige Ansätze .....	293
<b>IV.</b>	<b>Zwecke der Beweisverwertungsverbote</b> .....	296
<b>V.</b>	<b>Kriterien der Beweisverwertungsverbote</b> .....	302

*Dritter Teil*

**Beweisverwertungsverbote in China**

<b>I.</b>	<b>Allgemeine Grundlagen</b> .....	308
A.	Historische Entwicklung .....	308
B.	Prozessmodell .....	311
<b>II.</b>	<b>Analyse der Sachverhaltskonstellationen</b> .....	320
A.	Abgrenzung zwischen Beweiserhebungsverboten und Beweisverwertungsverboten .....	320
B.	Beweisverwertungsverbote im Zusammenhang mit der Beschuldigtenvernehmung .....	321
1.	Beweisverwertungsverbote bezüglich des Schweigerechts .....	321
2.	Beweisverwertungsverbote bezüglich des Verteidigerkonsultationsrechts .....	324
3.	Beweisverwertungsverbote bei verbotenen Vernehmungsmethoden ....	326
a)	Lockspitzel-Fälle und Zellenspitzel-Fälle .....	332
b)	Hörfälle .....	335
C.	Beweisverwertungsverbote im Zusammenhang mit der Zeugenvernehmung .....	335



D.	Beweisverwertungsverbote im Zusammenhang mit strafprozessualen Zwangsmaßnahmen .....	338
1.	Beweisverwertungsverbote bei der Durchsuchung .....	338
a)	Allgemeines .....	338
b)	Grundsätzliches zu Beweisverwertungsverbotten bei der Durchsuchung .....	340
c)	Beweisverwertungsverbote bei Zufallsfunden .....	342
2.	Beweisverwertungsverbote bei der Beschlagnahme .....	342
a)	Allgemeines .....	342
b)	Tagebuchaufzeichnungsfälle und Tonaufzeichnungsfälle .....	343
3.	Beweisverwertungsverbote bei der körperlichen Untersuchung .....	345
4.	Beweisverwertungsverbote bei der Telekommunikationsüberwachung .....	348
a)	Allgemeines über technische Ermittlungsmaßnahmen .....	348
b)	Grundsätzliches zu Beweisverwertungsverbotten bei der Telekommunikationsüberwachung .....	351
c)	Eingriffe in die Privatsphäre .....	352
d)	Beweisverwertungsverbote bei Zufallsfunden .....	353
5.	Beweisverwertungsverbote beim Einsatz technischer Mittel .....	354
E.	Fernwirkung der Beweisverwertungsverbote .....	356
1.	Fernwirkung in der Rechtsprechung und der Literatur .....	356
2.	Fallkonstellationen .....	357
<b>III.</b>	<b>Begründungen</b> .....	361
A.	Sicherung der Wahrheitsfindung .....	361
B.	Abschreckung vor rechtswidrigem Verhalten bei der Beweiserhebung .....	363
C.	Justizielle Integrität und Vertrauen in die Justiz .....	364
D.	Wahrung der prozessualen Gerechtigkeit und Schutz der Menschenrechte .....	365
<b>IV.</b>	<b>Zwecke der Beweisverwertungsverbote</b> .....	367
<b>V.</b>	<b>Kriterien der Beweisverwertungsverbote</b> .....	369

*Vierter Teil*  
**Rechtsvergleich**

<b>I.</b>	<b>Allgemeine Grundlagen</b> .....	375
A.	Vergleich der historischen Entwicklung .....	375
B.	Vergleich des Prozessmodells .....	376

<b>II. Analyse der Sachverhaltskonstellationen</b> .....	378
A. Vergleich der terminologischen Abgrenzung .....	378
B. Beweisverwertungsverbote im Zusammenhang mit der Beschuldigtenvernehmung .....	379
1. Deutschland .....	379
2. USA .....	380
3. Vergleich .....	381
4. Reformüberlegungen für China .....	385
C. Beweisverwertungsverbote im Zusammenhang mit der Zeugenvernehmung .....	388
1. Deutschland .....	388
2. USA .....	389
3. Vergleich .....	391
4. Reformüberlegungen für China .....	392
D. Beweisverwertungsverbote im Zusammenhang mit strafprozessualen Zwangsmaßnahmen .....	394
1. Beweisverwertungsverbote bei der Durchsuchung .....	395
a) Deutschland .....	395
b) USA .....	396
c) Vergleich .....	397
d) Reformüberlegungen für China .....	400
2. Beweisverwertungsverbote bei der Beschlagnahme .....	403
a) Deutschland .....	403
b) USA .....	405
c) Vergleich .....	406
d) Reformüberlegungen für China .....	408
3. Beweisverwertungsverbote bei der körperlichen Untersuchung .....	410
a) Deutschland .....	410
b) USA .....	412
c) Vergleich .....	413
d) Reformüberlegungen für China .....	417
4. Beweisverwertungsverbote bei der Telekommunikationsüberwachung .....	419
a) Deutschland .....	419
b) USA .....	420
c) Vergleich .....	422
d) Reformüberlegungen für China .....	426
5. Beweisverwertungsverbote beim Einsatz technischer Mittel .....	429
a) Deutschland .....	429
b) USA .....	430
c) Vergleich .....	432
aa) Akustische Überwachung innerhalb und außerhalb der Wohnung .....	432

bb) Einsatz technischer Mittel zu Observationszwecken außerhalb der Wohnung .....	434
d) Reformüberlegungen für China .....	436
E. Fernwirkung der Beweisverwertungsverbote .....	438
1. Deutschland .....	438
2. USA .....	440
3. Vergleich .....	442
4. Reformüberlegungen für China .....	444
<b>III. Begründungen</b> .....	447
A. Deutschland .....	447
B. USA .....	449
C. Vergleich .....	450
D. Reflexion über chinesische Begründungen .....	452
<b>IV. Zwecke der Beweisverwertungsverbote</b> .....	453
A. Deutschland .....	453
B. USA .....	454
C. Vergleich .....	454
D. Reformüberlegungen für China .....	456
<b>V. Kriterien der Beweisverwertungsverbote</b> .....	458
A. Deutschland .....	458
B. USA .....	459
C. Vergleich .....	459
D. Reformüberlegungen für China .....	461
<b>Schlussbewertung</b> .....	463
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	469
Deutschsprachige Literatur .....	469
Englischsprachige Literatur .....	477
Chinesischsprachige Literatur .....	481

## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht, andere Auffassung
A.2d	Atlantic Reporter, Second Series
Abs.	Absatz
A.D.2d	New York's Appellate Division Reports, Second Series
A.D.3d	New York's Appellate Division Reports, Third Series
a.F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
A.L.R.3d	American Law Reports, Third Series
Anm.	Anmerkung
Am. B. Found. Res. J.	American Bar Foundation Research Journal
Am. Crim. L. Rev.	American Criminal Law Review
Am. Jur. 2d	American Jurisprudence, Second Series
AnwBl	Anwaltsblatt
Ariz.	Arizona Reports
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
Brook. L. Rev.	Brooklyn Law Review
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BvR	Verfassungsbeschwerden
BZRG	Bundeszentralregistergesetz
bzw.	beziehungsweise

Cal. 3d	California Reports, Third Series
Cal. App.	California Appellate Reports
Cal. App. 3d	California Appellate Reports, Third Series
Cal. App. 4th	California Appellate Reports, Fourth Series
Calif. L. Rev.	California Law Review
Cal Pen Code	The Penal Code of California
chStPO	chinesische Strafprozessordnung
CODIS	Combined DNA Index System
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Conn.	Connecticut Reports
Conn. L. Rev.	Connecticut Law Review
Creighton L. Rev.	Creighton Law Review
DAR	Deutsches Autorecht
ders.	derselbe
DJT	Deutscher Juristentag
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Einl.	Einleitung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
f./ff.	folgende
F.	Federal Reporter
F.2d	Federal Reporter, Second Series
F.3d	Federal Reporter, Third Series
F. Cas.	Federal Cases
Fed. Appx.	Federal Appendix
Fed. R. Evid.	Federal Rules of Evidence
Fn.	Fußnote
F. Supp.	Federal Supplement
F. Supp. 2d	Federal Supplement, Second Series
FS	Festschrift

Ga.	Georgia Reports
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
Geo. Wash. L. Rev.	The George Washington Law Review
GG	Grundgesetz
GS	Gedächtnisschrift, Gedenkschrift
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
Harv. J. L. & Pub. Pol'y	Harvard Journal of Law & Public Policy
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Haw.	Hawaii Reports
h.M.	herrschende Meinung
How. St. Tr.	Howell's State Trials
HRRS	Online-Zeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht
Hrsg.	Herausgeber
Idaho	Idaho Reports
Ill. 2d	Illinois Reports, Second Series
Ill. App.	Illinois Appellate Court Reports
Ill. App.3d	Illinois Appellate Court Reports, Third Series
Iowa	Iowa Reports
Iowa L. Rev.	Iowa Law Review
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
J. Crim. L. & Criminology	Journal of Criminal Law & Criminology
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kan.	Kansas Reports
KG	Kammergericht
KK	Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung
KMR	Kleinknecht/Müller/Reitberger-Kommentar zur Strafprozessordnung

Law & Contemp. Prob.	Law & Contemporary Problems
LG	Landgericht
LR	Löwe-Rosenberg zur Strafprozessordnung
Mass.	Massachusetts Reports
McGeorge L. Rev.	McGeorge Law Review
Md. App.	Maryland Appellate Reports
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mich. App.	Michigan Court of Appeals Reports
Minn. L. Rev.	Minnesota Law Review
Miss.	Mississippi Reports
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
N.C. App.	North Carolina Court of Appeals Reports
N.E.	North Eastern Reporter
N.E.2d	North Eastern Reporter, Second Series
Neb.	Nebraska Reports
N.J.	New Jersey Reports
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
N.M.	New Mexico Reports
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	NStZ-Rechtsprechungs-Report Strafrecht
N.Y.	New York Reports
N.Y.2d	New York Reports, Second Series
N.Y.3d	New York Reports, Third Series
N. Y. U. J. Int'l L. & Pol.	New York University Journal of International Law and Politics
N. Y. U. L. Rev.	New York University Law Review
Ohio App. LEXIS	Ohio Court of Appeals
Ohio App.2d	Ohio Appellate Reports, Second Series
Ohio St. 3d	Ohio State Reports, Third Series
OLG	Oberlandesgericht

XXIV	Abkürzungsverzeichnis
P.	Pacific Reporter
P.2d	Pacific Reporter, Second Series
P.3d	Pacific Reporter, Third Series
Psych. Pub. Pol. and L.	Psychology, Public Policy, and Law
RGSt	Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
R.I. Super. LEXIS	Rhode Island Superior Court
Rn.	Randnummer
R.R.S. Neb.	Reissue Revised Statutes of Nebraska
Rutgers L. Rec.	The Rutgers Law Record
S.	Seite
S.C.	South Carolina Reports
S. Cal. L. Rev.	Southern California Law Review
SD	South Dakota Public Domain Citation
S.E.2d	South Eastern Reporter, Second Series
SK-StPO	Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung
So.2d	Southern Reporter, Second Series
So.3d	Southern Reporter, Third Series
SSW-StPO	Satzger/Schluckebier/Widmaier-Kommentar zur Strafprozessordnung
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
St. Thomas L. Rev.	St. Thomas Law Review
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StR	Strafsenat
StraFo	StrafverteidigerForum
StV	Strafverteidiger
S.W.	South Western Reporter
S.W.2d	South Western Reporter, Second Series
S.W.3d	South Western Reporter, Third Series
Tex. L. Rev.	Texas Law Review
Tex. Tech L. Rev.	Texas Tech Law Review
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review



u.a.	unter anderem
U. Chi. L. Rev.	The University of Chicago Law Review
U. Cin. L. Rev.	University of Cincinnati Law Review
U. Ill. L. Rev.	University of Illinois Law Review
U. Miami L. Rev.	University of Miami Law Review
U. Pa. J. Const. L.	University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law
U. Pa. J.L. & Soc. Change	The University of Pennsylvania Journal of Law and Social Change
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
Urt.	Urteil
U.S. Dist. LEXIS	United States District Court
U.S.	United States Reports
USA	United States of America
U.S.C.	United States Code
U. Tol. L. Rev.	University of Toledo Law Review
v.	von/versus
Va. App.	Virginia Court of Appeals Reports
Va. L. Rev.	Virginia Law Review
vgl.	vergleiche
VRS	Verkehrsrechts-Sammlung
Wake Forest L. Rev.	Wake Forest Law Review
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
Wm. & Mary L. Rev.	William & Mary Law Review
Wn.2d	Washington Reports, Second Series
Yale L. J.	The Yale Law Journal
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft



## Einleitung

Im Mai 2010 wurde in China der Verurteilte *Zhao Zouhai* nach über sieben Jahren Gefängnishaft freigelassen, weil das angeblich von ihm getötete Opfer wieder im vormaligen von beiden bewohnten Dorf aufgetaucht war. Dieser Fall, der nur die Spitze des Eisbergs ist, gab den Anstoß zur Beschleunigung des Erlasses von Regelungen bezüglich der Beweisverwertungsverbote. Noch im selben Jahr wurden zwei Verordnungen, unter anderem vom Obersten Volksgerichtshof, der Obersten Volksstaatsanwaltschaft, erlassen. 2012 wurden die meisten Vorschriften aus diesen beiden Verordnungen in die neue chinesische Strafprozessordnung aufgenommen. An diesem Ablauf zeigt sich, dass Beweisverwertungsverbote im chinesischen Recht heute zum Teil auf gesetzlicher Grundlage beruhen.

Das chinesische Rechtsinstitut der Beweisverwertungsverbote in seiner heutigen Form ist noch jung. In vielen Details ist es noch nicht vollständig entwickelt. Aus diesem Grund ist die vergleichende Beobachtung der Behandlung dieses Rechtsinstituts in anderen Rechtssystemen für das chinesische Recht von großer Bedeutung, um eine eigene Gerichtsbarkeit zu entwickeln, die umfassend und in Einklang mit international gültigen Rechtsnormen ihre Aufgabe erfüllen kann. Daher ist eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Thema der Beweisverwertungsverbote ein notwendiger Schritt für die Entwicklung des chinesischen Rechts.

### I. Untersuchungsgegenstand

Im deutschen Recht bilden die „Beweisverwertungsverbote“ eine Unterkategorie der „Beweisverbote“, für die keine einheitliche Terminologie gilt<sup>1</sup> und die als Oberbegriff für die Schranken dienen, die der Gewinnung und Verwertung von Beweisen im Strafprozess gesetzt sind.<sup>2</sup> Die Beweisverbote sind in Beweiserhebungsverbote und Beweisverwertungsverbote unterteilt. Beweiserhebungsverbote untersagen es, sich Beweise über ein bestimmtes Thema, mit bestimmten Beweismitteln oder -methoden zu verschaffen.<sup>3</sup> Beweisverwertungsverbote schließen bestimmte Informationen oder Beweisergebnisse von der Beweiswürdigung bzw. der

---

<sup>1</sup> KK-*Fischer*, Einl. Rn. 384; Alsberg/*Güntge*, Der Beweisantrag im Strafprozess, Rn. 796.

<sup>2</sup> KK-*Fischer*, Einl. Rn. 384; vgl. auch LR-*Gössel*, 27. Aufl., Einl. L Rn. 2.

<sup>3</sup> Volk/*Engländer*, Grundkurs StPO, § 28 Rn. 1–3; ebenso *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Rn. 338, 347, 348; KK-*Fischer*, Einl. Rn. 386.

Entscheidungsfindung aus.<sup>4</sup> Beweisverwertungsverbote betreffen nicht nur das Hauptverfahren, sondern das gesamte Strafverfahren.<sup>5</sup>

Im US-amerikanischen Recht entspricht die sogenannte *Exclusionary Rule* in ihrer Bedeutung den deutschen Beweisverboten. Sie betrifft ausschließlich die Verwertungsverbote, nicht aber die Erhebungsverbote. Die *Exclusionary Rule* schließt die Beweismittel aus der Verwertung vor Gericht aus, die aufgrund illegaler polizeilicher Handlungen bei der Beweiserhebung zustande gekommen sind.

Im chinesischen Recht beziehen sich die Beweisverwertungsverbote im Wesentlichen auf den Ausschluss von illegal erlangten Beweismitteln. Sowohl vom chinesischen Gesetzgeber als auch von chinesischen Rechtswissenschaftlern wird der Begriff „Beweisverwertungsverbot“ meist als Beweisausschluss aufgrund illegaler Erhebungsweise angesehen, vor allem solcher Erhebungen, die unter Anwendung gesetzlich untersagter Vernehmungsmethoden vorgenommen wurden. Ein Beweisausschluss kann in allen Phasen des Prozesses ausgesprochen werden.

## II. Untersuchungsziel

Seit nunmehr 20 Jahren sind zwar wiederholt Untersuchungen zu Beweisverwertungsverboten in China erschienen, von denen aber die meisten die Beweisverwertungsverbote aus der US-amerikanischen Perspektive betrachten, obwohl das chinesische Recht rechtsgeschichtlich klar erkennbar der kontinentaleuropäischen Tradition folgt. Daher ist für die Deutung und Weiterentwicklung der neuen chinesischen Beweisverwertungsverbote ein entsprechend erweiterter, umfassender Rechtsvergleich sinnvoll, der sowohl das kontinentaleuropäische Recht als auch das anglo-amerikanische Recht berücksichtigt. Genau dieses Ziel verfolgt diese Arbeit, indem sie die deutschen Beweisverwertungsverbote und die US-amerikanische *Exclusionary Rule* systematisch analysiert und vergleicht, um auf dieser Basis Reformvorschläge für die chinesischen Beweisverwertungsverbote zu entwickeln.

## III. Untersuchungsmethode

Vor rund 30 Jahren hat *Herrmann*<sup>6</sup> auf die Schwierigkeit bei den rechtsvergleichenden Forschungen zu diesem Thema hingewiesen:

„Von Seiten der deutschen Strafprozesswissenschaft wurde, der kontinentaleuropäischen Tradition folgend, versucht, die Verwertungsverbote theoretisch aufzuarbeiten und in einem dogmatischen Gebäude zu vereinen. In den Vereinigten Staaten dominierte da-

---

<sup>4</sup> *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Rn. 356; *KK-Fischer*, Einl. Rn. 387.

<sup>5</sup> Vgl. für die h.M. *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Rn. 356.

<sup>6</sup> *Herrmann*, FS für Jescheck, S. 1291.

gegen, wie es für das *Common Law* typisch ist, die Erörterung praktischer Probleme. Man behandelt dort vor allem die kriminalpolitische Seite der Verwertungsverbote, deren Einfluss auf die Praxis der Strafverfolgungsorgane und die Frage, inwieweit Verwertungsverbote die wirksame Verbrechensbekämpfung behindern. Wegen dieser verschiedenartigen Schwerpunkte wäre es wenig ergiebig, die in der Bundesrepublik Deutschland und in den Vereinigten Staaten geführten wissenschaftlichen Diskussionen zum Gegenstand einer vergleichenden Betrachtung zu machen.“

Um die von *Herrmann* erwähnte Problematik zu vermeiden, wird die vorliegende Untersuchung nicht in der klassischen Reihenfolge vorgenommen, die mit der theoretischen Diskussion beginnt, anschließend die Unterschiede analysiert und zum Schluss Ergebnisse mit Fallbeispielen ergänzt. Stattdessen geht diese Arbeit von konkreten Sachverhaltskonstellationen aus, die die Auswirkungen der grundsätzlichen Unterschiede zwischen dem deutschen und dem US-amerikanischen Recht aufzeigen und ihre Wirkweisen vergleichen. Im Auge zu behalten ist dabei, dass das US-amerikanische Recht eine Kasuistik verfolgt, die wesentlichen Einfluss auf die Diskussionsthemen und Schwerpunkte der US-amerikanischen Rechtswissenschaft ausübt. Da in China die Diskussion vor allem auf allgemeiner und abstrakter normativer Ebene geführt wird, ist es für die chinesische Rechtsordnung zur Perspektiverweiterung sinnvoll, mit der Analyse von Sachverhaltskonstellationen zu beginnen. Erst wenn ein Gesamtbild der Rechtsrealität erstellt worden ist, soll die theoretische Diskussion Ansatzpunkte für allgemeine Überlegungen, Kritik oder Begründungen entwickeln.

Angewandt wird hier die funktionale Rechtsvergleichung<sup>7</sup> als wesentliche Untersuchungsmethode. In den zu vergleichenden drei Rechtsordnungen werden gleiche Sachverhaltskonstellationen ausgewählt und die Ansichten der Rechtsprechung und der Literatur analysiert. Die zu untersuchenden Sachverhalte decken grundsätzlich die wichtigen Konstellationen der Beweisverwertungsverbote in den drei Rechtsordnungen ab. Dabei ist anzumerken, dass eine aus der Perspektive des deutschen Rechts gleiche Sachverhaltskonstellation in den drei Ländern jeweils unterschiedliche Rechtsfragen aufwerfen kann. So kann ein im deutschen und US-amerikanischen Recht von einem Erhebungsfehler, z.B. bei einer Durchsuchung ohne richterliche Anordnung, verursachtes Beweisverwertungsverbot, im chinesischen Recht nicht als ein die Frage der Beweisverwertungsverbote berührendes Problem erkannt werden. Daher ist es geboten, in den Landesberichten auch Fragen, die die Beweisverwertungsverbote betreffen, in die Analyse und den Vergleich der Beweisverwertungsverbote mit aufzunehmen.

Bei der Analyse der Sachverhaltskonstellationen ist es außerdem hilfreich, eine fallbasierte Rechtsvergleichung<sup>8</sup> zur Klärung der Gemeinsamkeiten und Unter-

---

<sup>7</sup> Zur funktionalen Rechtsvergleichung *Sieber*, in: ders./Albrecht (Hrsg.), Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach, S. 112–114.

<sup>8</sup> Zur fallbasierten Rechtsvergleichung *Sieber*, in: ders./Albrecht (Hrsg.), Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach, S. 118.

schiede der drei untersuchten Rechtsordnungen in Bezug auf die konkrete Sachverhaltskonstellation vorzunehmen. Anhand dieser beiden Untersuchungsmethoden – funktionale und fallbasierte Rechtsvergleichung – können die Sachverhaltskonstellationen der Beweisverwertungsverbote im jeweiligen Recht sorgfältig und systematisch dargestellt werden, um solcherart eine gute Basis für einen Vergleich herzustellen. Nur auf dieser Grundlage lassen sich konkrete Reformvorschläge für die entsprechenden Sachverhaltskonstellationen der Beweisverwertungsverbote im chinesischen Recht herausarbeiten.

#### **IV. Untersuchungsgang**

Der Gang der Untersuchung entspricht folgendem Muster: Nach der Einleitung werden in Teil 1, Teil 2 und Teil 3 dieser Arbeit drei Landesberichte erstellt. In den jeweiligen Landesberichten wird als Grundlage zunächst die historische Entwicklung der Beweisverwertungsverbote und der Prozessmodelle dargestellt. Daran schließt sich die Analyse der Sachverhaltskonstellationen an. Sie geht auf einzelne Themen der Beweisverwertungsverbote ein und unterteilt sich jeweils in Beweisverwertungsverbote im Zusammenhang mit der Beschuldigtenvernehmung, der Zeugenvernehmung und im Zusammenhang mit den strafprozessualen Zwangsmaßnahmen sowie in die Fernwirkung der Beweisverwertungsverbote. Nach der Analyse der Sachverhaltskonstellationen folgt eine zusammenfassende Darstellung der Begründungen zu Beweisverboten bzw. Beweisverwertungsverböten. Am Ende des jeweiligen Landesberichts werden anhand der analysierten Sachverhaltskonstellationen und der theoretischen Untersuchungen der Zweck und das Kriterium der Beweisverwertungsverbote herausgestellt und näher beleuchtet. Darauf folgend werden Rechtsvergleiche angestellt, die sämtliche Themen des Landesberichts einbeziehen und insbesondere auf zukünftige Reformen des chinesischen Rechts abzielen. Dadurch werden die Gemeinsamkeiten und Unterschiede der drei Rechtsordnungen bei der Behandlung der Beweisverwertungsverbote verdeutlicht und insbesondere kristallisieren sich so die jeweiligen Zwecke und Kriterien dieses Rechtsinstituts heraus. Die Arbeit endet mit einer Schlussbewertung.

## **Beweisverwertungsverbote in Deutschland**

### **I. Allgemeine Grundlagen**

#### **A. Historische Entwicklung**

Historisch betrachtet gab es schon zu Zeiten des römischen Rechts Beweisverbote. Sie waren allerdings systematisch und theoretisch noch nicht mit den Beweisverboten im modernen Sinne vergleichbar. Das römische Recht kannte bereits per Gesetz ausgeschlossene Zeugen, die wegen eines Angehörigenverhältnisses oder wegen ihres Berufs die Aussage verweigern durften,<sup>1</sup> sowie die Einschränkung der Anwendung von Folter als Beweiserhebungsmethode<sup>2</sup> und Beweisverwertungsverbote von unter Verletzung des gesetzlichen Folterverbots erlangten Aussagen von Sklaven.<sup>3</sup> Mit dem Untergang des Römischen Reiches fand auch diese Entwicklung des römischen Rechts ein Ende.

Im Mittelalter setzte sich der Inquisitionsprozess durch, der durch Official- und Instruktionsmaximen gekennzeichnet war.<sup>4</sup> Auf diese Weise wurde nach der objektiven Wahrheit geforscht<sup>5</sup> und das Geständnis des verhafteten Beschuldigten als das bequemste Mittel hierzu angewandt.<sup>6</sup> Folter, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Inquisitionsprozess stand und in Deutschland gegen Ende des 12. Jahrhunderts besonders intensiv angewandt wurde,<sup>7</sup> galt als Beweisgewinnungsmethode.<sup>8</sup> Die Ermittlungen, vor allem die Befragung des Beschuldigten und die Folterung, wurden in verschlossenen Amtsstuben und in den Folterkammern der Gefängnisse von wenigen beauftragten Schöffen durchgeführt.<sup>9</sup>

---

<sup>1</sup> Zusammenfassend *Pitsch*, Strafprozessuale Beweisverbote, S. 15.

<sup>2</sup> Zusammenfassend *Pitsch*, Strafprozessuale Beweisverbote, S. 16 f.

<sup>3</sup> Zusammenfassend *Pitsch*, Strafprozessuale Beweisverbote, S. 17 f.

<sup>4</sup> *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, S. 86.

<sup>5</sup> *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, S. 86.

<sup>6</sup> *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, S. 91. In der *Constitutio Criminalis Carolina* wurde das Geständnis als Königin der Beweise anerkannt.

<sup>7</sup> *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, S. 91.

<sup>8</sup> Vgl. *Peters*, Strafprozess, S. 65; zusammenfassend *Pitsch*, Strafprozessuale Beweisverbote, S. 22.

<sup>9</sup> *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, S. 99.

Im 18. Jahrhundert schaffte *Friedrich II.* die Folter in Preußen unter dem Einfluss der Aufklärung ab,<sup>10</sup> jedoch blieb der Inquisitionsprozess davon unberührt.<sup>11</sup> Der Strafprozess beschäftigte sich weiterhin mit der Überführung durch Geständniserlangung; der Beschuldigte war bloßes Untersuchungsobjekt.<sup>12</sup>

Nach dem Übergang vom Inquisitionsprozess zum modernen Strafprozess Mitte des 19. Jahrhunderts hat die Strafprozessordnung für das Deutsche Reich einige Beweiserhebungsverbote normiert, z.B. die Beweiserhebungsverbote aufgrund der Zeugnisverweigerungsrechte aus familiären und beruflichen Gründen.<sup>13</sup>

Die Beweisverbote im modernen Sinne wurden im Jahr 1903 von *Beling* als Einschränkungen der Wahrheitserforschung eingeführt,<sup>14</sup> jedoch bis Anfang der 1950er Jahre in der wissenschaftlichen Diskussion und Rechtsprechung kaum beachtet.<sup>15</sup>

1950 wurde aufgrund der Erfahrungen mit der Missachtung der Menschenrechte während der NS-Diktatur § 136a StPO als deklaratorische Vorschrift in die StPO eingefügt.<sup>16</sup> Dies löste unter deutschen Juristen eine lebhaftige Diskussion über Beweisverbote aus.<sup>17</sup> 1966 wurden Beweisverbote als ein Thema auf dem 46. DJT intensiv erörtert.<sup>18</sup> Seitdem werden sie immer wieder aufs Neue diskutiert; in jedem Jahrzehnt gibt es neue Beiträge zu verschiedenen Aspekten,<sup>19</sup> wobei der von *Beling* geprägte Begriff „Beweisverbote“ heutzutage völlig anders als zu *Belings* Zeit verstanden wird.<sup>20</sup> Der Begriff „Beweisverbote“ beschreibt nach allgemeiner Ansicht sämtliche Grenzen für die Wahrheitserforschung und erfasst daher alle Rechtssätze, die die Gewinnung und Verwertung von Beweisen beschränken.<sup>21</sup> Eine eigenstän-

<sup>10</sup> *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, S. 269; vgl. auch *Peters*, Strafprozess, S. 67; *Roxin/Arzt/Tiedemann*, Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht, S. 87.

<sup>11</sup> *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, S. 270; vgl. auch *Peters*, Strafprozess, S. 67.

<sup>12</sup> *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, S. 272.

<sup>13</sup> Zusammenfassend *Pitsch*, Strafprozessuale Beweisverbote, S. 27 f.

<sup>14</sup> *Beling*, Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess, S. 1–3.

<sup>15</sup> *Rogall*, in: Wolter (Hrsg.), Zur Theorie und Systematik des Strafprozessrechts, S. 113.

<sup>16</sup> SK-StPO/*Rogall*, 5. Aufl., § 136a Rn. 2; vgl. auch *Herrmann*, FS für Jescheck, S. 1295.

<sup>17</sup> *Rogall*, in: Wolter (Hrsg.), Zur Theorie und Systematik des Strafprozessrechts, S. 113.

<sup>18</sup> *Peters*, Beweisverbote im deutschen Strafverfahren, Gutachten für den 46. DJT, Band I Teil 3A, S. 91–163; *Rupp*, Beweisverbote im Strafprozess in verfassungsrechtlicher Sicht, Gutachten für den 46. DJT, Band I Teil 3A, S. 165–211; *Kleinknecht*, NJW 1966, 1537–1545; *Kohlhaas*, DRiZ 1966, 286–291; *Nüse*, JR 1966, 281–288; *Spendel*, NJW 1966, 1102–1108; *Grünwald*, JZ 1966, 489–500.

<sup>19</sup> Ein Rückblick auf die Erörterungen der letzten Jahrzehnte findet sich in dem Aufsatz von *Rogall* in: Wolter (Hrsg.), Zur Theorie und Systematik des Strafprozessrechts, S. 113–117.

<sup>20</sup> Vgl. *Koriath*, Über Beweisverbote im Strafprozess, S. 20; *Störmer*, Jura 1994, 393.

<sup>21</sup> *Janicki*, Beweisverbote im deutschen und englischen Strafprozess, S. 29.



dige dogmatische Definition für die Beweisverwertungsverbote gibt es nicht, vielmehr werden Beweiserhebungsverbote und Beweisverwertungsverbote unter dem Oberbegriff „Beweisverbote“ zusammengefasst.<sup>22</sup> Beweiserhebungsverbote und Beweisverwertungsverbote lassen sich jeweils in weitere Unterkategorien unterteilen. Die Beweisverbote haben sich somit zu einem komplexen Rechtsinstitut entwickelt.

## B. Prozessmodell

Der deutsche Strafprozess ist aus dem mittelalterlichen Inquisitionsverfahren hervorgegangen,<sup>23</sup> er wurde vom französischen Strafverfahrensrecht beeinflusst und wird seit 1848 als reformiertes Inquisitionsverfahren bezeichnet.<sup>24</sup> Die Untersuchungsmaxime und der Grundsatz der materiellen Wahrheit beherrschen seitdem die Gestaltung des Prozesses.<sup>25</sup>

Die Ermittlung wird von der Staatsanwaltschaft geleitet, sie ist „Herrin des Ermittlungsverfahrens“. Die Polizeibeamten sind Hilfspersonen der Staatsanwaltschaft und haben nur „Durchgangszuständigkeit“.<sup>26</sup> In der Praxis ist es allerdings oft so, dass die Polizei aufgrund ihres Rechts des ersten Zugriffs die Ermittlung initiiert und selbstständig durchführt.<sup>27</sup> Das Ermittlungsverfahren hat für das Hauptverfahren und die Hauptverhandlung eine urteilsprägende Bedeutung,<sup>28</sup> genauer gesagt bilden in der Regel die polizeilichen Protokolle als schriftliche Darstellung der Ermittlung die Grundlage für das Hauptverfahren.<sup>29</sup> *De facto* kann das Gericht über das hinaus, wovon im Ermittlungsverfahren Kenntnis erlangt wurde, kaum weitere Einsicht in einen Fall haben.<sup>30</sup> Wenn die Ermittlung abgeschlossen ist, wird das Hauptverfahren vor Gericht eröffnet. In der Hauptverhandlung nimmt der Richter die zentrale und entscheidende Rolle ein.<sup>31</sup> Es gilt die Annahme, dass die Wahrheit am ehesten gefunden wird, wenn es dem Richter gelingt, den Sach-

---

<sup>22</sup> Janicki, Beweisverbote im deutschen und englischen Strafprozess, S. 29.

<sup>23</sup> Hirschberg, Das amerikanische und deutsche Strafverfahren in rechtsvergleichender Sicht, S. 6.

<sup>24</sup> Vgl. Trüg, Lösungskonvergenzen trotz Systemdivergenzen im deutschen und US-amerikanischen Strafverfahren, S. 27.

<sup>25</sup> Otto, GA 1970, 302.

<sup>26</sup> Meyer-Goßner/Schmitt, § 163 Rn. 1.

<sup>27</sup> Vgl. Volk/Engländer, Grundkurs StPO, § 8 Rn. 1.

<sup>28</sup> Dahs, Handbuch des Strafverteidigers, Rn. 234.

<sup>29</sup> Vgl. Dahs, Handbuch des Strafverteidigers, Rn. 249.

<sup>30</sup> Vgl. Dahs, Handbuch des Strafverteidigers, Rn. 243.

<sup>31</sup> Trüg, Lösungskonvergenzen trotz Systemdivergenzen im deutschen und US-amerikanischen Strafverfahren, S. 27.

verhalt objektiv und vollständig aufzuklären.<sup>32</sup> Das Gericht hat die Pflicht zur Wahrheitserforschung,<sup>33</sup> und man traut ihm zu, zur Wahrheitserkenntnis zu gelangen.<sup>34</sup> Die gesamte Hauptverhandlung – inklusive der Befragung des Beschuldigten oder des Zeugen und der Beweisaufnahme – wird unter der Leitung des Vorsitzenden Richters durchgeführt. Ein Kreuzverhör zur Feststellung des Sachverhalts wie im US-amerikanischen Recht findet in der deutschen Praxis nicht statt.<sup>35</sup> Der Richter ist nicht an die Erklärungen und Anträge der Parteien, d.h. des Anklägers oder des Angeklagten, gebunden.<sup>36</sup> Staatsanwalt, Angeklagter und Verteidiger können zwar auf das Verfahren der Sachverhaltsfeststellung Einfluss nehmen und die vom Vorsitzenden gewonnenen Ergebnisse ergänzen oder korrigieren, aber ihre Mitwirkung richtet sich grundsätzlich nicht auf den Entwurf des vom Vorsitzenden geschaffenen Bildes des Sachverhalts und tritt auch nicht in Konkurrenz dazu.<sup>37</sup> Nach der Hauptverhandlung hat das Gericht über Schuld oder Unschuld sowie über die Strafe zu urteilen.

Die Problematik der Beweisverwertungsverbote kann sowohl bereits im Vorverfahren als auch im Hauptverfahren auftreten und vom Staatsanwalt oder Richter beurteilt werden.

Im Vorverfahren bzw. Ermittlungsverfahren hat der deutsche Staatsanwalt aufgrund seiner Objektivitätspflicht und des Rechtsstaatsprinzips von Amts wegen die einem Verwertungsverbot unterliegenden Beweismittel auszuschließen. Im deutschen inquisitorischen System fungiert der Staatsanwalt als eine Art zweiter Richter, der sich der Wahrheitsfindung widmet.<sup>38</sup> Im Gegensatz zum amerikanischen Staatsanwalt ist seine Motivation hierbei nicht sein Erfolg im Gerichtssaal.<sup>39</sup> Er hat gemäß § 160 Abs. 2 StPO sowohl die den Beschuldigten belastenden als auch die entlastenden Umstände zu erforschen. Der Erfolg seiner Arbeit wird nicht an der Verurteilung gemessen.<sup>40</sup> Der Staatsanwalt gilt ebenso wie der Richter als Wächter des Gesetzes. Er ist nach herrschender Meinung an die höchstrichterliche Rechtsprechung gebunden. Die Rechtsprechung bezüglich der Beweisverwertungsverbote gilt daher auch für den Staatsanwalt. Entdeckt er einen Rechtsverstoß, der zu einem Verwertungsverbot führen kann, hat er von Amts wegen die daraus resultie-

---

<sup>32</sup> *Herrmann*, Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerikanischen Strafverfahrens, S. 167.

<sup>33</sup> *Langbein*, (1981) Am. B. Found. Res. J. 201; vgl. auch *Beulke*, Strafprozessrecht, 13. Aufl., Rn. 21.

<sup>34</sup> *Gless*, in: Thaman (Hrsg.), Exclusionary Rules in Comparative Law, S. 117.

<sup>35</sup> *Beulke*, Strafprozessrecht, 13. Aufl., Rn. 390.

<sup>36</sup> *Spendel*, JuS 1964, 467.

<sup>37</sup> *Herrmann*, Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerikanischen Strafverfahrens, S. 167.

<sup>38</sup> *Boyne*, The German Prosecution Service, S. 6.

<sup>39</sup> Vgl. *Boyne*, The German Prosecution Service, S. 6.

<sup>40</sup> *Boyne*, The German Prosecution Service, S. 12.

renden Beweismittel auszuschließen. Kann der Verteidiger dem Staatsanwalt glaubhaft machen, dass ein solcher Rechtsverstoß besteht, muss der Staatsanwalt darauf eingehen und eventuell ein Verwertungsverbot schon im Ermittlungsverfahren anerkennen. Die auszuschließenden Beweismittel kommen nicht zu den Akten, die der Staatsanwalt zur Vorlage bei Gericht für die Anklageerhebung auf der Basis der der Ermittlung entstammenden Akten neu angefertigt hat. Im deutschen Rechtssystem sind somit schon im Laufe der Ermittlung einige Beweismittel von der Wahrheitserforschung auszuschließen, die dem Verwertungsverbot unterworfen sind.

Vor dem Hauptverfahren hat der Richter die Akten gründlich zu studieren.<sup>41</sup> Er kann auch die Beweismittel einsehen, die von einer Beweisverwertung durch das Gericht ausgeschlossen werden sollen.<sup>42</sup> Im Hauptverfahren gilt das Prinzip der freien Beweiswürdigung; es gibt also im Gesetz nur sehr wenige Beweisregeln. Danach stehen dem Richter grundsätzlich alle Beweismittel offen, und er entscheidet selbstständig über deren Beweiswert. Der Gesetzgeber traut ihm diese Entscheidungsfähigkeit zu und untersagt ihm nur in Ausnahmefällen von vornherein die Verwertung eines Beweismittels, indem der Gesetzgeber selbst es pauschal als untauglich definiert.<sup>43</sup> Die Laienrichter oder Geschworenen haben bei der Verwertung der Beweise wenig Spielraum, wenn der Spruchkörper aus Berufsrichtern und Laienrichtern besteht. Die Beteiligung der Laienrichter am Spruchkörper spielt eine eher symbolische, auf demokratische Repräsentation abzielende Rolle.<sup>44</sup> Der Berufsrichter leitet nach § 194 GVG den Beratungsprozess und bemüht sich um eine Zusammenfassung der geführten Beweise;<sup>45</sup> die Überzeugung der Laienrichter wird durch die Berufsrichter dominiert.<sup>46</sup>

Um ein Beweisverwertungsverbot geltend zu machen, gilt hier grundsätzlich die „Widerspruchslösung“, nach der einer Verwertung eines Beweismittels bis zu dem in § 257 StPO genannten Zeitpunkt vom Angeklagten oder vom Staatsanwalt widersprochen werden muss. Das gilt vor allem für die Beweisverwertungsverbote wegen fehlender Rechtsbelehrung bei Beschuldigten- oder Zeugenvernehmungen. Die Widerspruchslösung beschneidet nach der Rechtsprechung die Rechte des Beschuldigten nicht in unangemessener Weise; sie entspricht „der besonderen Verantwortung des Verteidigers und seiner Fähigkeit, Belehrungsmängel aufzudecken und zu erkennen, ob die Berufung auf das Verwertungsverbot einer sinnvollen Verteidigung dient.“<sup>47</sup> Bei erheblichen Verstößen gegen das Grundgesetz oder die

---

<sup>41</sup> *Paulsen*, ZStW 77 (1965), 659; *Bradley*, GA 1985, 110.

<sup>42</sup> Vgl. *Bradley*, GA 1985, 110.

<sup>43</sup> *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, S. 14.

<sup>44</sup> Vgl. *Roxin/Arzt/Tiedemann*, Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht, S. 109.

<sup>45</sup> *Langbein*, (1981) Am. B. Found. Res. J. 200.

<sup>46</sup> *Benz*, Zur Rolle der Laienrichter im Strafprozess, S. 83.

<sup>47</sup> BGHSt 38, 215, 226. Kritik daran bei *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 24 Rn. 34.

Europäische Menschenrechtskonvention, z.B. im Fall von Folter, sollte das Gericht ausnahmsweise die Beweisverwertungsverbote berücksichtigen.<sup>48</sup> Wenn der Widerspruch zur Verwertung eines Beweismittels genehmigt und das Beweismittel ausgeschlossen wird, instruiert der Vorsitzende Richter die anderen Richter, dass das Beweismittel bei der Entscheidung nicht zu berücksichtigen ist.<sup>49</sup>

Das Rechtsinstitut der Beweisverwertungsverbote schreibt also vor, dass der Richter ein ihm schon durch Aktenstudium bekannt gewordenes, eventuell auch in das Verfahren eingeführtes Beweismittel nicht zu berücksichtigen hat. Das fordert von jedem Richter eine große psychische Leistung.<sup>50</sup> Es ist durchaus zweifelhaft, ob er sich insgeheim der Suggestion des angeblich nicht verwerteten Beweises wirklich entziehen kann.<sup>51</sup> *Klug* hat diesbezüglich dennoch festgestellt, dass ein neuer Richter ohne Kenntnis von dem ein Beweisverbot verletzenden Vorgang nicht erforderlich ist.<sup>52</sup> Es genüge vielmehr, dass die psychische Bindung eine geringere sei; sie dürfe nie so stark sein, dass sie jene Objektivierung, die in der Konzentration auf den logischen Gehalt des Begründungszusammenhangs ihren Ausdruck finde, unmöglich mache.<sup>53</sup>

## II. Analyse der Sachverhaltskonstellationen

### A. Abgrenzung zwischen Beweiserhebungsverböten und Beweisverwertungsverböten

Die theoretische Differenzierung von Beweiserhebungsverböten und Beweisverwertungsverböten findet sich nur in Deutschland. Man trennt diese beiden Untergruppen der Beweisverböte danach, ob eine Beweiserhebung ganz grundsätzlich oder nur die Verwertung eines aufgrund der Beweiserhebung gewonnenen Beweisergebnisses verboten ist.<sup>54</sup>

Die Beweiserhebungsverböte lassen sich weiter untergliedern in Beweisthemaverböte, Beweismittelverböte und Beweismethodenverböte.<sup>55</sup> Beweisthemaverböte lassen es nicht zu, bestimmte Tatsachen zum Gegenstand der Beweisführung zu machen, z.B. Tatsachen, die den gesetzlichen Geheimhaltungspflichten unterliegen,

---

<sup>48</sup> Vgl. *Klug*, Referat zum 46. DJT, Band II, Teil F, S. 43.

<sup>49</sup> Vgl. *Bradley*, GA 1985, 110.

<sup>50</sup> *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 907.

<sup>51</sup> Vgl. *Kramer*, Grundlagen des Strafverfahrensrechts, Rn. 162; *Paulsen*, ZStW 77 (1965), 659.

<sup>52</sup> *Klug*, Referat zum 46. DJT, Band II, Teil F, S. 44.

<sup>53</sup> *Klug*, Referat zum 46. DJT, Band II, Teil F, S. 44.

<sup>54</sup> Vgl. *Rogall*, ZStW 91 (1979), 2.

<sup>55</sup> *Peters*, Strafprozess, S. 296; *Paulus*, JuS 1988, 876.

bindende Feststellungen zum Tatgeschehen innerhalb des Verfahrens oder getilgte bzw. tilgungsreife frühere Verurteilungen.<sup>56</sup> Beweismittelverbote untersagen die Beweiserhebung von bestimmten sachlichen oder persönlichen Beweismitteln, z.B. die Vernehmung von Personen, die von ihrem rechtlichen Verweigerungsrecht Gebrauch machen, sowie die von deren Verweigerungsrecht betroffenen Ermittlungsmaßnahmen.<sup>57</sup> Beweismethodenverbote schließen bestimmte Arten der Beweiserhebung aus. Ein gesetzlich deutlich vorgeschriebenes Methodenverbot enthält § 136a StPO.<sup>58</sup>

Bei den Beweisverwertungsverböten lassen sich selbstständige Beweisverwertungsverböte und unselbstständige Beweisverwertungsverböte danach unterscheiden, ob ein Verwertungsverbot von einem vorhergehenden Verbotsverstoß abhängig ist.<sup>59</sup> Resultiert ein Verwertungsverbot aus einer Verletzung eines gesetzlichen Beweiserhebungsverbötes, dann handelt es sich um ein unselbstständiges Beweisverwertungsverbot; wenn ein Verwertungsverbot aufgrund eines absolut geschützten Grundrechts gerechtfertigt wird, ist es ein selbstständiges Beweisverwertungsverbot.

Diese kompliziert erscheinende terminologische Einteilung der Beweisverböte in Erhebungs- und Verwertungsverböte orientiert sich allerdings nur an formalverfahrensmäßigen, nicht an rechtsinhaltlichen Kriterien; die Beweiserhebung ist nur eine Sonderform der Verwertung der später in der Hauptverhandlung präsentierten Beweismittel.<sup>60</sup> Wenn aber entgegen einem Erhebungsverbot ein Beweis erlangt wird, ist er in späteren Stadien des Prozesses nicht verwertbar.

Daher ist es nicht sinnvoll, bei der Analyse der Sachverhaltskonstellationen einige Beweiserhebungsverböte auszuschließen. Die folgende Untersuchung kann bei manchen Sachverhalten sowohl den Bereich der Beweisverwertungsverböte als auch den der Beweiserhebungsverböte betreffen. Die hier analysierten Sachverhaltskonstellationen beziehen sich auf Beschuldigtenvernehmung, Zeugenvernehmung, wesentliche Zwangsmaßnahmen und Fernwirkung.

## **B. Beweisverwertungsverböte im Zusammenhang mit der Beschuldigtenvernehmung**

Was die Beweisverwertungsverböte bei der Beschuldigtenvernehmung anbelangt, lassen sich vier Konstellationen unterscheiden: Verstöße gegen die Schweigerechts-

---

<sup>56</sup> Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 338–346.

<sup>57</sup> Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 348, 349; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 24 Rn. 17.

<sup>58</sup> Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 347; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 24 Rn. 17.

<sup>59</sup> Vgl. Rogall, ZStW 91 (1979), 3.

<sup>60</sup> Paulus, JuS 1988, S. 876.

belehrungspflicht gegenüber dem Beschuldigten (sogleich 1)), Verstöße gegen das Verteidigerkonsultationsrecht des Beschuldigten (2)), die Anwendung verbotener Vernehmungsmethoden (3)) und Verstöße gegen Anwesenheitsrechte des Beschuldigten bzw. seines Verteidigers (4)).

### **1. Verstöße gegen die Schweigerechtsbelehrungspflicht gegenüber dem Beschuldigten**

Die Belehrungspflichten über das Schweigerecht gegenüber dem Beschuldigten ergeben sich im Wesentlichen aus § 136 Abs. 1 Satz 2, auch i.V.m. § 163a Abs. 3 und 4 StPO im Vorverfahren und § 243 Abs. 5 Satz 1 StPO im Hauptverfahren. Früher wurde die Belehrungsvorschrift des § 136 StPO als bloße Ordnungsvorschrift betrachtet,<sup>61</sup> ein Verstoß gegen diese konnte kein Verwertungsverbot nach sich ziehen.<sup>62</sup> Der BGH hat zuerst in BGHSt 25, 325 ff. ein Verwertungsverbot bei fehlender Belehrung über das Schweigerecht gemäß § 243 Abs. 5 Satz 1 StPO in der Hauptverhandlung angenommen,<sup>63</sup> für das Vorverfahren konnte sich diese Ansicht damals noch nicht durchsetzen.<sup>64</sup> Erst seit 1992 wird durch BGHSt 38, 214 ff. auch im Vorverfahren ein Verwertungsverbot für den Verstoß gegen die Schweigerechtsbelehrung bestimmt. Der seit 2010 geltende § 114b StPO hat bezüglich der Schweigerechtsbelehrung im Vorverfahren verdeutlicht, dass der Beschuldigte schon bei der Festnahme aufgrund eines Haftbefehls oder der vorläufigen Festnahme durch Staatsanwaltschaft oder Polizei schriftlich und eventuell auch mündlich in einer für ihn verständlichen Sprache über sein Schweigerecht belehrt werden muss.<sup>65</sup> Bei Unterbleiben der Schweigerechtsbelehrung ist ein Verwertungsverbot anzuerkennen.<sup>66</sup>

Nach einer umfassenden Abwägung hat die Rechtsprechung die Frage der Verwertbarkeit der Aussage bei Verstoß gegen die Schweigerechtsbelehrungspflicht beantwortet.<sup>67</sup> Dabei sind sowohl rechtlich geschützte individuelle Rechte als auch staatliche Interessen an einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der Normen zu beachten.<sup>68</sup> Dient die verletzte Vorschrift nicht in erster Linie dem Schutz des Beschuldigten, so liegt ein Verwertungsverbot fern; wenn sie im Gegenteil die Grundlagen der verfahrensrechtlichen

---

<sup>61</sup> BGH GA 1962, 148, 148; BGHSt 22, 170, 173.

<sup>62</sup> BGHSt 22, 170; BGHSt 22, 129; BGHSt 31, 395.

<sup>63</sup> BGHSt 25, 325, 331.

<sup>64</sup> BGHSt 31, 395, 401.

<sup>65</sup> *KK-Graf*, § 114b Rn. 3.

<sup>66</sup> *Wieder*, StV 2010, 103; *SK-StPO/Paeffgen*, 5. Aufl., § 114b Rn. 18.

<sup>67</sup> BGHSt 38, 214, 219 f.

<sup>68</sup> *Janicki*, Beweisverbote im deutschen und englischen Strafprozess, S. 89; vgl. auch BGHSt 38, 214, 219 f.

Stellung des Beschuldigten zu sichern hat, liegt ein Verwertungsverbot nahe.<sup>69</sup> Weil das Schweigerecht zu den anerkannten Prinzipien des Strafprozesses gehört, der Achtung der Menschenrechte entspricht, dem Persönlichkeitsrecht des Beschuldigten dient und notwendiger Bestandteil eines fairen Verfahrens<sup>70</sup> ist, ist angesichts der allgemeinen Unkenntnis über das Schweigerecht ein Hinweis darauf zur Wahrung der Rechte des Beschuldigten notwendig.<sup>71</sup> Der Hinweis hat unter anderem Vorsorge- und Fürsorgecharakter.<sup>72</sup> Ein Unterlassen der Schweigerechtsbelehrung verstößt so schwer gegen die Grundlagen der verfahrensrechtlichen Stellung des Beschuldigten, dass ein Verwertungsverbot vorliegt.<sup>73</sup>

Der Beschuldigte muss vor seiner Vernehmung zur Sache<sup>74</sup> über sein Schweigerecht belehrt werden, auch wenn er bereits in den vorherigen Verfahrensphasen von Polizeibeamten, Staatsanwälten oder Richtern darüber belehrt wurde.<sup>75</sup> Diese Belehrungspflicht besteht unabhängig davon, ob der Beschuldigte seine Rechte kennt.<sup>76</sup> Wie schon erwähnt, führt ein Unterlassen der Belehrung über das Schweigerecht zwingend zum Verwertungsverbot.<sup>77</sup> Das gilt sowohl bei absichtlichem Unterlassen als auch bei versehentlichem Unterlassen.<sup>78</sup> Dieses Verwertungsverbot greift jedoch nicht, wenn der Beschuldigte das Schweigerecht kennt, oder wenn er in Gegenwart seines Verteidigers vor der Polizei aussagt,<sup>79</sup> oder wenn der verteidigte Beschuldigte der Verwertung seiner ohne Belehrung gemachten Aussagen in der Hauptverhandlung ausdrücklich zugestimmt bzw. den Aussagen nicht bis zu dem in § 257 StPO genannten Zeitpunkt widersprochen hat oder wenn der unverteidigte

---

<sup>69</sup> BGHSt 38, 214, 220.

<sup>70</sup> Auch BGHSt 25, 325, 330.

<sup>71</sup> BGHSt 38, 214, 220 f.

<sup>72</sup> BGHSt 25, 325, 330; vgl. auch *Petry*, Beweisverbote im Strafprozess, S. 113.

<sup>73</sup> BGHSt 38, 214, 220–224.

<sup>74</sup> *KK-Diemer*, § 136 Rn. 11; *SK-StPO/Rogall*, 5. Aufl., § 136 Rn. 43; *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Rn. 562; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 25 Rn. 7 und 8; vgl. auch *LR-Gless*, 26. Aufl., § 136 Rn. 32.

<sup>75</sup> *Meyer-Goßner/Schmitt*, § 136 Rn. 8, § 243 Rn. 21; *LR-Gless*, 26. Aufl., § 136 Rn. 33; *SK-StPO/Rogall*, 5. Aufl., § 136 Rn. 44.

<sup>76</sup> BGHSt 38, 214, 224.

<sup>77</sup> Vgl. *LR-Gless*, 26. Aufl., § 136 Rn. 77.

<sup>78</sup> *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Rn. 571, 572. Nach *Eisenberg* wird ein Verwertungsverbot beim absichtlichen Unterlassen angenommen, solange ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Nichtbelehrung und der Aussage im konkreten Fall nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann.

<sup>79</sup> BGHSt 38, 214, 224 f. Zur Nichtanerkennung des Verwertungsverbots wird einerseits argumentiert, dass in diesem Fall der Beschuldigte nicht im gleichen Maße schutzbedürftig ist wie derjenige, der sein Schweigerecht nicht kennt, und dass das staatliche Interesse an dem Verfahren Vorrang hat (S. 224). Andererseits wird von *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Rn. 576, als Unterstützung vorgebracht, dass eine Kausalität zwischen dem Unterlassen der Belehrung und der Aussage nicht besteht. Ähnlich *LR-Gless*, 26. Aufl., § 136 Rn. 79, 80.

Beschuldigte nach Belehrung durch den Vorsitzenden über die Möglichkeit des Widerspruchs nicht widersprochen (die sogenannte „Widerspruchslösung“) hat.<sup>80</sup>

## 2. Verstöße gegen das Verteidigerkonsultationsrecht des Beschuldigten

Der Beschuldigte kann sich gemäß § 137 Abs. 1 StPO in jeder Lage des Verfahrens des Beistands eines Verteidigers bedienen. Gemäß § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO ist der Beschuldigte darüber zu belehren, dass er sich schon vor seiner Vernehmung mit einem von ihm gewünschten Verteidiger beraten kann. Dies gilt i.V.m. § 163a Abs. 3 und 4 StPO auch für Vernehmungen durch Staatsanwaltschaft und Polizei. Bei der Festnahme oder vorläufigen Festnahme durch die Staatsanwaltschaft oder die Polizei ist der Beschuldigte gemäß § 114b StPO schriftlich und eventuell auch mündlich über das Verteidigerkonsultationsrecht zu belehren.

Früher hat der BGH die Frage, ob ein Unterlassen der Belehrung über das Verteidigerkonsultationsrecht zum Verwertungsverbot führt, offengelassen,<sup>81</sup> weil § 136 Abs. 1 StPO Belehrungspflichten mit unterschiedlichem Gewicht enthält.<sup>82</sup> In BGHSt 47, 172 ff. wird von dieser Auffassung abgewichen. Da die Pflicht zur Belehrung über das Recht auf Verteidigerkonsultation gegenüber dem Hinweis auf das Schweigerecht kein geringeres Gewicht hat und beide Rechte eng zusammenhängen und zum Schutz des Beschuldigten seine Rechtsstellung in ihren Grundlagen sichern, gelten die Grundsätze bei der Schweigerechtsbelehrung auch für die Belehrung über das Verteidigerkonsultationsrecht.<sup>83</sup> Daher ist ein Verwertungsverbot beim Unterlassen der Belehrung über das Verteidigerkonsultationsrecht anzuerkennen.<sup>84</sup> Wenn der Beschuldigte sein Recht auf Verteidigerkonsultation kennt, wird wie bei der Schweigerechtsbelehrung ein Verwertungsverbot verneint.<sup>85</sup> Eine unzureichende Belehrung über das Recht, z.B. der Hinweis, der Beschuldigte könne sich „vielleicht“ einen Anwalt nehmen, hat ein Verwertungsverbot der Vernehmung zur Folge, weil in einem solchen Fall dem Beschuldigten keine Klarheit über sein Recht auf Verteidigerkonsultation verschafft wird.<sup>86</sup>

Wenn der belehrte Beschuldigte nach einem Verteidiger verlangt, ist die Vernehmung zu unterbrechen und der Versuch des Beschuldigten, Verbindung zu einem

<sup>80</sup> BGHSt 38, 214, 225 f. Kritik bei SK-StPO/Rogall, 5. Aufl., § 136 Rn. 80 und LR-Gless, 26. Aufl., § 136 Rn. 81–85 m.w.N.

<sup>81</sup> BGH NStZ 1997, 609, 610.

<sup>82</sup> BGH NStZ 1997, 609, 609.

<sup>83</sup> BGHSt 47, 172, 174.

<sup>84</sup> BGHSt 47, 172, 173; auch OLG Hamburg NStZ-RR 2006, 47. In der Literatur bejaht auch durch Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 24 Rn. 37; Meyer-Goßner/Schmitt, § 136 Rn. 21; LR-Gless, 26. Aufl., § 136 Rn. 96; SK-StPO/Rogall, 5. Aufl., § 136 Rn. 91; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 568.

<sup>85</sup> BGHSt 47, 172, 173.

<sup>86</sup> AG Neumünster StV 2001, 498, 499.



Verteidiger aufzunehmen, darf nicht erschwert oder gar verhindert werden. In BGHSt 38, 372 ff. wurde dem Beschuldigten der Wunsch nach einem Verteidiger mit der Begründung verweigert, er müsse selbst wissen, ob er aussagen wolle oder nicht und er werde ohnehin solange vernommen, bis Klarheit herrsche. Der Beschuldigte legte daraufhin ein Geständnis ab. Der BGH verweist auf BGHSt 38, 214 ff., in dem es um das Verwertungsverbot bei Unterlassen der Schweigerechtsbelehrung geht und die Entscheidung über die Verwertbarkeit der Aussage unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der verletzten Vorschrift aufgrund einer umfassenden Abwägung getroffen wird, wobei das Gewicht des Verfahrensverstößes und die rechtlich geschützten Interessen des Beschuldigten sowie die Wahrheitsforschung nicht um jeden Preis zu beachten sind.<sup>87</sup> Da die Möglichkeit, sich eines Rechtsbeistands zu bedienen, zu den wichtigsten Rechten des Beschuldigten gehört, tastet eine bewusste Verhinderung der Rücksprache mit einem Verteidiger die Grundlagen der verfahrensrechtlichen Stellung des Beschuldigten an und hat somit ein Verwertungsverbot zur Folge.<sup>88</sup>

In BGHSt 38, 372 ff. wurde der Beschuldigte zwar über seine Rechte zur Verteidigerkonsultation und zur Aussageverweigerung belehrt, konnte sie jedoch nicht durchsetzen.<sup>89</sup> Die Grundsätze werden fortgeführt in BGHSt 42, 15 ff., in dem der Beschuldigte bei einer nächtlichen Vernehmung durch „Scheinaktivität“ seitens der Polizei statt eines Hinweises auf den anwaltlichen Notdienst nur ein Branchentelefonbuch zur Verfügung gestellt bekam. Der Beschuldigte, der einen Rechtsbeistand wünschte, konnte keinen Rechtsanwalt erreichen. Die ausführliche Vernehmung wurde dann ohne vorherige anwaltliche Beratung begonnen. In diesem Fall hat der BGH bezüglich der Verteidigerkonsultation bei der Beschuldigtenvernehmung gefordert, dass eine Vernehmung ohne Verteidiger nur dann fortgesetzt werden darf, wenn die Polizei bei der Herstellung des Kontakts zu einem Verteidiger ernsthaft zu helfen bemüht war und den Beschuldigten danach nochmals ausdrücklich auf sein Verteidigerkonsultationsrecht hingewiesen hat und wenn der Beschuldigte sich mit der Fortsetzung der Vernehmung einverstanden erklärt hat.<sup>90</sup> Die erforderlichen Bemühungen fehlen im beschriebenen Vorgang.<sup>91</sup> Die Rechtsbelehrungen gewährleisten nicht die Freiwilligkeit des Verzichts auf das einmal in Anspruch genommene Recht, zunächst einen Verteidiger zu konsultieren.<sup>92</sup> Darüber hinaus besteht gleichermaßen in diesem Fall der Mangel der Rechtsdurchsetzung.<sup>93</sup> Daher wurde die Aussage des Beschuldigten nicht verwertet.

---

<sup>87</sup> BGHSt 38, 372, 373 f.

<sup>88</sup> BGHSt 38, 372, 374.

<sup>89</sup> BGHSt 38, 372, 375.

<sup>90</sup> BGHSt 42, 15, 19.

<sup>91</sup> BGHSt 42, 15, 19.

<sup>92</sup> BGHSt 42, 15, 20.

<sup>93</sup> BGHSt 42, 15, 20.

Der in BGHSt 42, 15 ff. entwickelte Grundsatz bezüglich der Fortsetzung der Vernehmung wurde jedoch in einem späteren Fall nicht eingehalten. In BGHSt 42, 170 ff. hat sich der Beschuldigte dreimal auf sein Recht berufen, einen Verteidiger hinzuzuziehen, und sich nach jeweils kurzer Unterbrechung der Vernehmung doch bereit erklärt, zunächst zur Person und schließlich auch zur Sache auszusagen, nachdem er wegen der Vernehmung zur Nachtzeit keinen Verteidiger hatte erreichen können. Der BGH befand, dass die Vernehmung nach einer gewissen Bedenkzeit fortgesetzt werden durfte, wenn die Vernehmung wegen des Wunschs nach Verteidigerkonsultation unterbrochen wurde.<sup>94</sup> Nach der Beurteilung des BGH hat der Beschuldigte auf eigene Entscheidung ohne Anwalt zur Sache ausgesagt.<sup>95</sup> Das Gericht war der Auffassung, dass der Beschuldigte nach ordnungsgemäßer Belehrung seine Rechte aus § 137 Abs. 1 Satz 1 StPO unschwer hätte durchsetzen können, wenn er bei der Vernehmung weitere Angaben verweigert hätte.<sup>96</sup> Die in BGHSt 38, 214 ff. vorgenommene allgemeine Abwägung wurde auch in diesem Fall herangezogen.<sup>97</sup> Insofern ist es mitentscheidend, ob ein schwerwiegender Rechtsverstoß vorliegt und der Beschuldigte in besonderem Maße des Schutzes bedarf.<sup>98</sup> Angesichts der Freiwilligkeit der Aussage befand das Gericht, dass die Rechtsverletzung nicht so schwer wog, dass daraus ein Verwertungsverbot folgen musste, auch wenn man die Vorgehensweise der Polizei als fehlerhaft ansehen könnte.<sup>99</sup> Im Gegensatz zu BGHSt 42, 15 ff. wird diese Entscheidung des BGH in der Literatur aufgrund der Abkehr von den in BGHSt 42, 15 ff. angewandten Grundsätzen und dem Schutzzweck des Verteidigerkonsultationsrechts einerseits und wegen der verfehlten Begründungen andererseits häufig kritisiert.<sup>100</sup>

### 3. Anwendung verbotener Vernehmungsmethoden

Welche Vernehmungsmethoden zu Verwertungsverboten führen können, macht das deutsche Recht davon abhängig, ob diese Vernehmungsmethoden die freie Willensentschließung und Willensbetätigung beeinträchtigt haben. § 136a StPO hat beispielhaft die verbotenen Vernehmungsmethoden aufgelistet, die die Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung des Beschuldigten beeinträchtigen können, und bei ihrer Anwendung zwangsläufige Verwertungsverbote vorgeschrieben, ungeachtet der Einwilligung des Beschuldigten. Unter § 136a StPO fällt jedes Mittel, das sich als Beeinträchtigung der Freiheit der Willensentschließung und

<sup>94</sup> BGHSt 42, 170, 174.

<sup>95</sup> BGHSt 42, 170, 173.

<sup>96</sup> BGHSt 42, 170, 174.

<sup>97</sup> BGHSt 42, 170, 174.

<sup>98</sup> BGHSt 42, 170, 174.

<sup>99</sup> BGHSt 42, 170, 174.

<sup>100</sup> Herrmann, NStZ 1997, 209–212; Roxin, JZ 1997, 343–347; Schwaben, NStZ 2002, 290; Ventzke, StV 96, 524–526; Wolter, FS für Roxin, S. 1148.

Willensbetätigung auswirkt.<sup>101</sup> Diese Vorschrift gilt für das gesamte Verfahren, d.h. einerseits haben Richter, Staatsanwälte und Polizeibeamte sich bei der Vernehmung an die Vorschrift zu halten, andererseits findet diese Vorschrift bei der Vernehmung anderer Verfahrensbeteiligter, wie Zeugen oder Sachverständiger, ebenfalls Anwendung.<sup>102</sup> Das Verwertungsverbot verbietet auch, die Vernehmungsbeamten als Zeugen über die Aussagen des Beschuldigten zu hören.<sup>103</sup> Im Folgenden werden Verwertungsverbote aufgeteilt nach den jeweiligen verbotenen Vernehmungsmethoden dargestellt.

*a) Misshandlung, Ermüdung, körperlicher Eingriff,  
Verabreichung von Mitteln, Quälerei und Hypnose*

§ 136a StPO beschreibt mehrere verbotene Vernehmungsmethoden. Misshandlung meint die erhebliche Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder des körperlichen Wohlbefindens, die unmittelbar oder mittelbar auf den Beschuldigten einwirken kann, wie Schläge, Fußtritte, Beibringen von Verletzungen, unerträgliche Hitze oder Kälte, grelle Beleuchtung, Lärmbelästigung, hungern lassen, ständiges Stören des Schlafes usw.<sup>104</sup> Wenn bei einem Beschuldigten der Zustand der Ermüdung eintritt, kann die Willensfreiheit infolgedessen beeinträchtigt werden,<sup>105</sup> so z.B. wenn der Beschuldigte vor Abgabe des Geständnisses 30 Stunden keine Gelegenheit zum Schlafen hatte.<sup>106</sup> Die Verabreichung von Mitteln<sup>107</sup> wie Rauschgift, hemmungslösende Mittel, einschläfernde Mittel und Weckmittel, die die Willensfreiheit oder den körperlichen oder geistigen Zustand beeinflussen oder beeinträchtigen, ist gleichfalls verboten. Quälerei bedeutet das Zufügen länger an-

---

<sup>101</sup> KK-Griesbaum, § 136a Rn. 9; SK-StPO/Rogall, 5. Aufl., § 136a Rn. 40. Ähnlich LR-Gless, 26. Aufl., § 136a Rn. 18–20; Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a Rn. 6.

<sup>102</sup> Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 628 und 634; Hellmann, Strafprozessrecht, Rn. 786; SK-StPO/Rogall, 5. Aufl., § 136a Rn. 7–21; LR-Gless, 26. Aufl., § 136a Rn. 6–14. Zu den Beweisverwertungsverboten aufgrund der verbotenen Vernehmungsmethoden bei der Zeugenvernehmung Rogall, JZ 1996, 950.

<sup>103</sup> Spindel, JuS 1964, 471. A.A. Baumann, GA 1959, 43.

<sup>104</sup> Weitere Beispiele bei Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a Rn. 7; SK-StPO/Rogall, 5. Aufl., § 136a Rn. 43; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 645.

<sup>105</sup> BGHSt 1, 376, 379; BGHSt 13, 60, 61; vgl. auch Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 646, 646a und 646b. Dabei ist nicht entscheidend, ob die Vernehmung in der Nachtzeit stattfindet oder der Ermüdungszustand durch die Vernehmenden absichtlich herbeigeführt wird. Ferner ist eine Vernehmung nicht deshalb verboten, weil der Beschuldigte innerhalb der letzten 24 Stunden ohne Schlaf war (BGH NSStZ 1984, 15). Ebenfalls ist die Vernehmung nicht verboten, wenn er vor seiner Vernehmung genügend Gelegenheit zur Ruhe und zum Schlaf gehabt, aber keinen Schlaf gefunden hat (BGH NSStZ 1992, 502, 503).

<sup>106</sup> BGHSt 13, 60, 61.

<sup>107</sup> Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a Rn. 10; KK-Diemer, § 136a Rn. 15; SK-StPO/Rogall, 5. Aufl., § 136a Rn. 49; LR-Gless, 26. Aufl., § 136a Rn. 29; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 649. Hingegen ist es zulässig, dem Beschuldigten stärkende oder erfrischende Mittel zu reichen.

dauernder oder sich wiederholender körperlicher oder seelischer Schmerzen oder Leiden,<sup>108</sup> worunter z.B. Beschimpfungen, längere Dunkelheit und Erzeugung von Angst oder seelischem Druck fallen.<sup>109</sup> So kann unter Umständen das Hinführen des Beschuldigten zur Leiche des Opfers, bei dem es sich um den Sohn des Beschuldigten handelt, seelische Leiden bei dem Beschuldigten erzeugen und als eine Form der Quälerei angesehen werden.<sup>110</sup> Der körperliche Eingriff im Sinne des § 136a StPO geht in der Praxis beispielsweise mit Misshandlung, Verabreichung von Mitteln oder Quälerei einher.<sup>111</sup> Gemäß § 136a StPO sind Hypnose,<sup>112</sup> prozessual unzulässiger Zwang<sup>113</sup> und die Drohung mit prozessual unzulässigen Maßnahmen<sup>114</sup> ebenfalls verboten. Außerdem ist gemäß § 136a StPO das Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils als Gegenleistung für eine Aussage oder einen bestimmten Inhalt der Aussage verboten,<sup>115</sup> da infolgedessen auf die Willensfreiheit des Vernommenen durch das Inaussichtstellen unberechtigter Vorteile Einfluss genommen werden kann.<sup>116</sup> Keine unberechtigten Vorteile stellen

---

<sup>108</sup> Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a Rn. 11; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 651; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 25 Rn. 23; KK-Diemer, § 136a Rn. 18; LR-Gless, 26. Aufl., § 136a Rn. 37; SK-StPO/Rogall, 5. Aufl., § 136a Rn. 52.

<sup>109</sup> Weitere Beispiele bei LR-Gless, 26. Aufl., § 136a Rn. 37; SK-StPO/Rogall, 5. Aufl., § 136a Rn. 53, 54; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 651; KK-Diemer, § 136a Rn. 18.

<sup>110</sup> BGHSt 15, 187.

<sup>111</sup> Vgl. LR-Gless, 26. Aufl., § 136a Rn. 38; SK-StPO/Rogall, 5. Aufl., § 136a Rn. 48; Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a Rn. 9; KK-Diemer, § 136a Rn. 14; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 648.

<sup>112</sup> Hypnose ist eine Einwirkung auf den anderen, durch die eine Einengung des Bewusstseins auf die vom Hypnotisierenden gewünschte Vorstellungsrichtung herbeigeführt wird. Siehe Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a Rn. 19; KK-Diemer, § 136a Rn. 28; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 678; a.A. SK-StPO/Rogall, 5. Aufl., § 136a Rn. 70.

<sup>113</sup> Zwang darf nur angewandt werden, soweit das Strafverfahrensrecht es zulässt. Darüber hinaus gehender Zwang ist verboten. Um verbotenen Zwang im Sinne von § 136a StPO handelt es sich, wenn er gezielt als Mittel zur Herbeiführung einer Aussage angewandt wird. Siehe BGH StV 1996, 73; Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a Rn. 20; KK-Diemer, § 136a Rn. 29; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 691; LR-Gless, 26. Aufl., § 136a Rn. 55; SK-StPO/Rogall, 5. Aufl., § 136a Rn. 84.

<sup>114</sup> Die Drohung mit einer prozessual unzulässigen Maßnahme bedeutet das Inaussichtstellen einer den Beschuldigten benachteiligenden Maßnahme, auf deren Anwendung der Vernehmende Einfluss zu haben vorgibt (Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a Rn. 21; SK-StPO/Rogall, 5. Aufl., § 136a Rn. 72; LR-Gless, 26. Aufl., § 136a Rn. 56). Eine solche verbotene Methode ist anzunehmen, wenn der Vernehmende mit einer Maßnahme droht und er seine Entscheidung zu dieser Maßnahme nicht von sachlichen Notwendigkeiten abhängig macht (vgl. Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 683; Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a Rn. 22), z.B. bei Drohung mit einer vorläufigen Festnahme oder Verhaftung, die aber nach §§ 112, 127 StPO nicht statthaft wären (Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 684).

<sup>115</sup> KK-Diemer, § 136a Rn. 32; LR-Gless, 26. Aufl., § 136a Rn. 60.

<sup>116</sup> LR-Gless, 26. Aufl., § 136a Rn. 58; vgl. auch SK-StPO/Rogall, 5. Aufl., § 136a Rn. 77.

z.B. die Verabreichung von Genussmitteln<sup>117</sup> und die Möglichkeit der Einstellung des Verfahrens gemäß § 154 StPO dar.<sup>118</sup>

Hinsichtlich der Fallgruppe der zwangsweisen Verabreichung von Brechmitteln, infolge derer der Beschuldigte die verschluckten Rauschgifte zu erbrechen gezwungen war, hat das OLG Frankfurt a.M.<sup>119</sup> diese Vorgehensweise als verbotene Methode des § 136a StPO angenommen. Die zwangsweise Verabreichung von Brechmitteln ist dabei weder als körperlicher Eingriff im Sinne von § 81a StPO noch als Durchsuchung oder Beschlagnahme nach §§ 102, 94 ff. StPO zu verstehen.<sup>120</sup> Eine solche Behandlung durch die Strafverfolgungsbehörde stellt eine Verletzung der körperlichen Unversehrtheit, der Menschenwürde und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts dar.<sup>121</sup> Aus diesen Rechtsgründen verbietet es sich nach Meinung des Gerichts, dem Beschuldigten ein Brechmittel zwangsweise zu verabreichen.<sup>122</sup>

Hier entsteht ein Beweiserhebungsverbot. Folglich hat das Gericht aufgrund einer umfassenden Abwägung ein Beweisverwertungsverbot angenommen, da bei einem solchen Eingriff in Rechtspositionen des Beschuldigten ein Verstoß gegen die Grundsätze eines an Gerechtigkeit und Billigkeit orientierten Verfahrens und gegen das Gebot der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen ist. Weiter hat das Gericht das Gewicht des Beweiserhebungsverbots und der Einzelfallumstände für die Frage der Beweisverwertung betont, indem es Parallelen zur Regelung über verbotene Vernehmungsmethoden zog.<sup>123</sup> Hier wurde der Wille des Beschuldigten durch den körperlichen Eingriff mittels der Verabreichung von Mitteln jenseits gesetzlicher Legitimation gebrochen, was zum absoluten Verwertungsverbot führt.<sup>124</sup> Allerdings sind die nachfolgenden Entscheidungen zu dieser Fallgruppe davon abgewichen.<sup>125</sup> Die Verfassungsbeschwerde wegen des Einsatzes von Brechmitteln wurde aus formalen Gründen nicht angenommen.<sup>126</sup> Auf Individualbeschwerde gegen die Entscheidung des deutschen Bundesverfassungsgerichts hin hat der EGMR darüber

---

<sup>117</sup> Beispielsweise Kaffee oder Zigaretten. Diese fallen aber unter besonderen Umständen ebenfalls unter die verbotenen Methoden. Siehe *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Rn. 686.

<sup>118</sup> *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Rn. 689.

<sup>119</sup> OLG Frankfurt NJW 1997, 1647.

<sup>120</sup> Sie ist nicht von § 81a StPO, der den körperlichen Eingriff regelt, gedeckt, weil es hier darum geht, Fremdkörper zu suchen und sicherzustellen und nicht darum, eine körperliche Untersuchung oder einen körperlichen Eingriff vorzunehmen. Allerdings ist ein solcher zwangsweise erfolgender Eingriff in die körperliche Unversehrtheit von vornherein nicht als mögliches Mittel zur Durchsuchung oder Beschlagnahme im Sinne von §§ 102, 94 ff. StPO vorgesehen. Siehe OLG Frankfurt NJW 1997, 1647, 1648.

<sup>121</sup> OLG Frankfurt NJW 1997, 1647, 1648.

<sup>122</sup> OLG Frankfurt NJW 1997, 1647, 1648.

<sup>123</sup> OLG Frankfurt NJW 1997, 1647, 1649.

<sup>124</sup> OLG Frankfurt NJW 1997, 1647, 1649.

<sup>125</sup> OLG Bremen NStZ-RR 2000, 270, und KG JR 2001, 162; KG StV 2002, 122.

<sup>126</sup> BVerfG StV 2000, 1; *Ufer*, Die zwangsweise Verabreichung von Brechmitteln, S. 92 f.

entschieden. Er hat eine derartige Beweigewinnung als eine unmenschliche und erniedrigende Handlung im Widerspruch zu Art. 3 EMRK anerkannt und die Verurteilung, die auf Beweismitteln gründet, welche auf diese Art gewonnen worden waren, als eine Verletzung des durch Art. 6 EMRK garantierten Rechts auf ein faires Verfahren angesehen.<sup>127</sup>

### b) Täuschung

Gemäß § 136a StPO kann auch Täuschung die Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung beeinträchtigen.<sup>128</sup> Jedoch stellt die Täuschung im deutschen Strafverfahrensrecht ein schwieriges Problem dar, weil einerseits eine Täuschung zwar rechtsstaatlich bedenklich erscheint, aber nicht ohne Weiteres die Menschenrechte verletzt; andererseits kann ein gewisses Maß an Verschleierung oder unterlassener Offenlegung traditionell als zulässiger Teil der Vernehmung angesehen werden.<sup>129</sup> Deshalb ist der Begriff „Täuschung“ unter Berücksichtigung der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege restriktiv auszulegen,<sup>130</sup> um den Bedürfnissen der Praxis gerecht zu werden.<sup>131</sup> Die Frage, nach welchen Kriterien und in welchem Maß eine solche Einschränkung zu erfolgen hat, ist allerdings noch offen und umstritten.<sup>132</sup>

„Täuschung“ im Sinne des § 136a StPO ist bewusste Irreführung.<sup>133</sup> Eine Täuschung kann durch die unrichtige Behauptung von Tatsachen oder Rechtsfragen entstehen. Im ersten Fall gibt es unterschiedlichste Konstellationen, z.B.: Dem unter Anfangsverdacht stehenden Beschuldigten wurde, ohne bestimmte Beweismittel anzuführen, gesagt, dass eine erdrückende Beweiskette vorliege, die ihm keine Chance lasse;<sup>134</sup> der Zeuge, der später zum Beschuldigten wurde, wurde zu einer Vermisstensache vernommen, obwohl die Vernehmung auf die Aufklärung eines Tötungsdelikts abzielte;<sup>135</sup> dem Beschuldigten wurde mitgeteilt, sein angegebenes

<sup>127</sup> EGMR, StV 2006, 617.

<sup>128</sup> A.A. Peters, Strafprozess, S. 377.

<sup>129</sup> LR-Gless, 26. Aufl., § 136a Rn. 39.

<sup>130</sup> LR-Gless, 26. Aufl., § 136a Rn. 39; SK-StPO/Rogall, 5. Aufl., § 136a Rn. 56; Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a Rn. 12; KK-Diemer, § 136a Rn. 19; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 25 Rn. 24; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 654.

<sup>131</sup> Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 654. Vgl. auch LR-Gless, 26. Aufl., § 136a Rn. 39.

<sup>132</sup> LR-Gless, 26. Aufl., § 136a Rn. 39; SK-StPO/Rogall, 5. Aufl., § 136a Rn. 56.

<sup>133</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a Rn. 13; LR-Gless, 26. Aufl., § 136a Rn. 41; SK-StPO/Rogall, 5. Aufl., § 136a Rn. 58; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 662 und 664.

<sup>134</sup> BGHSt 35, 328. Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 656.

<sup>135</sup> BGHSt 37, 48.

Alibi sei nach Überprüfung widerlegt worden;<sup>136</sup> dem Beschuldigten wurde gesagt, ein Mitbeschuldigter habe bereits gestanden<sup>137</sup> usw.<sup>138</sup>

Im zweiten Fall ist von einer Täuschung auszugehen, wenn z.B. der Beschuldigte durch die Behauptungen des Vernehmenden zu dem Schluss gekommen ist, dass er eine Aussagepflicht<sup>139</sup> oder Wahrheitspflicht<sup>140</sup> hat oder sich noch in einem unverbindlichen Vor- oder Nachgespräch<sup>141</sup> befindet.

Ferner ist zu erwähnen, dass der Vernehmende grundsätzlich keine Pflicht zur Verhinderung und Aufklärung des Irrtums des Beschuldigten über Tatsachen hat,<sup>142</sup> welcher auf einer Selbsttäuschung des Beschuldigten oder auf einer Täuschung seitens nicht im Auftrag der Strafverfolgungsorgane handelnder privater Dritter beruht.<sup>143</sup> In diesem Fall darf der Vernehmende sogar den von ihm erkannten Irrtum ausnutzen, ohne ihn auszuweiten oder zu vertiefen.<sup>144</sup> Irrige Vorstellungen des Beschuldigten von der rechtlichen Bewertung der Tat sollen allerdings nach teilweise in der Literatur vertretener Ansicht von dem Vernehmenden einschließlich der Polizei aufgeklärt werden.<sup>145</sup>

Im Zusammenhang mit der Täuschung gemäß § 136a StPO werden im Folgenden einige Fallgruppen erörtert. Dazu zählen Lockspitzel-Fälle (aa), die sog. Hörfälle (bb) und Zellenspitzel-Fälle (cc).

#### aa) Lockspitzel-Fälle

Unter Lockspitzeln versteht man verdeckte Ermittler (VE) oder V-Personen (VP, auch: V-Männer/V-Leute), auf deren Provokation hin eine nicht tatverdächtige Person eine Straftat begeht.<sup>146</sup> Im Rahmen schwer aufklärbarer Kriminalität fällt nach BGH GA 1975, 333 f. ein tatprovokierendes Verhalten eines Lockspitzels nicht unter den Begriff Täuschung, wenn dieses sich im Wesentlichen nur auf die Kon-

<sup>136</sup> OLG Köln VRS 44 (1973), 40.

<sup>137</sup> SK-StPO/Rogall, 5. Aufl., § 136a Rn. 62; vgl. auch LG Freiburg StV 2004, 647.

<sup>138</sup> Weitere Beispiele bei Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 656 und 657.

<sup>139</sup> Vgl. auch OLG Oldenburg NJW 1967, 1096, 1098.

<sup>140</sup> Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 658.

<sup>141</sup> Vgl. AG München StV 90, 104; AG Delmenhorst StV 91, 254; AG Freising StV 98, 121.

<sup>142</sup> BGH StV 1988, 419; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 669; Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a Rn. 17; vgl. auch SK-StPO/Rogall, 5. Aufl., § 136a Rn. 61.

<sup>143</sup> Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 669.

<sup>144</sup> BGH StV 1988, 419, 421; Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a Rn. 17; SK-StPO/Rogall, 5. Aufl., § 136a Rn. 61; vgl. auch KK-Diemer, § 136a Rn. 22.

<sup>145</sup> Nur Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 671; LR-Gless, 26. Aufl., § 136a Rn. 47.

<sup>146</sup> Vgl. Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 639.

ketisierung eines bereits vorhandenen Tatenschlusses richtet.<sup>147</sup> Daher besteht auch kein Verstoß gegen ein unmittelbar oder mittelbar aus § 136a StPO abzuleitendes Vernehmungs- oder Verwertungsverbot.<sup>148</sup> Folglich findet § 136a StPO grundsätzlich keine Anwendung auf den Einsatz eines Lockspitzels.<sup>149</sup> Das BVerfG hat diesbezüglich anerkannt, dass grundsätzlich der Einsatz von VP zur Bekämpfung besonders gefährlicher und schwer aufklärbarer Kriminalität, wie Rauschgift-handel, zulässig ist.<sup>150</sup> Der BGH hat anhand des Rechtsstaatsprinzips Grenzen für tatprovokierendes Verhalten des Lockspitzels gesetzt.<sup>151</sup> Diese Grenzen werden überschritten, wenn sich aus der Gesamtwürdigung ergibt, dass sein provozierendes Verhalten ein solches Gewicht erlangt hat, dass demgegenüber der eigene Beitrag des Beschuldigten in den Hintergrund tritt.<sup>152</sup> Mit anderen Worten: Eine unzulässige Tatprovokation ist dann anzunehmen, wenn der Lockspitzel in Richtung auf eine Weckung der Tatbereitschaft oder eine Intensivierung der Tatplanung mit einiger Erheblichkeit stimulierend auf den Täter einwirkt.<sup>153</sup>

Der BGH hat seit 1984<sup>154</sup> die Einwirkung des überagierenden Lockspitzels auf den Beschuldigten als einen Strafmilderungsgrund angenommen und ist einer sogenannten Strafzumessungslösung gefolgt.<sup>155</sup> Demgegenüber vertritt der EGMR in Fällen der unzulässigen Tatprovokation die Straffreistellung, den Beweisausschluss oder ähnliche Konsequenzen zur Kompensation der Verletzung von Art. 6 EMRK.<sup>156</sup> 2014 hat der EGMR im Urteil von *Furcht gegen Deutschland* der Strafmilderungslösung eine deutliche Absage erteilt mit der Begründung, dass die Strafmilderung nicht als ausreichend gelten kann, um eine angemessene Wiedergutmachung für eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK zu leisten.<sup>157</sup> Angesichts der erforderlichen schonenden Einpassung der Rechtsprechung des EGMR in das nationale Rechtssystem ist der 2. Strafsenat des BGH 2015 von der Strafzumessungslösung abgewichen und hat ein Verfahrenshindernis für die unzulässige Tatprovokation

<sup>147</sup> BGH GA 1975, 333, 333.

<sup>148</sup> BGH GA 1975, 333, 334.

<sup>149</sup> KK-Diemer, § 136a Rn. 26; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 639; Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a Rn. 4b. Abweichend LR-Gless, 26. Aufl., § 136a Rn. 4.

<sup>150</sup> BVerfGE 57, 250, 284; BGHSt 45, 321, 324.

<sup>151</sup> BGHSt 32, 345, 346 und 347; BGHSt 45, 321, 324; vgl. auch BGH NStZ 1984, 78, 79.

<sup>152</sup> BGHSt 32, 345, 347.

<sup>153</sup> BGHSt 45, 321, 338.

<sup>154</sup> BGHSt 32, 345 ff.

<sup>155</sup> BGHSt 32, 345, 355; BGHSt 45, 321, 325 f. Kritisch Kudlich, JuS 2000, 951–955; Endriß/Kinzig, NStZ 2000, 269–274; Lesch, JA 2000, 453 f.; Herzog, StV 2003, 410–412.

<sup>156</sup> EGMR, Urt. v. 04.11.10 – 18757/06 (*Bannikova v. Russland*), Rn. 54.

<sup>157</sup> EGMR, Urt. v. 23.10.14 – 54648/09 (*Furcht v. Deutschland*), Rn. 68.



angenommen.<sup>158</sup> Der Strafsenat ist der Ansicht, dass die Strafzumessungslösung, soweit sie nicht zu einem vollständigen Absehen von Strafe führt, keine vollständige Wiedergutmachung im Sinne des Art. 41 EMRK darstellt.<sup>159</sup> Der Strafsenat hat ein Verfahrenshindernis in diesem Fall anerkannt, denn ein umfassendes Beweisverwertungsverbot stünde mit grundlegenden Wertungen des deutschen Strafrechtssystems nicht ohne Weiteres in Einklang und führte zu unlösbaren Abgrenzungsschwierigkeiten.<sup>160</sup>

#### bb) Hörfälle

Unter einer Hörfalle versteht man das Abhören eines fernmündlichen Gespräches zwischen dem Beschuldigten und seiner Bezugs- oder Kontaktperson, die das Gespräch mit der Absicht führt, die Polizei oder eine der Polizei nachfolgend über das Gespräch berichtende dritte Person mithören zu lassen.<sup>161</sup> Typischerweise wird ein Telefongespräch zwischen den Obengenannten mit Hilfe eines Zweithörers von der Polizei mitgehört. Ein Mithören am selben Telefonhörer der Bezugs- oder Kontaktperson ist hier miteingeschlossen. In der Rechtsprechung ist zu bemerken, dass die

---

<sup>158</sup> BGH NStZ 2016, 52 ff. Begrüßt von *Jahn/Kudlich*, JR 2016, 60; *Lochmann*, StraFo 2015, 500; *Mitsch*, NStZ 2016, 57. A.A. *Schmidt*, ZIS 2017, 64.

<sup>159</sup> BGH NStZ 2016, 56.

<sup>160</sup> BGH NStZ 2016, 56. Der Strafsenat hat das Verfahrenshindernis folgendermaßen begründet: Einerseits betreffe ein Beweisverwertungsverbot in der deutschen Rechtsordnung grundsätzlich nur die unmittelbare Verwertung von bestimmten, rechtswidrig erlangten Beweismitteln. Die rechtswidrige Tatprovokation betreffe hingegen nicht erst die Erlangung von Beweismitteln, sondern die Tat als solche. Andererseits erscheine, was den Umfang eines möglichen Verwertungsverbot angeht, eine Differenzierung zwischen „unmittelbar“ und „mittelbar“ durch die Tatprovokation erlangten Beweisen schwer durchführbar. Da häufig Polizeibeamte die Rauschgiftübergabe beobachten und dabei unter Sicherstellung von Drogen und Festnahme der Täter zugreifen, seien die Angaben des verdeckten Ermittlers für die Überführung des Provozierten nicht notwendig und ein Geständnis für die Beweiswürdigung nicht entscheidend. Deswegen gewährleiste der Ausschluss der Angaben des verdeckten Ermittlers einen fairen Prozess nicht. Die Nichtverwendung aller auch in mittelbarer Weise erlangten Beweismittel liefe auch der Sache nach auf ein Verfahrenshindernis hinaus. Diese Begründungen sind aber nicht überzeugend. Zum Ersten bezweckt der Einsatz eines verdeckten Ermittlers an sich die Erlangung der Beweise. Bei einem rechtswidrigen Einsatz können ebenfalls Beweise erlangt werden, nur sind die so erhobenen Beweise rechtswidrig und nach deutschem Recht nicht verwertbar. Die unter unzulässiger Provokation begangene „Tat“ ist schließlich eine logische Folge des Einsatzes. Zum Zweiten ist es nicht logisch, dass der Strafsenat ein Verfahrenshindernis aufgrund der Nichtverwendung aller auch in mittelbarer Weise erlangten Beweise anerkennen würde, hingegen aber nicht direkt ein Beweisverwertungsverbot.

<sup>161</sup> Vgl. *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Rn. 571a; SK-StPO/Rogall, 5. Aufl., § 136a Rn. 32. In der Literatur gibt es noch keine einheitliche Definition der Hörfälle. Unter diesen Begriff fällt nach Ansicht einiger z.B. ein mittelbares Abhören des Gespräches zwischen dem in Untersuchungshaft befindlichen Beschuldigten und einem von der Polizei auf ihn angesetzten „Zellengenossen“ (vgl. *KK-Diemer*, § 136a Rn. 6; *Meyer-Goßner/Schmitt*, § 136a Rn. 4a; *LR-Gless*, 26. Aufl., § 136a Rn. 44). Zu solchen Konstellationen siehe so gleich Erster Teil, II.B.3.b)cc).

Hörfälle mit Hilfe eines Zweithörers oder am selben Telefonhörer oft im Rahmen der Vernehmungsmethode diskutiert wird, während die Hörfälle durch komplizierte Mithörvorrichtungen eher im Rahmen der Telekommunikationsüberwachung behandelt wird. Deshalb wird im Folgenden nur das Abhören mit Hilfe eines Zweithörers oder das Abhören am selben Telefonhörer diskutiert. Die Bezugsperson oder Kontaktperson ist meistens ein Zeuge, kann jedoch auch eine V-Person/ein V-Mann oder ein VE sein.

In der Rechtsprechung haben BGHSt 39, 335 ff. und BGHSt 42, 139 ff. die durch eine Hörfälle erlangten Beweise nicht unter das Verwertungsverbot eingeordnet. In BGHSt 42, 139 ff. wurden einschlägige Begründungen für die Verneinung des Verwertungsverbots vorgebracht:<sup>162</sup> Das Vorgehen ist kein Verstoß gegen §§ 163a, 136 StPO, weil hier keine Vernehmung im formellen Sinne der Strafprozessordnung vorliegt;<sup>163</sup> es stellt auch keine verbotene Täuschung gemäß §§ 163a Abs. 3 und 4, 136a Abs. 1 StPO dar, weil der Begriff der Täuschung einschränkend ausgelegt werden muss und die Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung im Vergleich zu den übrigen verbotenen Vernehmungsmethoden durch eine solche Befragung ohne Aufdeckung des Ermittlungsinteresses nicht beeinträchtigt wird;<sup>164</sup> zu keinem Verbot führt die Heimlichkeit dieser Maßnahme, da die Strafprozessordnung kein grundsätzliches Verbot für verstecktes oder heimliches Vorgehen kennt;<sup>165</sup> es besteht ferner kein Verstoß gegen den *nemo tenetur*-Grundsatz, weil kein Zwang zur Äußerung vorliegt und die Freiheit vom Irrtum über den Gesprächspartner nicht in den Anwendungsbereich dieses Grundsatzes fällt;<sup>166</sup> kein Verstoß gegen §§ 100a, 100b StPO a.F. entsteht, weil der Fernsprechteilnehmer durch eigene Entschließung bereit war, an seinem Endgerät einen Zweithörer zuzulassen, und das Mithören sodann nicht auf einem Eingriff in den von dem Netzbetreiber beherrschten Übermittlungsvorgang beruht;<sup>167</sup> ebenso wenig liegt ein Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip vor, weil es im Rahmen der Interessenabwägung in diesem Fall darum geht, dass diese Straftat von erheblicher Bedeutung ist und der Einsatz

<sup>162</sup> Kritisch *Roxin*, NSTZ 1997, 18–21; *Pawlik*, GA 1998, 378–389; *Bernsmann*, StV 1997, 116–119; *Popp*, NSTZ 1998, 95–96; *Derksen*, JR 1997, 167–170.

<sup>163</sup> BGHSt 42, 139, 145–149. *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Rn. 571a vertritt, dass die Hörfälle eine Umgehung der Belehrungspflicht darstellt.

<sup>164</sup> BGHSt 42, 139, 149. A.A. *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Rn. 638; *KK-Diemer*, § 136a Rn. 6. Vgl. auch *LR-Gless*, 26. Aufl., § 136a Rn. 44.

<sup>165</sup> BGHSt 42, 139, 149–151.

<sup>166</sup> BGHSt 42, 139, 151–153.

<sup>167</sup> BGHSt 42, 139, 153 f. Ähnliches findet sich auch in BGHSt 39, 335, 338. Gegen diese Ansicht wird z.B. die Frage vorgebracht, wieso einer der Fernsprechteilnehmer über ein fremdes Grundrecht (Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG) verfügen darf. Kritisch *Neuhaus*, FS für Rieß, 390; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 36 Rn. 23.

anderer Ermittlungsmethoden erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert worden wäre.<sup>168</sup>

Daher führt die Hörfalle nach Ansicht des BGH grundsätzlich nicht zu einem Verwertungsverbot, wenn die Polizei innerhalb rechtsstaatlicher Grenzen handelt, es also um eine besonders schwere Straftat geht und andere Ermittlungsmittel erheblich weniger Erfolg versprechen oder der Ermittlungserfolg wesentlich erschwert würde. Ein Verwertungsverbot kann allerdings für die Hörfalle bestehen, wenn trotz des Ausschlusses der Anwendung von § 136a StPO ein Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip den Umständen des Einzelfalls zu entnehmen ist.<sup>169</sup>

### cc) Zellenspitzel-Fälle

Als „Zellenspitzel-Fälle“ werden Fälle bezeichnet, in denen Privatpersonen oder verdeckte Ermittler auf Veranlassung der Ermittlungsbehörden zum Aushorchen des in Untersuchungshaft befindlichen Beschuldigten eingesetzt werden. Die Grenzen eines fairen, rechtsstaatlichen Verfahrens beschränken auch das Verhalten des Zellenspitzels. Zu den Zellenspitzel-Fällen wird ausgeführt, dass § 136a StPO anzuwenden ist, wenn eine vernehmungähnliche Situation besteht, in der die Informationsbeschaffung durch den Zellenspitzel eine förmliche Vernehmung ersetzt.<sup>170</sup>

Der BGH hat schon in BGHSt 34, 362 ff. formuliert, dass der Untersuchungshaftzweck durch den von der Polizei veranlassten Einsatz eines Mitgefangenen zum Aushorchen des Beschuldigten dazu missbraucht wird, das Aussageverhalten des Beschuldigten zu beeinflussen und ihn insbesondere zu veranlassen, von seinem Schweigerecht keinen Gebrauch zu machen.<sup>171</sup> In diesem Fall wurde der Beschuldigte gezielt einer Einwirkung auf seine Freiheit der Willensentschließung ausgesetzt.<sup>172</sup> Das an sich zulässige Zwangsmittel der Untersuchungshaft wurde ausgenutzt, und somit entstand eine Zwangswirkung auf den Beschuldigten, welche nicht mehr vom Strafverfahrensrecht gedeckt und damit unzulässig war.<sup>173</sup> Die Angaben des Beschuldigten unter Verletzung der §§ 136a, 163a Abs. 4 Satz 2 StPO sind somit unverwertbar.<sup>174</sup> In BGH, NJW 1989, 843 ff. geht es darum, dass der Beschuldigte einem Mitgefangenen Vertrauen entgegengebracht hat und auf eigenen

---

<sup>168</sup> BGHSt 42, 139, 154–157.

<sup>169</sup> SK-StPO/Rogall, 5. Aufl., § 136a Rn. 33; Janicki, Beweisverbote im deutschen und englischen Strafprozess, S. 107.

<sup>170</sup> BGHSt 52, 11, 22 f. Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 636; Mahlstedt, Die verdeckte Befragung des Beschuldigten im Auftrag der Polizei, S. 150. Vgl. auch Otto, GA 1970, 303.

<sup>171</sup> BGHSt 34, 362, 363 f.

<sup>172</sup> BGHSt 34, 362, 364.

<sup>173</sup> BGHSt 34, 362, 364. Es wurde auch die Meinung vertreten, dass eine Täuschung vorlag. Siehe Grünwald, StV 1987, 471; Seebode, JR 1988, 430.

<sup>174</sup> BGHSt 34, 362, 363.

Wunsch in die Zelle dieses Mitgefangenen eingezogen ist, der früher als V-Mann tätig war und sich aus eigenem Antrieb entschloss, den Beschuldigten zum Geständnis zu veranlassen. Der BGH hat in diesem Fall angenommen, dass der Beschuldigte von den Ermittlungsbehörden weder getäuscht worden ist noch die Zwangswirkung der Untersuchungshaft dazu eingesetzt wurde, ihn zur Selbstbelastung zu veranlassen, weil der Beschuldigte einem Mithäftling Vertrauen geschenkt hat, der sich aus eigenem Antrieb für die dem Beschuldigten vorgeworfene Tat interessierte, und in diesem Vertrauen enttäuscht worden ist.<sup>175</sup> Die Ermittlungsbehörden sind ferner in diesem Fall nicht verpflichtet, den Beschuldigten von dem ehemaligen V-Mann zu trennen.<sup>176</sup> Deswegen entstand kein Verwertungsverbot für die Aussage des Mitgefangenen. Kürzlich erließ der BGH in einem ähnlichen Fall einen Beschluss.<sup>177</sup> In diesem vertritt der BGH nochmals die Ansicht, dass kein Verwertungsverbot besteht, wenn Mithäftlinge aus eigenem Antrieb den Beschuldigten täuschen und den Ermittlungsbehörden dessen unter Täuschung gemachtes Geständnis weitergeben.

In BGH wistra 1998, 310 ff. hat eine selbsternannte Wahrsagerin ihre Mitgefangenen unter Ausnutzung von deren abergläubischen Vorstellungen zu selbstbelastenden Angaben veranlasst. Die systematische Vorgehensweise dieser „Wahrsagerin“ – das Sammeln schriftlicher Selbstbelastungen und eine langjährige Zusammenarbeit mit der Polizei – sowie die erhebliche Beeinflussung der Willensfreiheit der Beschuldigten führten nach Beurteilung des BGH dazu, dass das Verhalten der „Wahrsagerin“ der Polizei zuzurechnen war.<sup>178</sup>

Die Ermittlungsbehörden sind zwar grundsätzlich nicht gehalten, Kontakte zwischen Mitgefangenen zu unterbinden;<sup>179</sup> jedoch hat der Staat die Verpflichtung gegenüber den Beschuldigten, sie vor massiven Eingriffen nicht nur in ihre körperliche Integrität, sondern auch in ihre Freiheit selbstbestimmten Verhaltens zu schützen, denen sie infolge der Haftsituation nur begrenzt ausweichen können oder dürfen.<sup>180</sup> Erfüllen die staatlichen Behörden diese Verpflichtung nicht, ist ihnen das Verhalten ihrer Informanten zuzurechnen.<sup>181</sup> Hier entstand somit eine von den Ermittlungsbehörden geduldete Zwangswirkung entsprechend § 136a StPO, der vom BGH als prozessrechtliche Ausformung des Leitsatzes der Rechtsstaatlichkeit betrachtet wurde.<sup>182</sup> Diese Zwangswirkung hat ein Verwertungsverbot zur Folge.<sup>183</sup>

---

<sup>175</sup> BGH, NJW 1989, 843, 844.

<sup>176</sup> BGH, NJW 1989, 843, 845.

<sup>177</sup> BGH Beschluss vom 01.12.2016-3 StR 230/16. Zustimmung *Bosch*, Jura 2017, 1122.

<sup>178</sup> BGH wistra 1998, 310, 311 f.

<sup>179</sup> BGH wistra 1998, 310, 312; BGH NJW 1989, 843, 845.

<sup>180</sup> BGH wistra 1998, 310, 312.

<sup>181</sup> BGH wistra 1998, 310, 312.

<sup>182</sup> BGH wistra 1998, 310, 311.

<sup>183</sup> BGH wistra 1998, 310, 312.

Die Grenzen,<sup>184</sup> die sich aus dem Rechtsstaatsprinzip und dem Grundsatz des fairen Verfahrens ableiten, wurden überschritten.

2002 hat der EGMR in einem Zellenspitzel-Fall (*Allan-Fall*)<sup>185</sup> eine Verletzung des Schweigerechts beurteilt, welches durch den Grundsatz des fairen Verfahrens gemäß Art. 6 EMRK garantiert wird. Das Schweigerecht gehört zum Kernbereich des fairen Verfahrens.<sup>186</sup> Das dem freien Aussageverhalten des Beschuldigten dienende Schweigerecht wird grundsätzlich verletzt, wenn der Beschuldigte sich für das Schweigen entschieden hat und die Behörden auf täuschende Weise einen Informanten einsetzen, um dem Beschuldigten ein belastendes Geständnis zu entlocken.<sup>187</sup> Das durch beharrliches Fragen zustande gekommene Gespräch wurde als ein funktionales Äquivalent einer staatlichen Vernehmung angesehen.<sup>188</sup>

Der BGH hat 2007 unter dem Einfluss des EGMR in einem ähnlichen Fall, BGHSt 52, 11 ff., eine Verletzung des *nemo tenetur*-Grundsatzes angenommen und infolgedessen ein Verwertungsverbot bejaht. Hierbei hat der BGH die rechtsstaatlichen Grenzen nochmals betont. Nach Ansicht des BGH hat das Befragungsverhalten des verdeckten Ermittlers in diesem Fall gegen die Einschränkungen verstoßen, die sich unmittelbar aus dem *nemo tenetur*-Grundsatz sowie aus den mit Blick auf diesen Grundsatz zu stellenden Anforderungen an ein faires, rechtsstaatliches Verfahren ergeben.<sup>189</sup> Durch beharrliches Fragen und Drohung mit Abbruch des vorgetäuschten Vertrauensverhältnisses, auf das der Beschuldigte angewiesen war, hat der verdeckte Ermittler eine der staatlichen Vernehmung funktional äquivalente Vernehmung entwickelt, und der Beschuldigte wurde in eine Situation versetzt, die der besonderen Zwangssituation in BGHSt 34, 362 ff. nahekam.<sup>190</sup> Die Auffassungen in BGHSt 52, 11 ff. über die Grenzen des fairen Verfahrens und die bei der Ausnutzung der besonderen Inhaftierungssituation anzunehmende Zwangswirkung wurden später auch in BGHSt 55, 138 ff. vertreten.<sup>191</sup>

---

<sup>184</sup> BGH wistra 1998, 310, 311. Diese Grenzen wurden durch die Hörfallen-Entscheidungen BGHSt 42, 139 und BVerfGE 106, 28 bestimmt.

<sup>185</sup> EGMR StV 2003, 257.

<sup>186</sup> EGMR StV 2003, 257, 259.

<sup>187</sup> EGMR StV 2003, 257, 259.

<sup>188</sup> EGMR StV 2003, 257, 260.

<sup>189</sup> BGHSt 52, 11, 21.

<sup>190</sup> BGHSt 52, 11, 22 f. In diesem Fall wurde anhand der Begründungen in der Hörfallen-Entscheidung BGHSt 42, 139 ff. zunächst eine Reihe möglicher Rechtsverletzungen ausgeschlossen, darunter auch ein Verstoß gegen verbotene Vernehmungsmethoden nach § 136a Abs. 1 StPO. Eine verdeckte Befragung des Beschuldigten sei mit den gesetzlich verbotenen Mitteln nicht vergleichbar (BGHSt 52, 11, 16). Gegen Schluss des Urteils (BGHSt 52, 11, 23) hat der BGH allerdings eine ähnliche Zwangssituation wie in BGHSt 34, 362 ff. angenommen, auf die § 136a StPO mit der Verwertungsverbotsfolge anzuwenden ist. Der BGH hat sich damit in Widersprüche verwickelt.

<sup>191</sup> BGHSt 55, 138, 144.

#### 4. Verstöße gegen Anwesenheitsrechte des Beschuldigten bzw. seines Verteidigers

Gemäß § 168c Abs. 2 und 5 StPO haben der Beschuldigte und sein Verteidiger Anwesenheitsrechte bei der richterlichen Vernehmung von Zeugen oder Sachverständigen und sind daher vom Richter über den Termin zu benachrichtigen, außer wenn die Benachrichtigung den Untersuchungserfolg gefährden würde. Unterbleibt diese Benachrichtigung zu Unrecht, ob absichtlich, versehentlich oder unter Verkennerung der gesetzlichen Voraussetzungen für ein Unterbleiben der Benachrichtigung,<sup>192</sup> ist eine Rechtsverletzung entstanden und hat somit hinsichtlich des auf diese Weise fehlerhaft gewonnenen Beweisergebnisses ein Verwertungsverbot zur Folge.<sup>193</sup> In der Hauptverhandlung darf diese fehlerhafte Vernehmung weder durch Verlesen der Vernehmungsniederschrift noch durch Vernehmung des Ermittlungsrichters eingeführt werden.<sup>194</sup> Der BGH hat in BGHSt 26, 332 ff. unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte und des Wortlautes von § 168c StPO einen vom Gesetzgeber gewollten erhöhten Schutz des Beschuldigten anerkannt und festgelegt, dass ein Verstoß gegen die Benachrichtigungspflicht nicht von geringem Gewicht ist und ein Verwertungsverbot zur Folge haben soll.<sup>195</sup> Der Gesetzgeber will den Beschuldigten mit seinem Anwesenheitsrecht bei richterlichen Zeugenvernehmungen im Vorverfahren besserstellen und ihm eine wirksame Absicherung bieten, so dass ein Beweisergebnis herbeigeführt werden kann, wenn dem Beschuldigten oder seinem Verteidiger zuvor Gelegenheit gegeben wurde, auf das Beweisergebnis Einfluss zu nehmen.<sup>196</sup> Der Anspruch des Beschuldigten auf rechtliches Gehör wird durch die Verletzung der Benachrichtigungspflicht verletzt,<sup>197</sup> darüber hinaus wird auch sein Recht auf ein faires Verfahren gemäß Art. 6 EMRK beeinträchtigt.<sup>198</sup> Wenn der Mangel der fehlerhaften Benachrichtigung vor der Hauptverhandlung entdeckt wird, wird in der Literatur zum Teil gefordert, dass zur Vermeidung des Widerspruches von Seiten der Verteidigung die Vernehmung wiederholt werden soll.<sup>199</sup>

Die Strafprozessordnung hat noch keine klaren Regelungen für das Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung ge-

---

<sup>192</sup> BGH NJW 2003, 3142, 3143; zustimmend BVerfG StV 2006, 73, 77; auch Meyer-Goßner/Schmitt, § 168c Rn. 6; LR-Erb, 26. Aufl., § 168c Rn. 53; SK-StPO/Wohlers/Albrecht, 5. Aufl., § 168c Rn. 42.

<sup>193</sup> BGHSt 26, 332, 334; auch KK-Griesbaum, § 168c Rn. 22.

<sup>194</sup> BGHSt 26, 332, 335; auch Meyer-Goßner/Schmitt, § 168c Rn. 6; LR-Erb, 26. Aufl., § 168c Rn. 56, 56a; SK-StPO/Wohlers/Albrecht, 5. Aufl., § 168c Rn. 42.

<sup>195</sup> BGHSt 26, 332, 334 f.

<sup>196</sup> BGHSt 26, 332, 335.

<sup>197</sup> BGHSt 26, 332, 335; auch Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 24 Rn. 42.

<sup>198</sup> BGH NJW 2003, 3142, 3142.

<sup>199</sup> Meyer-Goßner/Schmitt, § 168c Rn. 6a; KK-Griesbaum, § 168c Rn. 22; LR-Erb, 26. Aufl., § 168c Rn. 55.

troffen. Die Rechtsprechung lehnt ein solches Anwesenheitsrecht ab.<sup>200</sup> Die Gründe dafür stehen in Zusammenhang mit der dominanten Rolle der Strafverfolgungsbehörden in der Ermittlung<sup>201</sup> und der Befürchtung, dass eine frühzeitige Information des Verteidigers und damit indirekt des Beschuldigten zu Obstruktions- und Verdunkelungsmöglichkeiten führen kann.<sup>202</sup>

Das Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei staatsanwaltschaftlichen und richterlichen Beschuldigtenvernehmungen sowie die Benachrichtigungspflicht im Vorverfahren ergeben sich aus § 163a Abs. 3 i.V.m. § 168c Abs. 1 und 5 StPO. Der Verteidiger ist bei der richterlichen Vernehmung des Beschuldigten gemäß § 168c Abs. 5 StPO vorher von dem Vernehmungstermin zu benachrichtigen, wenn dies den Untersuchungserfolg nicht gefährdet. Liegt ein Verstoß gegen diese Benachrichtigungspflicht vor, darf die Einlassung des Beschuldigten in der Hauptverhandlung gegen den Widerspruch des Verteidigers nicht verwertet werden.<sup>203</sup> Der BGH hat die für Verteidiger entwickelten Grundsätze der Anwesenheitsrechte bei der Zeugenvernehmung auf entsprechende Verfahrensfehler bei der richterlichen Vernehmung des Beschuldigten übertragen.<sup>204</sup>

Das Verwertungsverbot entspricht im Kern dem Ergebnis einer konsequenten Durchsetzung des Grundsatzes, dass das Recht auf uneingeschränkte Verteidigung nicht angetastet werden darf, da dieses unter den Grundsatz des fairen Verfahrens fällt.<sup>205</sup> Wie bei der Zeugenvernehmung wollte der Gesetzgeber durch das Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der Beschuldigtenvernehmung die Rechtsposition des Beschuldigten verbessern und ihm einen erhöhten Schutz gewähren.<sup>206</sup> Wenn ein Verstoß gegen die Benachrichtigungspflicht folgenlos bliebe, wäre das diesem Schutz dienende erweiterte Anwesenheitsrecht des Verteidigers erheblich entwertet.<sup>207</sup> Somit ist ein Verwertungsverbot anzunehmen. Wird bei der staatsanwaltschaftlichen Vernehmung des Beschuldigten gegen diese Benachrichtigungspflicht verstoßen, hat dies entsprechend die gleichen Folgen wie bei der richterlichen Vernehmung.<sup>208</sup>

---

<sup>200</sup> Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 516. Eisenberg hat in Rn. 517 kritisiert, dass das Fehlen dieses Anwesenheitsrechts mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht vereinbar ist. Vgl. auch Kritik von Schrepfer, Die Anwesenheit des Verteidigers bei der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung, S. 49.

<sup>201</sup> Dabs, Handbuch des Strafverteidigers, Rn. 234.

<sup>202</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 19 Rn. 65.

<sup>203</sup> BGH StV 1989, 3=BGH NSTZ 1989, 282 f. mit Anmerkung von Hans Hilger.

<sup>204</sup> Hilger, Anmerkung zu BGH NSTZ 1989, 282 f., 283.

<sup>205</sup> Hilger, Anmerkung zu BGH NSTZ 1989, 282 f., 283.

<sup>206</sup> Vgl. Hilger, Anmerkung zu BGH NSTZ 1989, 282 f., 283.

<sup>207</sup> Hilger, Anmerkung zu BGH NSTZ 1989, 282 f., 283.

<sup>208</sup> KK-Griesbaum, § 163a Rn. 21.

## C. Beweisverwertungsverbote im Zusammenhang mit der Zeugenvernehmung

Bei der Zeugenvernehmung können Verstöße gegen die Zeugnisverweigerungsrechte und das Auskunftsverweigerungsrecht zu Beweisverwertungsverboten führen,<sup>209</sup> die nachfolgend im Einzelnen untersucht werden.

### 1. Verstöße gegen das Zeugnisverweigerungsrecht aus familiärem Grund

Gemäß § 52 Abs. 1 StPO haben Verlobte, Ehegatten, Lebenspartner, Verwandte oder Verschwägerte des Beschuldigten ein Zeugnisverweigerungsrecht. Die Entscheidung, ob der Zeuge davon Gebrauch macht, liegt allein bei ihm; es ist ein höchstpersönliches Recht.<sup>210</sup> Der Beschuldigte kann, auch wenn er die Vernehmung seines Angehörigen selbst beantragt hat, von dem Zeugen kein bestimmtes Verhalten verlangen.<sup>211</sup> Die Zeugnisverweigerungsberechtigten sind nach § 52 Abs. 3 Satz 1 StPO vor jeder Vernehmung über ihr Recht zu belehren. Gemäß §§ 161a Abs. 1 Satz 2, 163 Abs. 3 Satz 2 StPO gelten die Belehrungspflichten über das Zeugnisverweigerungsrecht auch für Vernehmungen durch Staatsanwaltschaft und Polizei. Wird die erforderliche Belehrung unterlassen und gibt der Zeuge infolge dieser Rechtsunkenntnis eine den Beschuldigten belastende Aussage ab, darf diese nach allgemeiner Auffassung<sup>212</sup> nicht verwertet werden.

In BGHSt 11, 213 ff. wird das Verwertungsverbot damit begründet, dass nicht jeder Verfahrensverstöß das Revisionsrügerecht nach sich zieht.<sup>213</sup> Bei jeder Vorschrift muss nunmehr geprüft werden, ob ihre Verletzung den Rechtskreis des Beschwerdeführers wesentlich berührt oder ob sie für ihn nur von untergeordneter bzw. keiner Bedeutung ist.<sup>214</sup> Das Zeugnisverweigerungsrecht entspringt der schonenden Rücksicht auf die Familienbande, die den Beschuldigten mit dem Zeugen verknüpfen.<sup>215</sup> Zum Schutz der Familie des Beschuldigten und auch wegen des Gewissenskonflikts des Zeugen soll es im Ermessen des Zeugen liegen, ob er aussagen will oder nicht.<sup>216</sup> Der Rechtskreis des Beschuldigten wird daher unmittelbar

---

<sup>209</sup> Für eine kurze Darstellung dieser Beweisverwertungsverbote siehe *Rogall*, JZ 1996, 950–953.

<sup>210</sup> BGHSt 21, 303, 305; KK-*Senge*, § 52 Rn. 2.

<sup>211</sup> RGSt 20, 187; RGSt 48, 269, 270.

<sup>212</sup> BGHSt 14, 159, 160; BGHSt 23, 221, 223; BGHSt 38, 96, 99; BGH NSTZ 1992, 291; BGH NSTZ 1993, 501. *Muthorst*, Das Beweisverbot, S. 330; *Peters*, Beweisverbote im deutschen Strafverfahren, Gutachten für den 46. DJT, Band I Teil 3A, S. 115; *Meyer-Goßner/Schmitt*, § 52 StPO, Rn. 32; SK-StPO/*Rogall*, 5. Aufl., § 52 Rn. 85; LR-*Ignor/Bertheau*, 27. Aufl., § 52 Rn. 53; KK-*Senge*, § 52 Rn. 39.

<sup>213</sup> BGHSt 11, 213, 215.

<sup>214</sup> BGHSt 11, 213, 215.

<sup>215</sup> BGHSt 11, 213, 216.

<sup>216</sup> BGHSt 11, 213, 216; vgl. auch *Eb. Schmidt*, JZ 1958, 597.



berührt, wenn sich der Zeuge infolge Rechtsunkenntnis nicht frei entscheiden kann.<sup>217</sup> In diesem Fall ist das Revisionsrügerecht des Beschuldigten anzuerkennen und die Aussage des Zeugen unverwertbar.<sup>218</sup> Ist die Belehrung unterblieben, ist bis zum Erlass eines Urteils eine Heilung dieses Fehlers möglich.<sup>219</sup> Jedoch reicht dafür eine bloße Nachholung der Belehrung nicht aus.<sup>220</sup> Erforderlich ist vielmehr, dass eine Erklärung des Zeugen herbeigeführt wird, dass er auch nach Belehrung das Zeugnisverweigerungsrecht nicht geltend gemacht hätte. Ist dies der Fall, darf das Zeugnis verwertet werden.<sup>221</sup> Teilweise wird in der Literatur eine qualifizierte Belehrung über die Unverwertbarkeit des bei fehlender Belehrung abgegebenen Zeugnisses gefordert.<sup>222</sup>

Wenn der Zeuge zwar keine Rechtsbelehrung erhalten, jedoch sein Zeugnisverweigerungsrecht gekannt hat und wenn er davon auch bei ordnungsgemäßer Belehrung keinen Gebrauch gemacht hätte oder wenn er der Verwertung zustimmt, entsteht beim Verstoß gegen die Belehrungspflicht kein Beweisverwertungsverbot.<sup>223</sup>

Macht ein Zeuge sein Verweigerungsrecht erst in der Hauptverhandlung geltend, so dürfen gemäß § 252 StPO seine Angaben zum Verfahrensgegenstand in früheren Vernehmungen nicht verlesen werden. Das Verwertungsverbot aus § 252 StPO bedeutet, dass der allgemeine Anspruch auf Aufklärung weitgehend der Rücksicht auf den weigerungsberechtigten Zeugen weichen muss.<sup>224</sup> Allerdings darf das Interesse an der Straftataufklärung nicht weiter zurücktreten, als es die schutzwürdigen Interessen des weigerungsberechtigten Zeugen verlangen.<sup>225</sup> Hier hat die Rechtsprechung bewusst Grenzen für das Verwertungsverbot gesetzt. Hat der Zeuge bei einer früheren richterlichen Vernehmung nach Hinweis auf sein Zeugnisverweigerungsrecht ausgesagt und erst in der Hauptverhandlung von diesem Recht Gebrauch gemacht, dürfen Beweise über den Inhalt seiner früheren Aussage durch Vernehmung des Richters erhoben werden. Dies gründet darin, dass in einem solchen Fall das öffentliche Interesse<sup>226</sup> an einer effektiven Strafrechtspflege von größerer gegenüber der Rücksicht Bedeutung als das Interesse des Zeugen ist und der staatlichen Wahrheitserforschung Vorrang auf das Zeugnisverweigerungsrecht ein-

---

<sup>217</sup> BGHSt 11, 213, 216.

<sup>218</sup> BGHSt 11, 213, 216.

<sup>219</sup> Vgl. BGH NStZ 1989, 484; BGHSt 12, 235, 242; Meyer-Goßner/Schmitt, § 52 Rn. 31; KK-Senge, § 52 Rn. 36; ähnlich LR-Ignor/Bertheau, 27. Aufl., § 52 Rn. 52.

<sup>220</sup> LR-Ignor/Bertheau, 27. Aufl., § 52 Rn. 52; Meyer-Goßner/Schmitt, § 52 Rn. 31.

<sup>221</sup> BGHSt 12, 235, 242; Meyer-Goßner/Schmitt, § 52 Rn. 31; LR-Ignor/Bertheau, 27. Aufl., § 52 Rn. 52.

<sup>222</sup> Z.B. LR-Ignor/Bertheau, 27. Aufl., § 52 Rn. 52.

<sup>223</sup> BGHSt 40, 336, 339; BGH NJW 1985, 2121, 2122; BGH NStZ 1989, 484. Auch Hellmann, Strafprozessrecht, Rn. 732.

<sup>224</sup> BGHSt 2, 99, 105.

<sup>225</sup> BGHSt 2, 99, 105.

<sup>226</sup> BGH NJW 1998, 2229, 2230.

geräumt wird.<sup>227</sup> Dies gilt allerdings nicht, wenn die frühere Aussage bei einer nicht-richterlichen Vernehmung gemacht wurde. Die Vernehmung der Verhörsperson über den Inhalt früherer Aussagen ist dann unzulässig: Gegenüber dem Interesse der Wahrheitserforschung hat das Interesse des Zeugen Vorrang.<sup>228</sup>

## 2. Verstöße gegen das Auskunftsverweigerungsrecht

§ 55 Abs. 1 StPO räumt dem Zeugen ein Recht auf Auskunftsverweigerung ein, wenn seine Antwort auf die Befragung ihn selbst oder einen seiner Angehörigen belasten könnte. § 55 Abs. 2 StPO schreibt die Belehrungspflicht der Verhörspersonen gegenüber dem Zeugen vor. Ein Fehlen dieser Belehrung führt allerdings nach überwiegender Ansicht nicht zu einem Beweisverwertungsverbot im Verfahren gegen den Beschuldigten.<sup>229</sup> Denn das Auskunftsverweigerungsrecht beruht auf der Achtung der Persönlichkeit des Zeugen und dient der Vermeidung der Selbstbezichtigung und verhindert die Beschuldigung seiner Angehörigen; der Beschuldigte hat kein rechtlich zu schützendes Interesse an diesem Recht.<sup>230</sup> Ein Unterlassen der Belehrung kann deshalb den Rechtskreis des Beschuldigten nicht wesentlich berühren und ihm kann auch nicht das Recht entstehen, sich gegen die Verwertung einer solchen Aussage des Zeugen im Wege der Revision zu wehren.<sup>231</sup> Diese Ansicht wird auch von der Literatur überwiegend gestützt.<sup>232</sup>

## 3. Verstöße gegen Zeugnisverweigerungsrechte aus beruflichen oder dienstlichen Gründen

§§ 53, 53a StPO gewähren den Angehörigen bestimmter Berufsgruppen und deren Gehilfen ein Recht auf Verweigerung des Zeugnisses. Dazu zählen z.B. Geistliche, Verteidiger, Rechtsanwälte, Notare, Ärzte, Abgeordnete und ihre Gehil-

<sup>227</sup> BGHSt 2, 99, 106.

<sup>228</sup> BGHSt 2, 99, 106.

<sup>229</sup> BGHSt 1, 39, 40; BGHSt 11, 213, 218; BGHSt 38, 302, 304; NStZ 1983, 354; NStZ 1985, 493; *Grünwald*, JZ 1966, 490; *Kleinknecht*, NJW 1966, 1537; Meyer-Goßner/*Schmitt*, § 55 Rn. 17; *KK-Senge*, § 55 Rn. 19; *SK-StPO/Rogall*, 5. Aufl., § 55 Rn. 77; *Beulke*, Strafprozessrecht, 13. Aufl., Rn. 464; *Muthorst*, Das Beweisverbot, S. 331.

<sup>230</sup> BGHSt 11, 213, 216 f.

<sup>231</sup> BGHSt 11, 213, 217 f.

<sup>232</sup> Meyer-Goßner/*Schmitt*, § 55 Rn. 17; *KK-Senge*, § 55 Rn. 19; *Grünwald*, JZ 1966, 499; *Rogall*, JZ 1996, 952 f.; *Hellmann*, Strafprozessrecht, Rn. 732. Dazu gibt es noch einige andere Ansichten: *Rogall*, JZ 1996, 953 vertritt, dass ein Verwertungsverbot wegen der „Verteidigung der Rechtsordnung“ im Verfahren gegen den an sich nicht betroffenen Angeklagten anzunehmen ist, wenn gegen die Belehrungspflicht bewusst verstoßen wurde; *Klug*, Referat zum 46. DJT, Band II, Teil F, S. 55, ist der Ansicht, dass ein Unterlassen der Belehrung nach § 55 Abs. 2 StPO die Justizförmigkeit und Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens als Ganzes in Frage stellt und dass in Ausnahmefällen ein Verwertungsverbot entstehen kann. Wiederum abweichende Ansicht bei *LR-Ignor/Bertheau*, 27. Aufl., § 55 Rn. 41.

fen. Sie können über die ihnen bei ihrer Berufsausübung anvertrauten oder bekannt gewordenen Tatsachen schweigen. Es besteht gesetzlich keine Belehrungspflicht über das Zeugnisverweigerungsrecht aus §§ 53, 53a StPO,<sup>233</sup> weil der Gesetzgeber davon ausgeht, dass die Zeugen ihre Berufsrechte und -pflichten kennen.<sup>234</sup>

Die Rechtsprechung hat sich bei der Bestimmung diesbezüglicher Beweisverwertungsverbote nicht an der Beziehung des Zeugen zum Beschuldigten bzw. zum Rechtskreis des Beschuldigten orientiert, sondern am Geheimhaltungsinteresse des Zeugen bzgl. des Vernehmungsgegenstandes bzw. am Schutzzweck der Vorschriften.<sup>235</sup> Die Intention des Gesetzgebers besteht beim Zeugnisverweigerungsrecht aus beruflichen Gründen darin, den Berufsträger vor dem Zwang zu schützen, als Zeuge ein ihm anvertrautes Geheimnis infolge der Zeugnispflicht preisgeben zu müssen.<sup>236</sup> Das Zeugnisverweigerungsrecht dient auch dem Interesse des Beschuldigten, der in direkter Beziehung zu dem Berufsträger steht, sich vertrauensvoll auf dessen Diskretion bei der Berufsausübung verlassen zu können.<sup>237</sup> Jedoch beschränkt sich das Recht des Beschuldigten darauf, den Berufsträger von seiner Schweigepflicht zu entbinden oder eine Schweigepflichtentbindungserklärung abzulehnen.<sup>238</sup> Keinesfalls hat der Beschuldigte einen Anspruch darauf, dass der Zeuge von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht.<sup>239</sup> Der Gesetzgeber wollte durch das Verweigerungsrecht den Berufsträger als Zeugen von der sonst allgemein geltenden Zeugnispflicht aufgrund seines Berufs entbinden und ihm die Freiheit geben, Angaben über das ihm anvertraute Geheimnis zu machen oder nicht.<sup>240</sup> Wenn der Berufsträger dennoch über das ihm anvertraute Geheimnis ausgesagt und sich damit eventuell sogar strafbar gemacht hat, berührt dies die verfahrensrechtliche Verwertbarkeit der Aussage nicht.<sup>241</sup> Daraus lässt sich schließen, dass das Zeugnisverweigerungsrecht aus beruflichen Gründen nicht auf der Beziehung des Zeugen zum Beschuldigten gründet. In BGHSt 33, 148 ff. hat der BGH verdeutlicht, dass das Zeugnisverweigerungsrecht allein vom Vernehmungsgegenstand abhängig ist.<sup>242</sup>

Öffentlich Bedienstete, wie Richter und Beamte, können gemäß § 54 StPO als Zeugen die Aussage über Umstände verweigern, auf die sich ihr Dienstgeheimnis

---

<sup>233</sup> BGH GA 1969, 92. A.A. *Haffke*, GA 1973, 74 f.

<sup>234</sup> Meyer-Goßner/*Schmitt*, § 53 Rn. 44; KK-*Senge*, § 53 Rn. 6; LR-*Ignor/Bertheau*, 27. Aufl., § 53 Rn. 76; *Muthorst*, Das Beweisverbot, S. 331.

<sup>235</sup> Vgl. *Janicki*, Beweisverbote im deutschen und englischen Strafprozess, S. 77. A.A. *Klug*, Referat zum 46. DJT, Band II, Teil F, S. 52.

<sup>236</sup> BGHSt 9, 59, 61.

<sup>237</sup> BGHSt 18, 146, 147.

<sup>238</sup> BGHSt 18, 146, 147.

<sup>239</sup> BGHSt 9, 59, 61.

<sup>240</sup> BGHSt 9, 59, 61.

<sup>241</sup> BGHSt 9, 59, 62. Vgl. auch *Sieber*, FS für Roxin, S. 1121 f.

<sup>242</sup> BGHSt 33, 148, 152.

bezieht, solange sie keine Aussagegenehmigung von ihrem Dienstvorgesetzten erhalten. Gemäß § 46 DRiG i.V.m. § 39 BBG und § 61 BBG haben Richter und Beamte auch nach Beendigung ihres Dienstverhältnisses über die ihnen bei ihren amtlichen Tätigkeiten bekannt gewordenen Angelegenheiten Stillschweigen zu bewahren. Diese allgemeine Schweigepflicht gilt für diesen Personenkreis, nicht aber für ehrenamtliche Richter.<sup>243</sup> Daneben haben Richter gemäß § 43 DRiG auch das Beratungsgeheimnis zu wahren, d.h. sie sind verpflichtet, über Vorgänge bei der Beratung und Abstimmung als Zeuge zu schweigen. Dieses Beratungsgeheimnis gilt ebenfalls für ehrenamtliche Richter. Hier entfällt aus demselben Grund wie bei den §§ 53, 53a StPO die Belehrungspflicht.<sup>244</sup> Auch wenn der zum Schweigen verpflichtete Zeuge ohne Genehmigung ausgesagt hat, entsteht nach h.M. kein Verwertungsverbot.<sup>245</sup> Der Grund hierfür ist, dass § 54 StPO nicht dem Schutz des Beschuldigten dient,<sup>246</sup> sondern dem Schutz öffentlicher Interessen,<sup>247</sup> und dass durch die Äußerung des Zeugen die Interessen des Beschuldigten nicht berührt werden.<sup>248</sup> Daher wird ein Verwertungsverbot beim Verstoß gegen § 54 StPO angesichts des Rechtskreises des Beschuldigten abgelehnt.

## **D. Beweisverwertungsverbote im Zusammenhang mit strafprozessualen Zwangsmaßnahmen**

Beweisverwertungsverbote können sich auch aus Verstößen bei strafprozessualen Zwangsmaßnahmen ergeben, die im Folgenden näher untersucht werden sollen, z.B. bei der Durchsuchung (sogleich 1.), der Beschlagnahme (2.), der körperlichen Untersuchung (3.), der Telekommunikationsüberwachung (4.) und beim Einsatz von technischen Mitteln (5.).

### **1. Beweisverwertungsverbote bei der Durchsuchung**

Bei der Durchsuchung können sich Beweisverwertungsverbote sowohl aus Verstößen gegen die Vorschriften über die Anordnung und Durchführung dieser Maßnahme als auch im Zusammenhang mit „Zufallsfunden“ ergeben.

---

<sup>243</sup> LR-Ignor/Bertheau, 27. Aufl., § 54 Rn. 5; SK-StPO/Rogall, 5. Aufl., § 54 Rn. 14.

<sup>244</sup> Muthorst, Das Beweisverbot, S. 331.

<sup>245</sup> Z.B. Meyer-Goßner/Schmitt, § 54 Rn. 2; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 1266.

<sup>246</sup> BGH NJW 1952, 151, 152.

<sup>247</sup> Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 1266.

<sup>248</sup> Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 1266.

*a) Verstöße gegen Vorschriften  
über die Anordnung und Durchführung der Durchsuchung*

Die §§ 102 ff. StPO regeln die Durchsuchung, welche entweder zum Zweck der Ergreifung des Beschuldigten oder zur Auffindung von Beweismitteln vorgenommen wird. In Bezug auf Beweisverwertungsverbote ist nur die Durchsuchung zur Auffindung von Beweismitteln von Interesse. Zu diesem Zweck können die Wohnung und andere Räume des Beschuldigten oder die eines anderen sowie seine Person und die ihm gehörenden Sachen gemäß §§ 102 und 103 StPO durchsucht werden. Gemäß § 105 StPO steht die Durchsuchungsanordnung dem Richter zu. Bei Gefahr im Verzug können die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen eine Durchsuchung selbstständig anordnen.

Wenn die Durchsuchung fehlerhaft ist, stellt sich die Frage, ob die anschließende Beschlagnahme zulässig ist bzw. ob ein Verwertungsverbot besteht. Das Gesetz sieht diesbezüglich keine grundsätzlichen Verbote vor.<sup>249</sup> Die Fehlerhaftigkeit der Durchsuchung allein kann noch nicht zum Beweisverwertungsverbot führen; die Frage ist vielmehr, ob den von der Rechtsverletzung betroffenen Individualinteressen Vorrang mit Hilfe der Beweisverwertungsverbote gebührt.<sup>250</sup> Die deutsche Rechtsprechung beantwortet diese Frage meist durch Abwägung zwischen den staatlichen Interessen an der Aufklärung der Straftat und den geschützten persönlichen Interessen der Betroffenen.<sup>251</sup> Oftmals ist dabei vor allem das individuelle Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung aus Art. 13 GG betroffen.

Bei der Interessenabwägung werden unterschiedliche Aspekte einbezogen, z.B. welches Gewicht die aufzuklärende Tat hat, wie schwer der Rechtsfehler ist, ob staatliche Zwangsbefugnisse bewusst missbraucht oder in gutem Glauben angewandt wurden und ob das Beweismittel auch auf gesetzmäßigem Wege hätte gewonnen werden können.<sup>252</sup> Ein Beweisverwertungsverbot ist grundsätzlich nur dann Folge einer fehlerhaften Durchsuchung, wenn die zur Fehlerhaftigkeit der Ermittlungsmaßnahme führenden Verfahrensverstöße schwerwiegend waren oder bewusst bzw. willkürlich begangen wurden.<sup>253</sup>

Eine typische Fallkonstellation dafür ist die bewusste Missachtung des Richtervorbehalts bzw. die willkürliche Annahme der sich aus § 105 Abs. 1 Satz 1 StPO

---

<sup>249</sup> Vgl. BVerfG NJW 2009, 3225, 3226; BVerfG, NStZ 2004, 216; LG Wiesbaden NJW 1979, 175; LG Bad Kreuznach StV 1993, 630, 635.

<sup>250</sup> Vgl. LG Bremen StV 2006, 571, 573.

<sup>251</sup> OLG Hamm NStZ 2007, 355, 356; LG Baden-Baden wistra 1990, 118. Vgl. auch Hüls, ZIS 2009, 162 f. Kritisch Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 2465.

<sup>252</sup> LG Bonn NJW 1981, 292, 293; LG Baden-Baden wistra 1990, 118, 119; vgl. auch LG Heilbronn StV 2005, 380, 382.

<sup>253</sup> BVerfG NJW 2006, 2684; BGH NStZ-RR 2007, 242; BGHSt 51, 285; vgl. auch BVerfGE 113, 29.

ergebenden Eilkompetenz durch Ermittlungsbehörden.<sup>254</sup> So hat in BGHSt 51, 285 ff. der Staatsanwalt unter „Provokation“ des Polizeibeamten, der den Beschuldigten schon wochenlang beobachtet und schließlich festgenommen hatte, umgehend nach der Festnahme eine Wohnungsdurchsuchung aufgrund der Eilkompetenz angeordnet, ohne einen vorherigen Anruf beim Ermittlungsrichter zu erwägen und eine Gefahr für den Verlust von Beweismitteln zu dokumentieren. Der BGH hat die Meinung des BVerfG<sup>255</sup> bezüglich des Richtervorbehalts übernommen, dass aufgrund der grundrechtssichernden Schutzfunktion des Richtervorbehalts der Begriff „Gefahr im Verzug“ eng auszulegen ist.<sup>256</sup> Angesichts der Gesamtschau der Umstände, besonders der problemlos möglichen Vorbereitung eines Antrags auf Durchsuchung<sup>257</sup> und der Erreichbarkeit eines Ermittlungsrichters im Eil- oder Notdienst,<sup>258</sup> hat der BGH ein bewusstes Ignorieren bzw. eine grobe Missachtung des Richtervorbehalts festgestellt.<sup>259</sup> Bei einer Interessenabwägung bewirkt ein solch grober Verstoß mit der Folge, dass einzelne Rechtsgüter massiv beeinträchtigt werden und dadurch ein nach rechtsstaatlichen Grundsätzen geordnetes Verfahren nachhaltig und derart schwer beschädigt wird, dass eine andere Lösung als ein Verwertungsverbot untragbar wäre.<sup>260</sup> Ein bewusster Verstoß gegen den Richtervorbehalt muss, wenn das Vertrauen in die Rechtmäßigkeit staatlichen Handelns nicht geschädigt werden soll, die Unverwertbarkeit der gefundenen und sichergestellten Beweismittel zur Folge haben.<sup>261</sup> Darüber hinaus wird in BGHSt 51, 285 ff. deutlich anerkannt, dass schwerwiegende Rechtsverletzungen, die durch das besondere Gewicht der jeweiligen Verletzungshandlung bei grober Verkennung der Rechtslage geprägt sind, ebenso zu einem Beweisverwertungsverbot führen können, weil der Staat aus Eingriffen ohne Rechtsgrundlage keinen Nutzen ziehen darf und eine Verwertung hier gegen die Grundsätze eines fairen Verfahrens verstoßen würde.<sup>262</sup> In OLG Hamm, NSTZ 2007, 355 ff. wurde eine objektiv willkürliche Durchsuchung angenommen, da von den durchsuchenden Beamten die Annahme von Gefahr im Verzug weder dokumentiert noch begründet wurde.<sup>263</sup> Das Gericht hat aufgrund einer Abwägung die Unverwertbarkeit der Beweismittel angenommen, weil in diesem Fall das Strafverfolgungsinteresse nicht besonders hoch und

---

<sup>254</sup> Z.B. OLG Hamm NSTZ 2007, 355; AG Hamburg-St. Georg StV 2008, 630; LG Darmstadt StV 1993, 573; BVerfGE 113, 29; BGHSt 51, 285.

<sup>255</sup> BVerfGE 103, 142, 153.

<sup>256</sup> BGHSt 51, 285, 292.

<sup>257</sup> BGHSt 51, 285, 294.

<sup>258</sup> BGHSt 51, 285, 293.

<sup>259</sup> BGHSt 51, 285, 294.

<sup>260</sup> BGHSt 51, 285, 290 und 293.

<sup>261</sup> LG Darmstadt StV 1993, 573, 574.

<sup>262</sup> BGHSt 51, 285, 291.

<sup>263</sup> OLG Hamm NSTZ 2007, 355, 356.

der Tatverdacht gering war.<sup>264</sup> Allerdings bestehen in der Literatur Bedenken gegen die neue Tendenz in der Rechtsprechung, welche über die Fälle des bewussten Rechtsbruchs hinaus schon bei „objektiver Willkür“ einen schwerwiegenden Verstoß gegen den Richtervorbehalt bzw. das faire Verfahren und damit ein Verwertungsverbot annimmt.<sup>265</sup> Dies berge die Gefahr, dass man so weit gehe, dass die rechtlichen Konturen verschwimmen und dies zu beliebigen Ergebnissen führe.<sup>266</sup> Angesichts dieser Bedenken wäre eine genaue Berücksichtigung der subjektiven Einstellung der Strafverfolgungsorgane wünschenswert.

Bei der gegenteiligen Fallkonstellation, in der die Missachtung des Richtervorbehalts nicht bewusst bzw. nicht willkürlich erfolgt, hängt die Frage der Verwertung der Beweismittel ebenfalls von der Abwägung unter Berücksichtigung aller Umstände im Einzelfall ab, wie der Schwere des Rechtsfehlers und der Schwere der aufzuklärenden Straftat.<sup>267</sup> In BGH NStZ 2004, 449 f. war der Verstoß gegen den Richtervorbehalt angesichts der Umstände des Falles weder willkürlich noch besonders schwerwiegend, daher stand dieser Fehler der Verwertung der durch die Durchsuchung gefundenen Beweismittel nicht entgegen.<sup>268</sup> In LG Heilbronn StV 2005, 380 ff. hat die Polizei mit „bemerkenswerter Gedankenlosigkeit“ – aber ohne bewusste Rechtsverletzung<sup>269</sup> – die Wohnung eines Nichtverdächtigen durchsucht, was auf rechtmäßigem Wege keinesfalls zulässig ist. Die Verletzung des Grundrechts auf Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG) ist ein starkes Argument für die Unverwertbarkeit der gewonnenen Beweismittel.<sup>270</sup> Außerdem war die aufzuklärende Straftat in diesem Fall nicht so schwerwiegend, dass bei der Aburteilung über die aufgetretenen Rechtsfehler hinweggesehen werden müsste.<sup>271</sup> Nach einer Gesamtabwägung aller Umstände des Falles erklärte das Gericht die auf diese Weise gefundenen Beweismittel für unverwertbar.

Neben der häufig angewandten Interessenabwägung wird zur Bestimmung der Verwertbarkeit der Beweismittel hier gelegentlich unter dem Aspekt eines hypo-

---

<sup>264</sup> OLG Hamm NStZ 2007, 355, 356.

<sup>265</sup> Kramer, Grundlagen des Strafverfahrensrechts, Rn. 168a.

<sup>266</sup> Kramer, Grundlagen des Strafverfahrensrechts, Rn. 168a.

<sup>267</sup> Z.B. LG Heilbronn StV 2005, 380, 381.

<sup>268</sup> In diesem Fall – in dem es um die Beschlagnahme von Betäubungsmitteln ging – hat der BGH aufgrund eines hypothetischen Ermittlungsverlaufs die Unwillkürlichkeit des Fehlers bzw. die mangelnde Schwere des Fehlers anerkannt. Die Durchsuchungsanordnung wäre ergangen, da es die Vermutung der Täterschaft gab und die Durchsuchung keinen Aufschub duldete. Außerdem bestanden keine rechtlichen Hindernisse gegen den Erlass der Durchsuchungsanordnung. Siehe BGH NStZ 2004, 449, 450.

<sup>269</sup> LG Heilbronn StV 2005, 380, 382.

<sup>270</sup> LG Heilbronn StV 2005, 380, 382.

<sup>271</sup> LG Heilbronn StV 2005, 380, 382.

thetischen Ermittlungsverlaufs erörtert.<sup>272</sup> In BGH NSTz 1989, 375 f. geht es darum, dass die Durchsuchung am ersten Tag unterbrochen und am nächsten Tag fortgesetzt wurde. Es wurde gerügt, dass die Durchsuchung ohne richterliche Anordnung am nächsten Tag rechtswidrig sei und die daraus erlangten Beweismittel unverwertbar seien. Der BGH lehnte dies ab und führte aus, dass der Mangel kein Verwertungsverbot auslöse, wenn dem Erlass der Durchsuchung keine rechtlichen Hindernisse entgegengestanden hätten und die tatsächlich sichergestellten Gegenstände als solche der Verwertung als Beweismittel rechtlich zugänglich waren.<sup>273</sup> Bei unbewussten oder unwillkürlichen Rechtsverletzungen mit geringem Gewicht, wie im soeben erwähnten Fall, kann der Ansatz des hypothetischen Ermittlungsverlaufs als unterstützender Punkt mit einbezogen werden.<sup>274</sup> Allerdings gilt dieser Ansatz nicht generell. In einigen Entscheidungen, besonders beim bewussten oder willkürlichen Verstoß gegen den Richtervorbehalt, kommt er nicht in Betracht.<sup>275</sup> Die wesentliche Kritik stellt dabei darauf ab, dass ein Richtervorbehalt mit dem Hinweis leicht umgangen werden könnte, dass ein richterlicher Beschluss zwar nicht vorgelegen habe, aber mutmaßlich zu erreichen gewesen wäre.<sup>276</sup>

Formale Fehler bei der Durchsuchung haben nach der Rechtsprechung im Prinzip keine Verwertungsverbot zur Folge.<sup>277</sup> Zu den formalen Fehlern gehören beispielsweise das Fehlen von präzisen Angaben über die Straftat, den Tatvorwurf und die Art der Beweismittel<sup>278</sup> sowie eine unzureichende Dokumentation der richterlichen Entscheidung.<sup>279</sup> Verstöße gegen Formvorschriften der §§ 104 Abs. 1, 105 Abs. 2, 106 Abs. 1, 107 Satz 1, 109, 110 Abs. 1 und 2 StPO ziehen in der Rechtsprechung kein Verwertungsverbot nach sich.<sup>280</sup> Das BVerfG ist der Ansicht, dass bei einem formalen Fehler der Durchsuchung zu prüfen ist, ob die dadurch gewonnenen Beweise bei hypothetisch rechtmäßiger Vorgehensweise ungehindert hätten erlangt werden können.<sup>281</sup> Wenn sich aus dieser Fehlerfolgenprüfung ergibt, dass dies der Fall gewesen wäre, ist der formale Fehler nicht zu beanstanden.

---

<sup>272</sup> Z.B. BGH NSTz 1989, 375, 376; BVerfG NSTz 2004, 216; LG Heilbronn StV 2005, 380, 382; BGH NSTz 2004, 449, 450; LG Bremen StV 2006, 571, 573.

<sup>273</sup> BGH NSTz 1989, 375, 376.

<sup>274</sup> Vgl. OLG Bamberg NJW 2009, 2146, 2148.

<sup>275</sup> Z.B. BGHSt 51, 285, 296; LG Darmstadt StV 1993, 573, 574; LG Bremen StV 2006, 571, 573. Ähnlich OLG Bamberg NJW 2009, 2146, 2148.

<sup>276</sup> *Roxin*, NSTz 1989, 379. Ähnlich *Hüls*, ZIS 2009, 163.

<sup>277</sup> Vgl. BVerfG NSTz 2004, 216; LG Bonn 1981, 292, 293; BGH NSTz 1989, 375, 376.

<sup>278</sup> LG Wiesbaden NJW 1979, 175.

<sup>279</sup> BGH NSTz 2005, 392; BGH NSTz-RR 2007, 242.

<sup>280</sup> *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 35 Rn. 9. Für eine Zusammenfassung von Entscheidungen und Meinungen zu den einzelnen Vorschriften siehe *Pelzer*, Die Vorschriften zur Form der Durchführung einer Durchsuchung im Strafprozess, S. 154–164.

<sup>281</sup> BVerfG, StV 2002, 113.



*b) Beweisverwertungsverbote bei Zufallsfunden*

Nach § 108 StPO sind „Zufallsfunde“, die zwar in keiner Beziehung zum Anlass der Untersuchung stehen, aber auf die Verübung einer anderen Straftat hindeuten, in Beschlag zu nehmen bzw. verwertbar. Diese Verwertbarkeit wird gemäß § 108 StPO zur Erhaltung der Funktionstüchtigkeit des Strafverfahrens im Hinblick auf das Legalitätsprinzip in einem rechtsstaatlichen Strafverfahren anerkannt.<sup>282</sup> Wird die Durchsuchung ungeachtet der im Durchsuchungsbeschluss ausdrücklich festgelegten Beschränkung weitergehend durchgeführt, so sind die dabei „zufällig“ erlangten Beweismittel keine „Zufallsfunde“ im Sinne des § 108 StPO.<sup>283</sup> Solche Gegenstände, nach denen planmäßig, systematisch oder gezielt außerhalb der Durchsuchungsanordnung gesucht wird, unterliegen einem Verwertungsverbot,<sup>284</sup> wenn die mutmaßliche Tat, deren Aufklärung solche „Zufallsfunde“ dienen sollen, weder von der Begehungsart noch vom Umfang her besonders schwerwiegend ist.<sup>285</sup> Gleiches folgt, wenn der Rechtsverstoß so schwerwiegend ist, dass nach Abwägung aller Umstände das staatliche Interesse an der Tataufklärung gegenüber dem Interesse des betroffenen Bürgers am Schutz seiner Persönlichkeitssphäre zurücktreten muss.<sup>286</sup> Das Verbot dient dazu zu verhindern, dass planmäßig und systematisch nach Beweismitteln gegen weitere Personen gesucht wird und nach der Auffindung solcher Beweismittel weitere Ermittlungsverfahren eingeleitet werden bzw. das gegen den Beschuldigten anhängige Ermittlungsverfahren auf weitere Vorwürfe erstreckt wird.<sup>287</sup> Beispielsweise haben die Ermittlungsbeamten in LG Bremen, StV 2006, 571 ff. über das Einverständnis des Beschuldigten, dass die Beamten eine bestimmte Datei durchsuchen, und den Untersuchungszweck hinaus andere private Dateien gelesen, die Hinweise auf eine weitere Straftat des Beschuldigten enthielten. Angesichts der für Datenerhebungen geltenden strengen Begrenzung auf den Ermittlungszweck, die sich aus der Rechtsprechung sowie der StPO ergibt, erkannte das Gericht hier ein gezieltes Ausforschen privater Dateien an,

---

<sup>282</sup> LG Bad Kreuznach StV 1993, 629, 631. Kritisch SK-StPO/Wohlers/Jäger, 5. Aufl., § 108 Rn. 2 und 3 m.w.N.

<sup>283</sup> LG Bonn NJW 1981, 292; LG Freiburg StV 2000, 15. Vgl. auch LR-Tsambikakis, 26. Aufl., § 108 Rn. 18.

<sup>284</sup> Differenzierende Ansicht zur Abwägung in der Rechtsprechung bei LR-Tsambikakis, 26. Aufl., § 108 Rn. 18.

<sup>285</sup> LG Bonn NJW 1981, 292. Dazu wird außerdem die Meinung vertreten, dass ein systematisches Suchen nach „Zufallsfunden“ ein Missbrauch der Durchsuchungsanordnung und damit rechtsstaats- und verfassungswidrig sei; daher seien derartige unzufällige „Zufallsfunde“ unverwertbar. Diese Ansicht siehe Klug, Referat zum 46. DJT, Band II, Teil F, S. 54; Kramer, Grundlagen des Strafverfahrensrechts, Rn. 168a.

<sup>286</sup> LG Bremen StV 1984, 505. Vgl. auch LG Berlin StV 1987, 97, 98; LG Baden-Baden wistra 1990, 118, 119; LG Berlin NSTz 2004, 571, 573; LG Bremen StV 2006, 571, 573; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 2469.

<sup>287</sup> LG Baden-Baden wistra 1990, 118, 119.

welches nicht mehr von § 108 StPO gedeckt war.<sup>288</sup> Folglich ist die Durchsicht weiterer privater Dateien ohne richterliche Anordnung rechtswidrig.<sup>289</sup> Bei der Abwägung ist das Gericht angesichts der Schwere der weiteren Straftat und des schwerwiegenden Verfahrensverstößes zu einem Verwertungsverbot gekommen.<sup>290</sup>

Ferner ist im Zusammenhang mit „Zufallsfunden“ zu erwähnen, dass die Fehlerhaftigkeit der Durchsuchung nicht in jedem Fall zu einem Verwertungsverbot der „Zufallsfunde“ führen muss. In BVerfG NJW 2009, 3225 f. geht es darum, dass es der Durchsuchungsanordnung am Tatverdacht und an der Verhältnismäßigkeit fehlte. Bei der dennoch durchgeführten Durchsuchung wurde zwar kein Anlass zur Begründung des eingeleiteten Prozesses gefunden, jedoch wurde zufällig eine nicht unerhebliche Menge von Betäubungsmitteln entdeckt. Aufgrund der Abwägung des öffentlichen Interesses an einer effektiven Strafverfolgung und der Wahrheitsermittlung im Strafverfahren wegen des Verbrechens gemäß § 29a Abs. 1 BtMG und unter Berücksichtigung eines hypothetischen Ersatzeingriffs, wonach die Anordnung der Durchsuchung und Beschlagnahme aufgrund der Schwere der Tat verhältnismäßig gewesen sei, ist das Gericht von der Verwertbarkeit der Beweismittel ausgegangen.<sup>291</sup>

## 2. Beweisverwertungsverbote bei der Beschlagnahme

Im Rahmen der Beschlagnahme können durch Verstöße gegen Vorschriften über die Voraussetzungen sowie die Anordnung und Durchführung der Beschlagnahme Beweisverwertungsverbote ausgelöst werden. Daneben finden sich außerdem noch Beschlagnahmeverbote aus verfassungsrechtlichen Gründen. Verstöße gegen diese Beschlagnahmeverbote können im konkreten Fall zu Verwertungsverboten führen.

### *a) Verstöße gegen Vorschriften über die Anordnung der Beschlagnahme*

Bei einer Beschlagnahme sind hauptsächlich die §§ 97 und 98 StPO betroffen, wenn es um Beweisverwertungsverbote geht. Gemäß § 98 Abs. 1 Satz 1 StPO darf eine Beschlagnahme grundsätzlich nur vom Gericht angeordnet werden. Lediglich bei Gefahr im Verzug steht die Anordnung der Beschlagnahme der Staatsanwaltschaft und ihren Ermittlungspersonen zu. Hat die Staatsanwaltschaft oder die Polizei das Recht bewusst missbraucht oder willkürlich Gefahr im Verzug angenommen und unter diesen Umständen die Beschlagnahme vorgenommen, so entsteht in

---

<sup>288</sup> LG Bremen StV 2006, 571, 573.

<sup>289</sup> LG Bremen StV 2006, 571, 573.

<sup>290</sup> LG Bremen StV 2006, 571, 573.

<sup>291</sup> BVerfG NJW 2009, 3225, 3226.

der Regel für die sichergestellten Gegenstände ein Verwertungsverbot.<sup>292</sup> Die Gründe für ein solches Verwertungsverbot sind die gleichen wie bei der willkürlichen Anwendung der Eilkompetenz bei einer Durchsuchung.

b) *Verstöße gegen gesetzliche Beschlagnahmeverbote*

Befürchtet die oberste Dienstbehörde Nachteile für das Staatswohl und verweigert aufgrund dessen die Herausgabe amtlicher Schriftstücke, so dürfen diese nach § 96 StPO nicht beschlagnahmt werden. Ein Verstoß gegen das Beschlagnahmeverbot zieht derweil kein Verwertungsverbot nach sich, da die Vorschrift nicht dem Schutz der Rechte des Beschuldigten dient.<sup>293</sup>

Gemäß § 97 StPO unterliegen schriftliche Mitteilungen zwischen dem Beschuldigten und seinen Angehörigen im Sinne von § 52 StPO oder Berufsheimnisträgern im Sinne von § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3b StPO sowie ihren Berufshelfern gemäß § 53a StPO keiner Beschlagnahme. Aufzeichnungen, welche die in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3b StPO Genannten über die ihnen anvertrauten Mitteilungen oder über andere Umstände gemacht haben, und andere Gegenstände, auf die sich ihr Zeugnisverweigerungsrecht jeweils erstreckt, sind von der Beschlagnahme ausgeschlossen. Gemäß § 97 Abs. 3 StPO gilt das auch für die Berufshelfer der in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3b StPO genannten Berufsheimnisträger. Gegenstände bei Abgeordneten im Sinne von § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StPO und bei der Presse oder den dort tätigen Personen im Sinne von § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 StPO dürfen ebenfalls nicht beschlagnahmt werden. Das regeln § 97 Abs. 4 und 5 StPO gesondert. Diese Beschlagnahmeverbote bewahren die Zeugnisverweigerungsrechte aus §§ 52, 53 und 53a StPO vor einer Umgehung.<sup>294</sup> Würden solche schriftlichen Mitteilungen, Aufzeichnungen oder Gegenstände dennoch beschlagnahmt, lägen folglich Verstöße gegen Beschlagnahmeverbote aus § 97 StPO vor, und jene wären grundsätzlich unverwertbar.<sup>295</sup> Ein Beweismittel ist auch unverwertbar, wenn ein gemäß § 52 StPO Zeugnisverweigerungsberechtigter den Gegenstand ohne Belehrung herausgegeben hat.<sup>296</sup> Anders liegt es, wenn der Zeugnisverweigerungsberech-

---

<sup>292</sup> AG Offenbach NStZ 1991, 247; LG Osnabrück StV 1991, 152; LG Darmstadt StV 1993, 573; BGH NStZ 1985, 262. SK-StPO/*Wohlers/Creco*, 5. Aufl., § 98 Rn. 63; LR-*Menges*, 26. Aufl., § 98 Rn. 75; KK-*Greven*, § 98 Rn. 14.

<sup>293</sup> Vgl. LR-*Menges*, 26. Aufl., § 96 Rn. 114; SK-StPO/*Wohlers/Creco*, 5. Aufl., § 96 Rn. 52; Meyer-Goßner/*Schmitt*, § 96 Rn. 15; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 34 Rn. 27.

<sup>294</sup> LR-*Menges*, 26. Aufl., § 97 Rn. 2; *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Rn. 2342; vgl. auch *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 34 Rn. 19.

<sup>295</sup> KK-*Greven*, § 97 Rn. 9; SK-StPO/*Wohlers/Creco*, 5. Aufl., § 97 Rn. 95; *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Rn. 2387; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 34 Rn. 27.

<sup>296</sup> *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Rn. 2388.

tigte sich des rechtlichen Nichtverpflichtetseins bewusst war<sup>297</sup> oder nach einer nachträglichen Rechtsbelehrung der Verwertung des Beweismittels zustimmt.<sup>298</sup>

Eine Voraussetzung für diese Beschlagnahmefreiheit bei den Zeugnisverweigerungsberechtigten ist gemäß § 97 Abs. 2 Satz 1 StPO, dass sich die Gegenstände in ihrem Gewahrsam befinden. Allerdings gilt dies nicht für solche, die der Verteidiger verwahrt. In der Rechtsprechung wird die Fallkonstellation erörtert, in der die Gegenstände bzw. Unterlagen zum Zweck der Verteidigung in der Hand des Beschuldigten liegen. Die Aufzeichnungen des Beschuldigten, die nach Entstehung des Mandatsverhältnisses für den Verteidiger gefertigt werden und Gegenstand der Erörterung zwischen dem Beschuldigten und seinem Verteidiger sind, sind von der Beschlagnahme ausgeschlossen, wenn sie sich im Besitz des Beschuldigten befinden und er nicht in Haft ist.<sup>299</sup> Für diese Fallkonstellation hat der BGH in BGH NJW 1973, 2035 f. anhand des in § 148 StPO normierten Grundsatzes des freien Verkehrs zwischen dem Beschuldigten und seinem Verteidiger das Beschlagnahmeverbot und daraufhin das Verwertungsverbot angenommen.<sup>300</sup> Zur Begründung dieses Verbots wurde außerdem ein übergeordnetes rechtsstaatliches Gebot herangezogen, wonach dem Beschuldigten jederzeit die Möglichkeit einer geordneten und effektiven Verteidigung zu geben ist.<sup>301</sup> § 148 StPO garantiert den freien schriftlichen und mündlichen Verkehr zwischen dem Beschuldigten und seinem Verteidiger. Als speziellere Vorschrift hat dieser Paragraph Vorrang gegenüber der allgemeinen Regelung des § 97 StPO.<sup>302</sup> Später wurde in BGH NSTz 1998, 309 ff. entschieden, dass die vom Beschuldigten selbst zum Zweck seiner Verteidigung angefertigten Unterlagen beschlagnahmefrei sind und dem Verwertungsverbot unterliegen, da analog § 97 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 6 Abs. 3 EMRK, Art. 2 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3 GG jeder Beschuldigte das Recht hat, sich selbst zu verteidigen und sich darauf ausreichend vorzubereiten.<sup>303</sup> Dem oben erwähnten rechtsstaatlichen Gebot, das sich aus diesen Regelungen ebenfalls ergeben kann, gebührt bei der Abwägung gegenüber dem staatlichen Interesse an einer funktionierenden Strafrechtspflege Vorrang.<sup>304</sup> Eine Verwertung der vom Beschuldigten selbst zur Verteidigung angefertigten Unterlagen kann hier außerdem das Schweigerecht des Beschuldigten verletzen.<sup>305</sup> Daher kommt es für das Beschlagnahmeverbot bzw. Verwertungsverbot nicht darauf an, ob die Verteidigungsunterlagen als Mitteilung

<sup>297</sup> Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 2388.

<sup>298</sup> BGHSt 18, 227, 230 f.; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 2388.

<sup>299</sup> AG Frankfurt a.M. StV 1988, 482.

<sup>300</sup> BGH NJW 1973, 2035, 2035 f.

<sup>301</sup> Schmidt, StV 1989, 422.

<sup>302</sup> Schmidt, StV 1989, 422.

<sup>303</sup> BGH NSTz 1998, 309, 310.

<sup>304</sup> BGH NSTz 1998, 309, 310.

<sup>305</sup> BGH NSTz 1998, 309, 310.

an den Verteidiger verfasst sind und ob sie in dessen Gewahrsam liegen.<sup>306</sup> In OLG München NSTZ 2006, 300 ff. geht es darum, dass die Unterlagen zwar zur Übersendung an einen Rechtsanwalt bestimmt waren, jedoch das Mandatsverhältnis noch nicht zustande gekommen war. Dennoch hat das Gericht für die Unterlagen den Schutzbereich des Beschlagnahmeverbots bzw. Verwertungsverbots anerkannt.<sup>307</sup>

Nach § 97 Abs. 2 Satz 2 StPO können Gegenstände beschlagnahmt werden, wenn der Zeugnisverweigerungsberechtigte einer Teilnahme an der Tat oder an einer Datenhehlerei, Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei verdächtig ist, oder wenn es sich um Deliktsgegenstände handelt. In Bezug auf diese Beschränkung des Beschlagnahmeverbots wegen Teilnahmeverdachts des Zeugnisverweigerungsberechtigten wird nicht selten in der Rechtsprechung diskutiert, ob die beschlagnahmten Beweismittel verwertbar sind, wenn der Teilnahmeverdacht erst nachträglich entdeckt wurde oder entfallen ist. Dabei lassen sich zwei Konstellationen unterscheiden, bei denen die Rechtsprechung eher zur Verwertung der Beweismittel neigt. Die Begründungen für diese Verwertbarkeit sind fließend und berücksichtigen die spezifische Lage bei der Beschlagnahme und der gerichtlichen Verwertung, und zwar aus jeweils unterschiedlicher Perspektive. Es zeigt sich eine Tendenz zur maximalen Ermöglichung der Verwertung solcher Beweismittel.

Die erste Konstellation betrifft die Frage der Verwertbarkeit der Beweismittel, wenn der Teilnahmeverdacht eines Zeugnisverweigerungsberechtigten nachträglich entstanden ist. Dazu wird die Meinung vertreten, dass die Verwertbarkeit der beschlagnahmten Beweismittel nicht nur nach der Zulässigkeit der Beschlagnahme, sondern auch danach bestimmt werden muss, ob sie wenigstens zum Zeitpunkt ihrer Benutzung im Hauptverfahren beschlagnahmt werden könnten.<sup>308</sup> Die unter Verstoß gegen § 97 beschlagnahmten Beweismittel sind somit verwertbar.<sup>309</sup> In BGHSt 25, 168 ff. wurden die beschlagnahmten schriftlichen Mitteilungen zwischen dem Beschuldigten und seiner Verlobten, gegen die der Teilnahmeverdacht erst in der Hauptverhandlung entstanden ist, jedoch verwertet, obwohl die Beschlagnahme wegen eines damals noch fehlenden Verdachts nicht hätte erfolgen dürfen. Der Grund war hier vor allem darin zu sehen, dass für die Frage der Verwertbarkeit eines Beweismittels nicht die Fehlerhaftigkeit der Erlangung entscheidend ist, sondern ob das Gesetz selbst den Gegenstand als Beweismittel zulässt.<sup>310</sup> Ausgenommen von diesem Ansatz ist der Fall, dass sich der Teilnahmeverdacht erst aufgrund der unzulässigen Beschlagnahme ergibt.<sup>311</sup> Die beschlagnahmten

---

<sup>306</sup> BGH NSTZ 1998, 309, 310.

<sup>307</sup> OLG München NSTZ 2006, 300, 301.

<sup>308</sup> LR-Menges, 26. Aufl., § 97 Rn. 146.

<sup>309</sup> SK-StPO/Wohlers/Creco, 5. Aufl., § 97 Rn. 39; LR-Menges, 26. Aufl., § 97 Rn. 146.

<sup>310</sup> BGHSt 25, 168, 170 f.

<sup>311</sup> BGH, StV 1985, 8, 9 f.; LG Saarbrücken, NSTZ 1988, 424, 425; BGH NSTZ 2001, 604, 606.

Beweismittel sind in solchen Fällen unverwertbar, denn der Teilnahmeverdacht im Sinne von § 97 Abs. 2 Satz 2 StPO muss zur Zeit der Beschlagnahmeanordnung bestehen. Es reicht nicht aus, dass er erst durch rechtswidrig beschlagnahmte Beweismittel nachträglich begründet wird.<sup>312</sup> Ansonsten könnte ein rechtswidriger Eingriff durch den wie erhofft eintretenden Erfolg sanktioniert werden.<sup>313</sup> Bei der zweiten Konstellation, in der der Teilnahmeverdacht eines Zeugnisverweigerungsberechtigten nachträglich entfallen ist, wird das Problem der Verwertbarkeit der bei ihm aufgefundenen Beweismittel aus einem anderen Blickwinkel betrachtet. In BGH NStZ 1983, 85, in dem der Teilnahmeverdacht des Verteidigers nachträglich entfallen ist, bleibt das durch zulässige Beschlagnahme nach § 97 Abs. 2 Satz 3 StPO a.F. und § 94 StPO gewonnene Beweismittel gegen den Beschuldigten trotzdem verwertbar.<sup>314</sup> Hierbei genügt es hinsichtlich des Teilnahmeverdachts des Zeugnisverweigerungsberechtigten, wenn der Verdacht zur Zeit der Beschlagnahme vorhanden war.<sup>315</sup> Ein nachträgliches Verwertungsverbot wäre nicht durchzuhalten und eingrenzbar, weil die zunächst zulässige Verwertung Ansätze für weitere Ermittlungsergebnisse liefern kann.<sup>316</sup>

*c) Verstöße gegen Beschlagnahmeverbote aus verfassungsrechtlichen Gründen*

Neben den in § 97 Abs. 1 StPO ausdrücklich vorgeschriebenen Beschlagnahmeverboten, bei deren Verletzung Verwertungsverbote anzunehmen sind, ergeben sich Beschlagnahmeverbote auch aus dem in der Verfassung normierten Rechtsstaatsprinzip und dem allgemeinen Freiheitsrecht.<sup>317</sup> Dazu gehören vor allem die Fallgruppen der Tagebuchaufzeichnungen und der heimlich aufgenommenen Tonaufzeichnungen, die den Strafverfolgungsbehörden von Dritten zugeleitet oder von den Strafverfolgungsbehörden beschlagnahmt wurden.<sup>318</sup> Infolgedessen könnten die Menschenwürde und das auf Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gestützte allgemeine Persönlichkeitsrecht tangiert werden, was zu einem Verwertungsverbot führen könnte. In diesem Fall beruht das Verwertungsverbot nicht auf einem Fehler im Zuge der Beweiserhebung, sondern ergibt sich aus dem Grundrecht. Solche Verwertungsverbote werden als selbstständige Beweisverwertungsverbote deklariert.<sup>319</sup>

<sup>312</sup> BGH, StV 1985, 8, 9 f.

<sup>313</sup> BGH, StV 1985, 8, 10.

<sup>314</sup> Ebenso SK-StPO/Wohlers/Creco, 5. Aufl., § 97 Rn. 39; LR-Menges, 26. Aufl., § 97 Rn. 147; KK-Greven, § 97 Rn. 10.

<sup>315</sup> LR-Menges, 26. Aufl., § 97 Rn. 147.

<sup>316</sup> KK-Greven, § 97 Rn. 10.

<sup>317</sup> Vgl. BGH NStZ 1998, 309, 310; KK-Greven, § 97 Rn. 23.

<sup>318</sup> BGH NStZ 1998, 309 ff., 310; KK-Greven, § 97 Rn. 23.

<sup>319</sup> *Beulke*, Strafprozessrecht, 13. Aufl., Rn. 457; vgl. auch *Volk/Engländer*, Grundkurs StPO, § 28 Rn. 5.

Bei den beiden Fallgruppen zeigt sich das Spannungsfeld zwischen dem Geheimhaltungsinteresse des Einzelnen aus seinem verfassungsrechtlich garantierten allgemeinen Persönlichkeitsrecht und dem Strafverfolgungsinteresse des Staates. Für dieses Spannungsfeld hat das Bundesverfassungsgericht eine sogenannte Dreistufentheorie oder Sphärentheorie entwickelt,<sup>320</sup> welche auch auf andere Fälle, wie heimliche Film- und Fotoaufnahmen, anwendbar ist.

Die erste Stufe betrifft die Intimsphäre, also einen unantastbaren Bereich menschlicher Freiheit,<sup>321</sup> der der öffentlichen Gewalt vollends entzogen und durch Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG begründet ist.<sup>322</sup> Die in diesen Bereich fallenden Beweismittel unterliegen absoluten Beweisverwertungsverböten.<sup>323</sup> Selbst überwiegende Interessen der Allgemeinheit können einen Eingriff in diesen geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung nicht rechtfertigen; daher ist schon eine Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ausgeschlossen.<sup>324</sup> Dabei sind nach Ansicht des BVerfG für eine Entscheidung einige Kriterien in Betracht zu ziehen. Sie betreffen die Einschätzung des Geheimhaltungsinteresses des Betroffenen hinsichtlich eines Lebenssachverhaltes, den höchstpersönlichen Charakter des Inhalts und die Frage, in welcher Art und Intensität die Sphäre anderer oder Belange der Gemeinschaft berührt werden.<sup>325</sup> Wenn das Beweismittel sich auf die Planung einer Straftat oder auf eine begangene Straftat bezieht, fällt es nicht in den Kernbereich.<sup>326</sup> Die zweite Stufe wird als schlichte Privatsphäre bezeichnet.<sup>327</sup> In diesem Bereich muss der Einzelne als gemeinschaftsbezogener und gemeinschaftsgebundener Bürger staatliche Eingriffe in seine Privatsphäre hinnehmen, soweit hier nicht seine unantastbare Intimsphäre berührt wird<sup>328</sup> und das Interesse der Allgemeinheit an einer wirksamen Strafverfolgung gegenüber dem Geheimhaltungsinteresse des Einzelnen überwiegt sowie die Einhaltung des Verhältnismäßig-

<sup>320</sup> Das BVerfG hat diese Theorie seit längerem in mehreren Entscheidungen begründet: z.B. BVerfGE 6, 32 ff.; BVerfGE 27, 1 ff.; BVerfGE 27, 344 ff.; BVerfGE 32, 373 ff.; BVerfGE 33, 367 ff.; BVerfGE 34, 205 ff.; BVerfGE 34, 238 ff. Einen Überblick über diese Entwicklung gibt *Laber*, Die Verwertbarkeit von Tagebuchaufzeichnungen im Strafverfahren, S. 15, 22–30. Zur Dreistufentheorie siehe auch *Gössel*, GA 1991, 501–507; *Küpper*, JZ 1990, 418. Vgl. auch *Nüse*, JR 1966, 281 f. *Nüse* sagte schon, dass ein unter Grundrechtsschutz stehender Bereich nicht berührt werden darf und es im Übrigen im Ergebnis auf eine Abwägung zwischen Gemeinschafts- und Individualinteressen ankommt.

<sup>321</sup> BVerfGE 6, 32, 41.

<sup>322</sup> BVerfGE 37, 1, 8.

<sup>323</sup> LR-*Menges*, 26. Aufl., § 94 Rn. 77; *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Rn. 387.

<sup>324</sup> BVerfGE 34, 238, 245; ähnlich BVerfG NJW 2007, 2753, 2756. Zustimmung *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Rn. 2299; *Fezer*, Strafprozessrecht, S. 216.

<sup>325</sup> BVerfG, StV 1990, 1, 2.

<sup>326</sup> BVerfG, StV 1990, 1, 2. Auch *Kleinknecht*, NJW 1966, 1540.

<sup>327</sup> LR-*Menges*, 26. Aufl., § 94 Rn. 77; *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Rn. 388.

<sup>328</sup> Die Frage, wann die unantastbare Intimsphäre oder wann die schlichte Privatsphäre betroffen ist, ist von Fall zu Fall unter Berücksichtigung der jeweiligen Besonderheiten zu beantworten. Siehe BVerfGE 34, 238, 248.

keitsprinzips gewährleistet wird.<sup>329</sup> Die Verwertbarkeit der sich aus staatlichen Eingriffen ergebenden Beweismittel hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.<sup>330</sup> Dabei sind die Schwere des Eingriffs in das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, der Deliktswortwurf, das konkrete Tatunrecht sowie die Beweislage im Einzelfall zu berücksichtigen.<sup>331</sup> Die dritte Stufe umfasst den Sozialbereich, auch Sphäre der öffentlichen Kommunikation genannt,<sup>332</sup> der von vornherein aus dem Schutzbereich von Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG herausfällt.<sup>333</sup> Die Beweismittel in diesem Bereich unterliegen aufgrund des allgemeinen Persönlichkeitsrechts keinem Verwertungsverbot.<sup>334</sup>

#### aa) Tagebuchaufzeichnungsfälle

Der erste Tagebuchaufzeichnungsfall, in welchem es um die Frage des Meinungs ging, wurde vom BGH in BGHSt 19, 325 ff. behandelt. In diesem Fall wurde ein Tagebuch der Angeklagten, in dem ihre sexuellen Intimitäten beschrieben waren, gegen ihren Willen von einer Dritten an die Staatsanwaltschaft übersandt. Nach Ansicht des BGH gewährleisten Art. 1 und 2 GG als Grundwerte der Rechtsordnung die Unantastbarkeit der Menschenwürde und das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit.<sup>335</sup> In diesem Sinne sind Aufzeichnungen mit intimem Inhalt in bestimmtem Umfang unverwertbar, soweit kein Einverständnis des Betroffenen vorliegt.<sup>336</sup> Bei intimen Aufzeichnungen wird die Persönlichkeit nur dann wirksam geschützt, wenn ein Verwertungsverbot anerkannt wird, unabhängig davon, ob die Aufzeichnungen durch einen staatlichen Akt oder durch privaten Eingriff zur Kenntnis der Strafverfolgungsbehörde gelangt sind.<sup>337</sup> Der BGH hat weiter ausgeführt, dass nur Aufzeichnungen, die inhaltlich Ausfluss der Persönlichkeit des Verfassers sind, unter dem Verwertungsverbot stehen, nicht aber Aufzeichnungen bezüglich seiner Verbrechen und Opfer, welche als Zeichen des Verfalls der Persönlichkeit anzusehen sind.<sup>338</sup> In diesem Fall hat der BGH bei geringem Tatunrecht eine Abwägung zwischen dem persönlichen Interesse am Schutz des eigenen intimen Privatbereichs und dem staatlichen Interesse an der

<sup>329</sup> BVerfGE 34, 238, 246; BVerfG StV 1990, 1, 2.

<sup>330</sup> BVerfGE 34, 238, 249 f.

<sup>331</sup> BVerfGE 34, 238, 250.

<sup>332</sup> LR-Menges, 26. Aufl., § 94 Rn. 77.

<sup>333</sup> Laber, Die Verwertbarkeit von Tagebuchaufzeichnungen im Strafverfahren, S. 25.

<sup>334</sup> Vgl. Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 388.

<sup>335</sup> BGHSt 19, 325, 326.

<sup>336</sup> Vgl. BGHSt 19, 325 ff., 330.

<sup>337</sup> BGHSt 19, 325, 331.

<sup>338</sup> BGHSt 19, 325, 331. Kritisch Gössel, GA 1991, 506; Nüse, JR 1966, 287. Zusammenfassung der Kritik zur „Verfalltheorie“ des BGH bei Laber, Die Verwertbarkeit von Tagebuchaufzeichnungen im Strafverfahren, S. 12.



Strafverfolgung nach dem Maßstab der Verhältnismäßigkeit vorgenommen und ist schlussendlich zu einem Verwertungsverbot des Tagebuchs gelangt.<sup>339</sup> Dabei hat der BGH allerdings nicht deutlich aufgezeigt, ob die Tagebuchaufzeichnungen der ersten absolut geschützten Stufe der Dreistufentheorie oder der zweiten Stufe angehören. Der Grund mag darin liegen, dass das BVerfG damals die Dreistufentheorie noch nicht vollständig entwickelt hatte.

In BGHSt 34, 397 ff. geht es um die Frage der Verwertbarkeit von tagebuchartigen Aufzeichnungen des Beschuldigten, der des Mordes an einer Frau bezichtigt wurde und in seinen tagebuchähnlichen Aufzeichnungen seine persönlichen psychologischen Probleme mit Frauen beschrieben hatte. Zwar hat der Beschuldigte nach der Schweigerechtsbelehrung Angaben zur Sache gemacht und war mit der Sicherstellung seiner betreffenden Aufzeichnungen und einer Erörterung mit einem Sachverständigen einverstanden. Dennoch vertritt der BGH die Ansicht, dass der Beschuldigte durch sein Verhalten auf das ihm an den Tagebuchaufzeichnungen zustehende Persönlichkeitsrecht nicht verzichtet hat. Dies wird einerseits damit begründet, dass der damals noch nicht anwaltlich beratene Beschuldigte keine Rechtserfahrung hatte und dass andererseits die Bedeutung der Grundwerte im allgemeinen Rechtsbewusstsein noch nicht so verankert war, dass darin, dass sich jemand mit Sicherstellung und Verwertung durch einen Sachverständigen abfindet, bereits der Verzicht auf Persönlichkeitsschutz gesehen werden könnte.<sup>340</sup> Allerdings hält der BGH an seiner Position fest, dass solche tagebuchähnlichen Aufzeichnungen nicht den aus Art. 1 und 2 GG herzuleitenden Beweisverwertungsverböten unterliegen, wenn sie etwas über eine Straftat und das Opfer aussagen und es um schwere Kriminalität geht.<sup>341</sup> Die Aufzeichnungen sind in diesem Fall somit verwertbar.

Die darauffolgende Verfassungsbeschwerde wurde für unbegründet gehalten. Die Verwertung der Aufzeichnungen verstieß nicht gegen das Grundgesetz. Das BVerfG hat diesen Fall anhand der Dreistufentheorie untersucht.<sup>342</sup> Da die Aufzeichnungen in einem unmittelbaren Bezug zu konkreten strafbaren Handlungen stehen, gehören sie nicht zur ersten Stufe des unantastbaren Bereichs privater Lebensgestaltung.<sup>343</sup> Sie fallen vielmehr in die zweite Stufe und unterliegen einer

---

<sup>339</sup> BGHSt 19, 325, 332–334.

<sup>340</sup> BGHSt 34, 397, 400.

<sup>341</sup> BGHSt 34, 397, 399–401. Kritisch *Gössel*, GA 1991, 504 f.

<sup>342</sup> BVerfG, StV 1990, 1.

<sup>343</sup> BVerfG, StV 1990, 1, 2. An dieser Ansicht, dass die Tagebuchaufzeichnungen wegen ihres Bezugs zur Straftat oder zum Opfer nicht in den unantastbaren Bereich fallen können, wird von *Janicki*, Beweisverbote im deutschen und englischen Strafprozess, S. 151, Fn. 656, kritisiert, dass dies den Offenbarungszwang für den Beschuldigten bedeutet. Die von der Rechtsprechung vorgenommene Interessenabwägung im Einzelfall zur Bestimmung der Verwertbarkeit von Tagebuchaufzeichnungen wird noch von *Eisenberg* kritisiert, mit der Begründung, dass dadurch der absolute Grundrechtsschutz der Intim-

Interessenabwägung nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip. Infolgedessen können die Aufzeichnungen des Beschuldigten nicht nur einen wesentlichen Beitrag zur Aufklärung einer schweren Straftat leisten, sondern auch entscheidende Hinweise auf entlastende Umstände liefern, die Grundlage für eine gerechte Bewertung des Tatgeschehens sein können.<sup>344</sup> Daher hat sich das BVerfG angesichts der Schwere der Straftat und des Beweiswertes der Aufzeichnungen für die überwiegenden Belange der Allgemeinheit bzw. des Gemeinwohls gegenüber dem grundsätzlich als schutzwürdig anerkannten Geheimhaltungsinteresse des Einzelnen ausgesprochen; somit wird die Verwertung der Aufzeichnungen bestätigt.<sup>345</sup>

In BGH NStZ 1998, 635 wurde über die Verwertbarkeit von Tagebuchaufzeichnungen einer verstorbenen Zeugin gegen den Beschuldigten entschieden. Der BGH wandte die durch BVerfG und BGH entwickelten Grundsätze an und hat im Zuge dessen die Verwertung der Tagebuchaufzeichnungen anerkannt.<sup>346</sup> Eine Besonderheit in diesem Fall bestand darin, dass es um die Rügebefugnis des Beschuldigten bei der Verwertung von Tagebuchaufzeichnungen einer Zeugin ging. Diese Rügebefugnis hat der BGH mit der Begründung abgelehnt, dass er die Belange des Beschuldigten gegenüber dem Geheimhaltungsinteresse des Dritten außerhalb des mit der Anerkennung eines solchen Verwertungsverbots verfolgten Schutzzwecks gesehen hat.<sup>347</sup>

Die Grundsätze für die Verwertbarkeit von Tagebuchaufzeichnungen sind auch auf mit einem Tagebuch vergleichbare höchstpersönliche schriftliche Aufzeichnungen anwendbar.<sup>348</sup>

---

sphäre aufgeweicht wird. Dazu *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Rn. 392; ähnlich *Wolter*, StV 1990, 180.

<sup>344</sup> BVerfG, StV 1990, 1, 3.

<sup>345</sup> BVerfG, StV 1990, 1, 3.

<sup>346</sup> Nach Ansicht des BGH gehören die Tagebuchaufzeichnungen nicht zum unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung. Die Umstände des Falles sind zu berücksichtigen: Die Zeugin hat vor ihrem Tod den Beschuldigten belastende Angaben gemacht und den Willen zur Förderung der Strafverfolgung geäußert; ihr allgemeiner, der Abwehr von Angriffen auf die Menschenwürde dienender Achtungsanspruch reicht in seiner Schutzwirkung weniger weit als das allgemeine Persönlichkeitsrecht eines Lebenden; außerdem geht es hier um schwerwiegende Delikte. Daher hat der BGH bei der Abwägung dem Erfordernis wirksamer Strafrechtspflege gegenüber dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Zeugin das größere Gewicht zugestanden.

<sup>347</sup> BGH NStZ 1998, 635.

<sup>348</sup> Vgl. *Peters*, Beweisverbote im deutschen Strafverfahren, Gutachten für den 46. DJT, Band I Teil 3A, S. 155. Zu dieser Art von Aufzeichnungen gehört aber nicht der Abschiedsbrief eines zum Suizid Entschlossenen. In BGH NStZ 1995, 79 f. unterlag ein solches Schreiben keinem Verwertungsverbot. In dem an eine Dritte gerichteten Abschiedsbrief hat der Verfasser den versuchten Mord an seiner Frau eingestanden. Der BGH befindet, dass nach dem Zweck und seinem auf eine Straftat bezogenen Inhalt der Abschiedsbrief über die Rechtssphäre des Verfassers hinausgeht und nicht dessen durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG absolut geschütztem Bereich persönlicher Lebensgestaltung zuzurechnen

Im Zusammenhang mit den Tagebuchfällen ist abschließend ein weiterer vergleichbarer Fall zu erwähnen, in dem es um die Beschlagnahme der Klientenakten einer Drogenberatungsstelle oder der ärztlichen Krankenblätter geht. Nach BVerfGE 44, 353 ff. zählen die Klientenakten der Drogenberatungsstelle zwar nicht zur unantastbaren Intimsphäre, wohl aber zum privaten Bereich des Klienten.<sup>349</sup> Zur Beantwortung der Frage, wann ein Verwertungsverbot hinsichtlich der Erlangung von Klientenakten infolge einer Beschlagnahme entsteht, hat die Rechtsprechung erneut eine Interessenabwägung nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit<sup>350</sup> angesichts der fallspezifischen Umstände<sup>351</sup> vorgenommen. Vorliegend hat das BVerfG ein Verwertungsverbot angenommen, da die gesundheitsfürsorglichen Belange durch den staatlichen Eingriff unverhältnismäßig beeinträchtigt worden sind<sup>352</sup> und die Belange der Strafverfolgung dabei zurücktreten müssten.<sup>353</sup> Außerdem ist in diesem Fall zu bedenken, dass auch das Zeugnisverweigerungsrecht aus § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3b StPO berührt wird, wodurch es bei der Beschlagnahme zu einem Verwertungsverbot kommen kann. Allerdings war zu der Zeit § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3b StPO noch nicht gesetzlich normiert.

#### bb) Tonaufzeichnungsfälle

Grundsätzlich ist eine heimliche Tonaufnahme nach § 201 StGB unzulässig. Dient die Tonaufnahme jedoch der Abwendung einer gegenwärtigen, nicht anders zu beseitigenden Gefahr, z.B. wenn die Polizei zur Rettung einer Geisel ein Gespräch des Beschuldigten mit anderen aufgenommen hat<sup>354</sup> oder wenn ein Erpresseranruf privat aufgezeichnet wurde,<sup>355</sup> ist der Eingriff in die Privatsphäre des Betroffenen gerechtfertigt und die Tonaufnahme verwertbar.

Eine heimliche Tonaufnahme greift in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen ein und könnte grundsätzlich nicht nur eine Rechtswidrigkeit im Sinne des materiellen Strafrechts bedeuten, sondern auch ein Beweisverwertungsverbot im Strafprozessrecht herbeiführen. Unter bestimmten Umständen jedoch könnte eine heimliche Tonaufzeichnung als Beweismittel zulässig sein. Hierbei sind zwei Situationen denkbar: heimliche Tonaufnahmen durch Strafverfolgungsbehörden und heimliche Tonaufnahmen durch Privatpersonen. In der ersten Situation ist der Eingriff gerechtfertigt, wenn in einem Strafprozess die Rechtmäßigkeit der Ton-

---

ist. Der BGH hat daraufhin eine Interessenabwägung vorgenommen und infolge dieser den Belangen der Strafrechtspflege Vorrang zuerkannt.

<sup>349</sup> BVerfGE 44, 353, 372. Zustimmend *Gössel*, GA 1991, 502 f.

<sup>350</sup> BVerfGE 44, 353, 373.

<sup>351</sup> BVerfGE 44, 353, 378.

<sup>352</sup> BVerfGE 44, 353, 378.

<sup>353</sup> BVerfGE 44, 353, 363.

<sup>354</sup> *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Rn. 2297.

<sup>355</sup> *Beulke*, Strafprozessrecht, 13. Aufl., Rn. 480.

aufzeichnung gemäß den Regelungen über Telekommunikationsüberwachung oder Lauschangriffe in §§ 100a ff. festgestellt wird. In diesem Fall liegt keine Rechtswidrigkeit im Sinne des materiellen Strafrechts vor und die Tonaufzeichnung ist im Strafprozess verwertbar. Anderenfalls könnte die Tonaufzeichnung wegen Verstoßes sowohl gegen prozessuale Vorschriften als auch gegen § 201 StGB einem Verwertungsverbot unterliegen.<sup>356</sup> In der zweiten Situation verstößt die heimliche Tonaufnahme durch Privatpersonen zwar gegen § 201 StGB, jedoch kann diese Rechtswidrigkeit nicht ohne Weiteres zur Unverwertbarkeit der Tonaufnahme im Strafverfahren führen.<sup>357</sup> Es geht nach Ansicht der Rechtsprechung im Zusammenhang mit den Beschlagnahmeverboten aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nicht darum, ob ein Verwertungsverbot für eine von Strafverfolgungsorganen rechtswidrig hergestellte Tonbandaufnahme besteht, sondern darum, ob ein Verwertungsverbot auch für eine von den Strafverfolgungsorganen rechtmäßig durch Zuleitung von privater Seite oder durch Beschlagnahme erlangte Tonbandaufnahme gelten soll, die eine Privatperson für eigene Zwecke rechtswidrig angefertigt hat.<sup>358</sup> Dabei gibt es verschiedene Ansichten in Rechtsprechung und Literatur.<sup>359</sup> Teilweise wird vertreten, anhand der Dreistufentheorie über die Verwertbarkeit der Tonbandaufnahme zu entscheiden.<sup>360</sup>

Die erste Fallkonstellation, die heimliche Tonaufnahme durch Strafverfolgungsbehörden, wird im Rahmen der Verwertungsverbote bei der Telekommunikationsüberwachung und dem (großen sowie kleinen) Lauschangriff erörtert. Hier soll allein die zweite Fallkonstellation, nämlich die heimliche Tonaufnahme durch Privatpersonen, behandelt werden.

Schon vor BVerfGE 34, 238 ff., in welcher die Dreistufentheorie umfassend entwickelt wurde, hat man sich in BGHSt 14, 358 ff. mit der Frage der Verwertbarkeit einer Tonaufnahme beschäftigt. Der Beschuldigte, ein Rechtsanwalt, hatte wegen eines anderen Falles mit einer Zeugin Gespräche geführt, die von ihr heimlich aufgenommen wurden. Später wurde der Beschuldigte wegen versuchter Anstiftung zum Meineid angeklagt, und es wurde beantragt, die von einem Dritten eingereichten Tonbänder zu verwerten. Der BGH hat die Verwertung dieser Tonbänder abgelehnt und dies damit begründet, dass das Recht des Menschen an seinem gesprochenen Wort dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht angehört und die Tonaufnahme ohne Rechtfertigungsgrund das allgemeine Persönlichkeitsrecht des

---

<sup>356</sup> Z.B. BGHSt 31, 304, 306.

<sup>357</sup> BGHSt 36, 167, 173; BGHSt 27, 355, 357.

<sup>358</sup> Vgl. BGHSt 36, 167, 173.

<sup>359</sup> Eine Zusammenfassung findet sich bei *Frank*, Die Verwertbarkeit rechtswidriger Tonbandaufnahmen Privater, S. 67–80.

<sup>360</sup> *Beulke*, Strafprozessrecht, 11. Aufl., Rn. 472 (in den späteren Auflagen wird in diesem Zusammenhang nicht das Thema der Verwertbarkeit heimlicher Tonaufnahmen durch Privatpersonen erörtert). Zur Verwertbarkeit der Tonbandaufnahme siehe auch Erörterungen aus ähnlicher Sicht: *Nüse*, JR 1966, 286 f.; *LR-Menges*, 26. Aufl., § 94 Rn. 88.

Beschuldigten verletzt hat.<sup>361</sup> Daher waren die Tonbandaufnahmen unverwertbar,<sup>362</sup> obwohl sie unter den gegebenen Umständen die einzigen Mittel zur Tataufklärung waren.<sup>363</sup> Dies war hinnehmbar, da die Wahrheit laut BGH nicht um jeden Preis erforscht werden dürfe.<sup>364</sup>

BVerfGE 34, 238 ff. setzte sich mit dem Stellenwert des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und der Menschenwürde gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG sowie der Verwertbarkeit von aus dem Privatleben stammenden Beweismitteln noch klarer auseinander. Auch hier ging es um eine private Tonbandaufnahme, die der Zeuge bei einer Geschäftsverhandlung mit dem Beschuldigten heimlich aufgenommen und den Strafverfolgungsbehörden zur Verfügung gestellt hatte. Das BVerfG war der Meinung, dass es sich hier um eine geschäftliche Unterredung handelte und keine höchstpersönlichen Dinge aufgezeigt wurden.<sup>365</sup> Daher gehörte das Gespräch nicht zum unantastbaren Bereich. Über die Verwertbarkeit der Tonbandaufnahme ist auf Grundlage der Interessenabwägung zu entscheiden, die angesichts der Umstände dieses Falles, z.B. des Eingriffs in die Rechte des Beschuldigten und des Deliktsvorwurfs (vorliegend keine schwere Kriminalität), für ein Verwertungsverbot spricht.<sup>366</sup>

In einem weiteren Tonaufzeichnungsfall, BGHSt 36, 167 ff., wurde die Dreistufentheorie nochmals herangezogen. Zum Beweis des Vorwurfs der Anstiftung zur Brandstiftung, die zur Vernichtung eines gegenüber dem Geschäft des Beschuldigten liegenden Konkurrenzbetriebes geplant wurde, hat die Staatsanwaltschaft beantragt, die bei einem Zeugen sichergestellte Videokassette abzuspielen, welche von dem Zeugen heimlich aufgenommen wurde. Diesen Antrag hat das Tatgericht abgelehnt; der BGH hat sich hingegen für die Verwertbarkeit der Tonbandaufnahme ausgesprochen. Begründet wurde dies zum einen damit, dass aus dem konkreten Verhalten des Beschuldigten bezüglich des Abspielens der Tonbandaufnahme im Ermittlungsverfahren und des Beweisantrages der Staatsanwaltschaft im Hauptverfahren auf die Zustimmung zur Verwertung der Tonbandaufnahme zu schließen ist.<sup>367</sup> Ein Verwertungsverbot kommt nicht in Betracht, da ein solches hier durch die Zustimmung des Beschuldigten als Betroffener aufgehoben werden kann.<sup>368</sup>

Zum anderen wird als Begründung ausgeführt, dass die beantragte Beweisaufnahme nicht den unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung berührt, weil sie ein Gespräch zwischen zwei Geschäftspartnern betrifft und es folglich einer

---

<sup>361</sup> BGHSt 14, 358, 359 f.

<sup>362</sup> BGHSt 14, 358, 363.

<sup>363</sup> BGHSt 14, 358, 364.

<sup>364</sup> BGHSt 14, 358, 364.

<sup>365</sup> BVerfGE 34, 238, 248.

<sup>366</sup> BVerfGE 34, 238, 248–251.

<sup>367</sup> BGHSt 36, 167, 172.

<sup>368</sup> BGHSt 36, 167, 172.

Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Wahrheitsermittlung und der Aufklärung schwerer Straftaten und dem Interesse des Beschuldigten an der Nichtverwertung einer unter Persönlichkeitsrechtsverletzung angefertigten Tonbandaufnahme bedarf.

Bei dieser Abwägung hat der BGH im Hinblick auf den Deliktsvorwurf und das konkrete Tatunrecht (die Tonbandaufnahmeverwertung diene der Aufklärung einer Leib und Leben anderer gefährdenden hochkriminellen Tat; die aus hemmungsloser Eigensucht geplante Brandlegung habe mehrere Menschen in dem Haus betroffen, die sich nur über ein vereistes Dach vor den Flammen retten konnten) sowie auf die vorliegende Beweislage (die Benutzung der Tonbandaufnahme sei zur zuverlässigen Sachverhaltsaufklärung geboten, weil die Zeugenaussagen sich widersprachen und alle anderen Beweismöglichkeiten erschöpft waren) dem Abspielen bzw. der Verwertung der Tonbandaufnahme zugestimmt.<sup>369</sup>

### 3. Beweisverwertungsverbote bei der körperlichen Untersuchung

In Zusammenhang mit der körperlichen Untersuchung werden im Folgenden Beweisverwertungsverbote in drei Konstellationen diskutiert, nämlich hinsichtlich der körperlichen Untersuchung des Beschuldigten (sogleich a) und anderer Personen (b) sowie der DNA-Analyse (c).

#### *a) Beweisverwertungsverbote bei der körperlichen Untersuchung des Beschuldigten*

##### aa) Allgemeines

Gemäß § 81a StPO können zur Tatsachenfeststellung ohne Einwilligung des Beschuldigten Blutproben entnommen sowie andere körperliche Eingriffe angeordnet und von einem Arzt durchgeführt werden, wenn kein Nachteil für die Gesundheit des Beschuldigten zu befürchten ist. Die Anordnung ist dem Richter vorbehalten, jedoch kommt der Staatsanwaltschaft und deren Ermittlungspersonen bei Gefährdung des Untersuchungserfolgs eine Eilkompetenz zu. Gemäß § 81a Abs. 2 Satz 2 StPO bedarf es im Falle der Gefährdung des Bahn-, Schiffs- und Luftverkehrs sowie des Straßenverkehrs und im Fall der Trunkenheitsfahrt keiner richterlichen Anordnung. Im Falle der Einwilligung des Beschuldigten bedarf es keiner Anordnung, allerdings setzt die Wirksamkeit der Einwilligung in der Regel eine Belehrung des Beschuldigten über sein Weigerungsrecht bzw. über die Freiwilligkeit seiner Mitwirkung voraus.<sup>370</sup>

<sup>369</sup> BGHSt 36, 167, 174.

<sup>370</sup> Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 1626; vgl. auch SK-StPO/Rogall, 5. Aufl., § 81a Rn. 14–20.

Hier findet der allgemein geltende Grundsatz Anwendung, dass nicht jeder Verstoß gegen Beweiserhebungsvorschriften ein prozessuales Verwertungsverbot nach sich zieht.<sup>371</sup> Vielmehr ist die Frage der Verwertbarkeit jeweils nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach der Art des Verbots und dem Gewicht des Verstoßes, unter Abwägung der widerstreitenden Interessen zu entscheiden.<sup>372</sup> Bei dieser Abwägung ist einerseits das staatliche Interesse an der Tataufklärung sowie das durch §§ 316, 315c StGB geschützte Interesse an der Sicherheit des öffentlichen Straßenverkehrs, das in den typischen Blutentnahmefällen bei Trunkenheitsfahrten deutlich wird, und andererseits das individuelle Interesse am Schutz körperlicher Unversehrtheit zu gewichten.<sup>373</sup> Ähnlich wie bei der Durchsuchung ist hier von einem Beweisverwertungsverbot nur dann auszugehen, wenn einzelne Rechtsgüter durch die Eingriffe so massiv beeinträchtigt werden, dass dadurch das Ermittlungsverfahren im Sinne des nach rechtsstaatlichen Grundsätzen geordneten Verfahrens nachhaltig geschädigt wird.<sup>374</sup> Dementsprechend besteht ein Beweisverwertungsverbot bei bewusster Umgehung des Richtervorbehalts sowie bei willkürlicher Annahme von Gefahr im Verzug oder bei Vorliegen eines besonders schwerwiegenden Fehlers.<sup>375</sup> Um ein solches Verwertungsverbot geltend zu machen, muss Widerspruch gegen die Verwertung bis zu dem in § 257 StPO genannten Zeitpunkt erhoben werden.<sup>376</sup>

In der Rechtsprechung wird zur Bestimmung der Verwertbarkeit eines Untersuchungsergebnisses neben der Interessenabwägung gelegentlich auf einen hypothetischen Ermittlungsverlauf zurückgegriffen, vor allem bei Ablehnung der Verwertungsverbote.<sup>377</sup> Im Fall BGHSt 24, 125ff. entnahm z.B. ein Medizinalassistent statt eines Arztes, der gemäß § 81a Abs. 1 Satz 2 StPO erforderlich ist, die Blutprobe. Der BGH lehnte ein Verwertungsverbot der Blutprobenentnahme ab und führte als Gründe den Zweck der Rechtsnorm und die Interessenabwägung an. Außerdem zog das

---

<sup>371</sup> BGHSt 24, 125, 130; BVerfG NJW 2008, 3053, 3054; OLG Celle NJW 2009, 3524, 3526; OLG Dresden NJW 2009, 2149, 2150; KG, NJW 2009, 3527; OLG Hamburg NJW 2008, 2597, 2599; OLG Bamberg NJW 2009, 2146, 2148.

<sup>372</sup> BGHSt 24, 125, 130; BVerfG NJW 2008, 3053, 3054; OLG Celle NJW 2009, 3524, 3526; OLG Dresden NJW 2009, 2149, 2150; KG, NJW 2009, 3527; OLG Hamburg NJW 2008, 2597 ff., 2599; OLG Bamberg NJW 2009, 2146 ff., 2148.

<sup>373</sup> Vgl. *Rüth*, DAR 1966, 261; BGHSt 24, 125, 130; OLG Bamberg NJW 2009, 2146, 2149.

<sup>374</sup> OLG Hamburg NJW 2008, 2597, 2599; OLG Bamberg NJW 2009, 2146, 2148; OLG Dresden NJW 2009, 2149, 2150; OLG Celle NJW 2009, 3524, 3526.

<sup>375</sup> OLG Celle NJW 2009, 3524, 3526; OLG Dresden NJW 2009, 2149, 2150; KG, NJW 2009, 3527; OLG Bamberg NJW 2009, 2146, 2148; Meyer-Goßner/*Schmitt*, § 81a Rn. 32a; KK-*Senge*, § 81a Rn. 13; LR-*Krause*, 27. Aufl., § 81a Rn. 94.

<sup>376</sup> OLG Hamburg NJW 2008, 2597, 2600; OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2011, 46, 48.

<sup>377</sup> OLG Bamberg NJW 2009, 2146, 2148; OLG Hamburg NJW 2008, 2597, 2599; KG, NJW 2009, 3527; BGHSt 24, 125, 130.

Gericht noch einen hypothetischen Ermittlungsverlauf dafür heran, dass die Blutprobe auch auf gesetzmäßigem Wege jederzeit hätte gewonnen werden können.<sup>378</sup>

bb) Verstöße gegen den Richtervorbehalt

Um eine nachträgliche gerichtliche Überprüfung der Anordnungsvoraussetzungen bzw. der Inanspruchnahme der Eilkompetenz zu ermöglichen, hat das BVerfG die Dokumentations- und Begründungspflicht der anordnenden Stelle gefordert und dazu ausgeführt, die Gefahrenlage müsse dann mit auf den Einzelfall bezogenen Tatsachen begründet werden, die in den Ermittlungsakten zu dokumentieren sind, sofern die Dringlichkeit nicht evident ist.<sup>379</sup> Allerdings kann ein Verstoß gegen die Dokumentations- und Begründungspflicht allein nicht zu einem Verwertungsverbot führen.<sup>380</sup> Ob ein Dokumentationsmangel entsprechend seinem Gewicht im Einzelfall bei der Abwägung zu berücksichtigen ist, hat die Rechtsprechung offengelassen.<sup>381</sup> Die Beurteilung der Gefahrenlage bzw. der Gefährdung des Untersuchungserfolgs durch die vorherige Einholung einer richterlichen Anordnung ist im Freibeweisverfahren<sup>382</sup> (d.h. das Gericht darf in jedem konkreten Einzelfall bei der Wahl und Heranziehung von Beweismitteln alle ihm verfügbaren Erkenntnisquellen ausschöpfen, ohne an das förmliche Beweisverfahren und die gesetzlichen Beweismittel gebunden zu sein)<sup>383</sup> vorzunehmen.<sup>384</sup> Dabei sind neben der wahrscheinlichen Dauer bis zur Blutentnahme die zeitliche Verzögerung mit oder ohne Einholung einer richterlichen Entscheidung sowie die bisherigen Tatumstände zu berücksichtigen.<sup>385</sup> 2017 hat der Gesetzgeber angesichts der Anwendungsschwierigkeiten des Richtervorbehalts bei der körperlichen Untersuchung des Beschuldigten in § 81a Abs. 2 Satz 2 StPO für einige Straßenverkehrsdelikte die Ausnahme zur richterlichen Anordnung zugelassen.

Anzumerken ist, dass der Richtervorbehalt hier nur auf einfachgesetzlicher Ebene fußt, wohingegen der Vorbehalt<sup>386</sup> bei der Wohnungsdurchsuchung auf

<sup>378</sup> BGHSt 24, 125, 130.

<sup>379</sup> BVerfG NJW 2010, 2864, 2864 f.

<sup>380</sup> BVerfG NJW 2008, 3053, 3054.

<sup>381</sup> BVerfG NJW 2008, 3053, 3054.

<sup>382</sup> OLG Hamburg NJW 2008, 2597, 2597 f.

<sup>383</sup> Vgl. *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Rn. 36.

<sup>384</sup> BVerfG NJW 2010, 2864, 2865.

<sup>385</sup> OLG Bamberg NJW 2009, 2146, 2147. Z.B. wurde in OLG Celle NJW 2009, 3524 eine willkürliche Inanspruchnahme der Eilkompetenz angenommen, weil nach der Feststellung eines hohen Atemalkoholwerts die Polizei bis zur Blutentnahme zwar genug Zeit hatte, einen Richter oder Staatsanwalt zumindest telefonisch zu erreichen, aber nicht einmal den Versuch dazu unternommen hat.

<sup>386</sup> OLG Hamburg NJW 2008, 2597, 2597 f.



grundgesetzlicher Ebene (Art. 13 Abs. 2 GG) beruht.<sup>387</sup> Der Richtervorbehalt bei der körperlichen Untersuchung zählt nicht zu den rechtsstaatlichen Mindeststandards.<sup>388</sup> Bei der Abwägung wird hier einem Verstoß gegen den Richtervorbehalt, besonders einer unbewussten Umgehung des Richtervorbehalts sowie der unwillkürlichen Annahme der Eilkompetenz durch die Polizei, ein geringeres Gewicht beigemessen als bei einer Wohnungsdurchsuchung.<sup>389</sup> Allerdings wird ein bewusster oder willkürlicher Verstoß gegen den Richtervorbehalt aufgrund einer Verletzung des allgemeinen Willkürverbots (Art. 3 Abs. 1 GG) als Missachtung des Anspruchs auf ein faires, rechtsstaatliches Strafverfahren betrachtet<sup>390</sup> und führt somit zum Verwertungsverbot.

### cc) Verstöße gegen das Arzterfordernis

Eine weitere Fallgruppe, bei der durch Interessenabwägung die Verwertbarkeit von Beweisen bestimmt werden soll, betrifft die Blutentnahme, welche nicht von einem Arzt durchgeführt wird. In BGHSt 24, 125 ff. wurde ein Beschuldigter nach einem durch ihn verursachten Verkehrsunfall von den Polizeibeamten zur Entnahme einer Blutprobe in ein Krankenhaus gebracht. Dort erschien, nachdem die Beamten nach einem Arzt verlangt hatten, lediglich ein Medizinalassistent. Als die Polizisten dem Beschuldigten Gewalt androhten, erklärte der Beschuldigte sich zur Duldung der Blutentnahme bereit. Diese Blutprobe ist nach Ansicht des BGH verwertbar. Der BGH hat zuerst unter dem Gesichtspunkt des Zwecks der Rechtsnorm die Unverwertbarkeit dieser Blutprobe verneint: Der Zweck der ärztlichen Blutentnahme im Sinne der Vorschrift liegt im Schutz der zu untersuchenden Person und in der Wahrung der Menschenwürde, nicht aber in der Qualitätsgarantie bezüglich der Entnahme durch einen Arzt.<sup>391</sup> In weiteren Abschnitten des Urteils hat der BGH eine Interessenabwägung zur Beurteilung der Verwertbarkeit für wesentlich erachtet. Bei dieser wirken mehrere Umstände zugunsten des staatlichen Interesses,<sup>392</sup> auch handelten die Polizeibeamten in gutem Glauben.<sup>393</sup> Der Beweiswert der gesetzwidrig, nämlich durch Gewaltandrohung, erlangten Blutprobe wird, im Gegensatz zu der mit in § 136a StPO verbotenen Mitteln erlangten Aussage, dadurch nicht beeinträchtigt.<sup>394</sup> Insgesamt hat der BGH festgestellt, dass der Fehler nicht so

---

<sup>387</sup> Vgl. BVerfG NJW 2008, 3053, 3054; OLG Bamberg NJW 2009, 2146, 2148.

<sup>388</sup> BVerfG NJW 2008, 3053, 3054.

<sup>389</sup> Vgl. OLG Bamberg NJW 2009, 2146, 2148.

<sup>390</sup> Vgl. BVerfG NJW 2008, 3053, 3054.

<sup>391</sup> BGHSt 24, 125, 128.

<sup>392</sup> BGHSt 24, 125, 130.

<sup>393</sup> BGHSt 24, 125, 130.

<sup>394</sup> BGHSt 24, 125, 130; auch OLG Hamm NJW 1965, 1089, 1090. Dazu wird in der Rechtsprechung vertreten, dass die Erlangung einer Aussage und die Entnahme einer Blutprobe sich wesentlich voneinander unterscheiden. § 136a StPO kann auf die Blutproben-

schwer wiegt, dass das Interesse an der Tataufklärung zurücktreten muss.<sup>395</sup> Auch das Rechtsstaatsprinzip verbietet hier die Verwertung des Untersuchungsergebnisses nicht.<sup>396</sup> Der sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergebende Grundsatz eines fairen Verfahrens wäre dann verletzt, wenn die Polizisten gewusst hätten, dass der die Blutprobe Entnehmende kein Arzt war, und sie dem Beschuldigten trotzdem Zwang angedroht hätten.<sup>397</sup> Infolgedessen wäre eine derartige Blutprobengewinnung ein bewusster Missbrauch staatlicher Zwangsbefugnis.<sup>398</sup> Ein Verwertungsverbot wäre demnach anzunehmen. In BGHSt 24, 125 ff. beruht hingegen der Irrtum der Beamten über die medizinische Qualifikation des die Blutprobe Entnehmenden nicht auf ihrem Verschulden, und es lag hinsichtlich des Beschuldigten vielmehr eine rechtmäßige Behandlung im Sinne des § 113 StGB vor.<sup>399</sup> Dies stellt somit keine Beeinträchtigung grundlegender Elemente des Rechtsstaates dar.<sup>400</sup>

Daraus folgt, dass das Untersuchungsergebnis unverwertbar ist, wenn zu seiner Gewinnung Methoden angewandt werden, die die Grundsätze eines an Gerechtigkeit und Billigkeit orientierten Verfahrens verletzen.<sup>401</sup> Dazu zählen die bewusste Täuschung über die Arztqualifikation<sup>402</sup> und die rechtswidrige Zwanganwendung in dem Wissen, dass der die Blutprobe Entnehmende kein Arzt ist.<sup>403</sup>

Hinsichtlich der Gewinnungsmethoden drängt sich die Frage auf, welche Mittel bei der körperlichen Untersuchung erlaubt sind. Dies lässt sich nicht anhand der Grundsätze des § 136a StPO bestimmen, da diese Vorschrift nur für die Vernehmung gilt.<sup>404</sup> Einerseits kann das Blutprobenergebnis nicht wie eine Aussage des Beschuldigten durch die in § 136a StPO vorgesehenen Methoden beeinträchtigt werden, andererseits kann das Ergebnis immer auf rechtmäßigem Weg erlangt werden.<sup>405</sup> Diese Frage sollte sich eher unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls beantworten lassen.

---

entnahme nicht angewandt werden. Zur Frage, ob die Gewaltanwendung bei der Blutprobenentnahme zum Beweisverwertungsverbot führen kann, siehe nähere Erörterungen in OLG Hamm NJW 1965, 1089.

<sup>395</sup> BGHSt 24, 125, 131.

<sup>396</sup> BGHSt 24, 125, 131.

<sup>397</sup> BGHSt 24, 125, 131.

<sup>398</sup> BGHSt 24, 125, 131.

<sup>399</sup> BGHSt 24, 125, 131 f.

<sup>400</sup> BGHSt 24, 125, 132.

<sup>401</sup> LR-Krause, 27. Aufl., § 81a Rn. 98; Meyer-Goßner/Schmitt, § 81a Rn. 33.

<sup>402</sup> OLG Hamm NJW 1965, 1089, 1090; KK-Senge, § 81a Rn. 13; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 81a Rn. 33; LR-Krause, 27. Aufl., § 81a Rn. 98; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 1654.

<sup>403</sup> BGHSt 24, 125, 131; BayObLG, Blutalkohol 1971, 67 ff., 67.

<sup>404</sup> LR-Krause, 27. Aufl., § 81a Rn. 97.

<sup>405</sup> OLG Hamm NJW 1965, 1089, 1090; ähnlich LR-Krause, 27. Aufl., § 81a Rn. 97.

b) *Beweisverwertungsverbote bei der körperlichen Untersuchung anderer Personen*

aa) Allgemeines

Um Spuren oder Folgen einer Tat am Körper einer vom Beschuldigten zu unterscheidenden Person, die als Zeuge in Betracht kommt, zu suchen, ist eine körperliche Untersuchung an ihr nach § 81c Abs. 1 StPO ohne ihre Einwilligung zulässig, soweit zur Erforschung der Wahrheit festgestellt werden muss, ob sich an ihrem Körper eine bestimmte Spur oder Folge einer Straftat befindet. Nach § 81c Abs. 2 StPO können Abstammungsuntersuchungen und Blutprobenentnahmen bei anderen Personen als dem Beschuldigten ohne deren Einwilligung vorgenommen werden, wenn kein Nachteil für ihre Gesundheit zu befürchten und die Maßnahme zur Erforschung der Wahrheit unerlässlich ist. Der Betroffene hat eine Duldungspflicht für die körperliche Untersuchung nach § 81c Abs. 1 und 2 StPO,<sup>406</sup> jedoch besteht eine solche nicht für andere als die hier geregelten Arten, beispielsweise die Begutachtung über seine Glaubwürdigkeit.<sup>407</sup> Nicht gesetzlich vorgesehene Untersuchungen sind ohne Einwilligung des Betroffenen unzulässig;<sup>408</sup> allerdings macht eine solche etwaige Einwilligung die Anordnung nach § 81c Abs. 5 StPO bei schwereren Eingriffen nicht entbehrlich.<sup>409</sup> Obwohl eine Einwilligung des Betroffenen die Beschränkungen des § 81c StPO aufheben kann, dürfen körperliche Eingriffe, abgesehen von Blutprobenentnahmen, stets nur von einem Arzt vorgenommen werden.<sup>410</sup>

Das Weigerungsrecht des Betroffenen hinsichtlich körperlicher Untersuchungen gemäß § 81c Abs. 3 Satz 1 StPO knüpft nur an § 52 StPO an,<sup>411</sup> wonach der Zeuge aufgrund seiner familiären Beziehung zu dem Beschuldigten zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt ist. Über das Weigerungsrecht nach § 81c Abs. 3 Satz 1 StPO ist gemäß § 81c Abs. 3 Satz 2 zweiter Halbsatz i.V.m. § 52 Abs. 3 Satz 1 zu belehren. Diese Belehrungspflicht im Rahmen der körperlichen Untersuchungen gemäß § 81c StPO gilt auch für andere Untersuchungen, wenn keine Duldungspflicht besteht.<sup>412</sup> Die Belehrungspflicht obliegt dem Anordnungsorgan nach § 81c Abs. 5 StPO.<sup>413</sup>

---

<sup>406</sup> KK-Senge, § 81c Rn. 6; Meyer-Goßner/Schmitt, § 81c Rn. 10, 18; LR-Krause, 27. Aufl., § 81c Rn. 2.

<sup>407</sup> BGHSt 13, 394, 398; LR-Krause, 27. Aufl., § 81c Rn. 8.

<sup>408</sup> BGHSt 13, 394, 398; BGHSt 36, 217, 219; KK-Senge, § 81c Rn. 9; LR-Krause, 27. Aufl., § 81c Rn. 8.

<sup>409</sup> LR-Krause, 27. Aufl., § 81c Rn. 8.

<sup>410</sup> Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 1658.

<sup>411</sup> KK-Senge, § 81c Rn. 10; LR-Krause, 27. Aufl., § 81c Rn. 31; SK-StPO/Rogall, 5. Aufl., § 81c Rn. 59.

<sup>412</sup> BGHSt 13, 394, 399.

<sup>413</sup> KK-Senge, § 81c Rn. 12.

Zu Beweisverwertungsverboten werden typischerweise zwei Fallkonstellationen erörtert: zum einen die fehlerhafte Belehrung über das Weigerungsrecht (sogleich bb), zum anderen die Verstöße gegen sonstige Vorschriften im Rahmen der Maßnahme (cc).

#### bb) Fehlerhafte Belehrung über das Weigerungsrecht

Bei der Fallkonstellation der fehlerhaften Belehrung über das Weigerungsrecht ist grundsätzlich ein Verwertungsverbot anzunehmen.<sup>414</sup> Die Rechtsprechung hat der Belehrung über das Weigerungsrecht große Bedeutung beigemessen.<sup>415</sup> Durch das Gesetz soll verhindert werden, dass jemand „zu einem freiwilligen Beweisakt gegen einen verwandten Beschuldigten veranlasst wird, ohne sich wenigstens der Konfliktlage bewusst zu sein.“<sup>416</sup> Derer soll sich der Betroffene durch eine vom Anordnungsorgan vorgenommene Belehrung eindringlich bewusst werden,<sup>417</sup> um so zu gewährleisten, dass er das Für und Wider seiner Entscheidung richtig beurteilen kann.<sup>418</sup> Folglich stellt eine unterlassene oder fehlerhafte Belehrung über das Weigerungsrecht einen derart schweren Rechtsfehler dar, dass das Untersuchungsergebnis ungeachtet von der Zustimmung nicht verwertet werden darf.<sup>419</sup> Diese Belehrung ist nicht dadurch entbehrlich, dass der Betroffene schon zu einem früheren Zeitpunkt über sein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 StPO belehrt wurde.<sup>420</sup> Allerdings soll für die Annahme des Beweisverwertungsverbots ein Kausalzusammenhang zwischen dem Belehrungsfehler und der Gewinnung des Untersuchungsergebnisses vorausgehen.<sup>421</sup> Hat der Betroffene gewusst, dass er zur Duldung der Untersuchung nicht verpflichtet ist, oder hat er nachträglich auf sein Weigerungsrecht verzichtet oder lässt er erkennen, dass er die Untersuchung auch nach Belehrung über seine Rechte geduldet hätte,<sup>422</sup> liegt sodann kein Kausalzusammenhang<sup>423</sup> und folglich auch kein Verwertungsverbot vor.

<sup>414</sup> Vgl. KK-Senge, § 81c Rn. 25; LR-Krause, 27. Aufl., § 81c Rn. 65; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 1678; Rogall, JZ 1996, 953.

<sup>415</sup> Vgl. BGHSt 12, 235, 242.

<sup>416</sup> BGHSt 13, 394, 399.

<sup>417</sup> BGHSt 13, 394, 399.

<sup>418</sup> BGHSt 12, 235, 242.

<sup>419</sup> BGHSt 12, 235, 242; BGHSt 36, 217, 220; vgl. auch BGH NSTZ 1996, 95, 96.

<sup>420</sup> BGH, StV 1996, 195, 195; BGH NSTZ 1996, 95, 96; KK-Senge, § 81c Rn. 11.

<sup>421</sup> Vgl. Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 1678; LR-Krause, 27. Aufl., § 81c Rn. 65; KK-Senge, § 81c Rn. 25.

<sup>422</sup> BGHSt 20, 234, 234 f.; ähnlich BGH, StV 1996, 195, 195.

<sup>423</sup> KK-Senge, § 81c Rn. 25; LR-Krause, 27. Aufl., § 81c Rn. 65; BGH NSTZ 1996, 95, 96; BGHSt 5, 132, 133 f.

## cc) Verstöße gegen sonstige Vorschriften bezüglich der körperlichen Untersuchung anderer Personen

Nach h.M. kann sich der Beschuldigte auch dann nicht auf ein Verwertungsverbot bezüglich des Untersuchungsergebnisses berufen, wenn bei der Untersuchung anderer Personen die Voraussetzungen gemäß § 81c Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 StPO nicht eingehalten wurden.<sup>424</sup> Bei den nicht in § 81c StPO beschriebenen Untersuchungsarten, für die zwar eine Einwilligung des Betroffenen benötigt wird, besteht gegenüber dem Beschuldigten kein Verwertungsverbot, wenn die Untersuchung ohne Einwilligung des Betroffenen vorgenommen wird.<sup>425</sup> Dies gilt auch dann, wenn der Betroffene im Vorfeld der Untersuchungen über das Erfordernis der Einwilligung nicht belehrt worden war und sich diesen freiwillig unterzogen hatte.<sup>426</sup> Auch ist ein Verwertungsverbot zu verneinen, wenn die Entnahme von Blutproben einer anderen Person durch einen Nichtarzt erfolgt.<sup>427</sup> Der Beschuldigte kann einen solchen Fehler bei der Untersuchung anderer Personen nicht rügen, weil der Rechtskreis des Beschuldigten dadurch nicht berührt wird.<sup>428</sup> Dies folgt aus § 81c StPO, der nicht seinem Interesse dienen, sondern die körperliche Unversehrtheit anderer Betroffener im Verfahren schützen soll.<sup>429</sup>

## c) Beweisverwertungsverbote bei der DNA-Analyse

Nach § 81e Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 StPO dürfen molekulargenetische Untersuchungen bzw. DNA-Analysen an dem Beschuldigten nach § 81a Abs. 1 StPO entnommenem Material, an dem Dritten nach § 81c StPO entnommenem Material oder an aufgefundenem, sichergestelltem oder beschlagnahmtem Spurenmaterial durchgeführt werden. Die DNA-Analyse an dem Beschuldigten oder einem Dritten entnommenem Material darf nach § 81e Abs. 1 StPO nur zur Feststellung des DNA-Identifizierungsmusters, der Abstammung und des Geschlechts der Person durchgeführt werden. Diese Zweckbindung gilt nach § 81e Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 81e Abs. 1 Satz 2 und § 81a Abs. 3 erster Halbsatz StPO auch für die DNA-Analyse am Spurenmaterial.

---

<sup>424</sup> Vgl. KK-Senge, § 81c Rn. 25; LR-Krause, 27. Aufl., § 81c Rn. 64; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 1678; Rogall, JZ 1996, 953 aber mit Differenzierung.

<sup>425</sup> Vgl. KK-Senge, § 81c Rn. 25; LR-Krause, 27. Aufl., § 81c Rn. 64; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 1678.

<sup>426</sup> Die Rechtsprechung lässt das offen (BGHSt 13, 394, 398); in der Kommentarliteratur wird das Verwertungsverbot diesbezüglich abgelehnt (LR-Krause, 27. Aufl., § 81c Rn. 65; vgl. auch KK-Senge, 6. Aufl., § 81c Rn. 25).

<sup>427</sup> KK-Senge, § 81c Rn. 25; LR-Krause, 27. Aufl., § 81c Rn. 64.

<sup>428</sup> KK-Senge, § 81c Rn. 25; LR-Krause, 27. Aufl., § 81c Rn. 64.

<sup>429</sup> Dallinger, MDR 1953, 148.

Der Verstoß gegen diese Zweckbindung, nämlich eine weitergehende Feststellung über andere als die gesetzlich vorgeschriebenen Tatsachen oder die darauf gerichtete Untersuchung,<sup>430</sup> ist nach § 81e Abs. 1 Satz 2 unerlaubt und führt nach der Begründung des Regierungsentwurfs zur DNA-Analyse zu einem Beweisverwertungsverbot.<sup>431</sup>

In der Kommentarliteratur wird vertreten, dass das unter Verstoß gegen § 81a oder § 81c StPO dem Beschuldigten oder einem Dritten entnommene Material nicht für eine DNA-Analyse verwendet werden darf. Geschieht dies dennoch, ist die DNA-Analyse unzulässig und unverwertbar. Daher führt ein im Rahmen der körperlichen Untersuchung des Beschuldigten oder eines Dritten bestehendes Verwertungsverbot gezwungenermaßen auch zur Unverwertbarkeit der DNA-Analyse.<sup>432</sup> Ferner darf Material, welches entgegen § 81a oder § 81c StPO erlangt wurde, z.B. durch Täuschung<sup>433</sup> oder Zwang, nicht für eine DNA-Analyse verwendet werden. Erfolgt dennoch eine Analyse, beruht sie folglich auf einer rechtswidrigen, gegen § 136a StPO verstoßenden Ermittlungsmaßnahme.<sup>434</sup> Die hier erwähnte Fallkonstellation betrifft im eigentlichen Sinne das Problem der Fernwirkung, welche in der Literatur wesentlich befürwortet wird.<sup>435</sup>

Nach Ansicht der Kommentarliteratur können weitere mögliche Verwertungsverbote aus Verstößen gegen § 81f StPO folgen.

Nach § 81f Abs. 1 StPO kann eine ohne schriftliche Einwilligung durchgeführte DNA-Analyse an dem Beschuldigten oder einem Dritten entnommenem Material nach § 81e Abs. 1 StPO nur durch das Gericht angeordnet werden, bei Gefahr im Verzug allerdings auch durch die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen. Ohne eine entsprechende Anordnung sind die Ergebnisse der DNA-Analyse unverwertbar.<sup>436</sup> Ein solcher Verstoß stellt regelmäßig einen schweren Verfahrensfehler dar.<sup>437</sup> Anders liegt der Fall bei der DNA-Analyse des Materials eines Dritten,

---

<sup>430</sup> Zum Feststellungsverbot und zum Untersuchungsverbot SK-StPO/Rogall, 5. Aufl., § 81e Rn. 13.

<sup>431</sup> BT-Drs. 13/667, S. 7. Zustimmung LR-Krause, 27. Aufl., § 81e Rn. 46; SK-StPO/Rogall, 5. Aufl., § 81e Rn. 21; Meyer-Goßner/Schmitt, § 81e Rn. 4. A.A. KK-Senge, § 81e Rn. 7.

<sup>432</sup> LR-Krause, 27. Aufl., § 81e Rn. 47.

<sup>433</sup> Etwa indem im Rahmen der Vernehmung einer Person Zigaretten angeboten werden, damit sie beim Konsumieren für eine DNA-Analyse verwertbare Spuren hinterlassen kann. Das Beispiel stammt von Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 1684a. Weitere Beispiele bei LR-Krause, 27. Aufl., § 81e Rn. 52.

<sup>434</sup> LR-Krause, 27. Aufl., § 81e Rn. 52.

<sup>435</sup> Ausführlich siehe unten Erster Teil, II.E.2.

<sup>436</sup> SK-StPO/Rogall, 5. Aufl., § 81f Rn. 28; vgl. auch Meyer-Goßner/Schmitt, § 81f Rn. 9; KK-Senge, § 81f Rn. 12; LR-Krause, 27. Aufl., § 81f Rn. 36; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 1687a und 1693.

<sup>437</sup> SK-StPO/Rogall, 5. Aufl., § 81f Rn. 28; LR-Krause, 27. Aufl., § 81f Rn. 36.

da diese Untersuchungsergebnisse gegenüber dem Beschuldigten aufgrund der Tatsache verwertbar sind, dass der Rechtskreis des Beschuldigten durch den Rechtsfehler nicht berührt wird.<sup>438</sup> Allgemein kann eine unzutreffende Annahme von Gefahr im Verzug nur bei bewusster Umgehung des Richtervorbehalts ein Verwertungsverbot zur Folge haben.<sup>439</sup>

Eine schriftliche Einwilligung der betroffenen Person lässt die Anordnung durch das Gericht oder die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen entfallen.<sup>440</sup> Fehler bei der Herbeiführung der Einwilligung können zum Verwertungsverbot führen.<sup>441</sup> Die mangelnde Schriftlichkeit der Einwilligung kann hingegen kein Verwertungsverbot auslösen.<sup>442</sup> Wenn die Einwilligung tatsächlich und beweisbar erklärt worden ist, kann das Ergebnis der DNA-Analyse verwertet werden.<sup>443</sup> Eine wirksame schriftliche Einwilligung setzt voraus, dass die betroffene Person über den Verwendungszweck der erhobenen Daten belehrt wurde.<sup>444</sup> Auch bei Belehrungsmängeln greift das Verwertungsverbot nicht, wenn eine Anordnung nach § 81f Abs. 1 Satz 1 StPO noch getroffen werden kann oder hätte ergehen können.<sup>445</sup> Hingegen besteht ein Verwertungsverbot im Fall eines bewussten Verstoßes gegen die Belehrungspflicht.<sup>446</sup>

Ein Verstoß gegen § 81f Abs. 2 StPO, z.B. die Nichtbeachtung des Schriftlichkeitsgebots bei der Beauftragung eines Sachverständigen nach § 81f Abs. 2 Satz 1 StPO, hat kein Verwertungsverbot zur Folge,<sup>447</sup> weil die Vorschriften des § 81f Abs. 2 außerprozessualen Interessen dienen, deren Schutz nicht mit Hilfe des Verfahrensrechts erfolgen muss.<sup>448</sup>

#### 4. Beweisverwertungsverbote bei der Telekommunikationsüberwachung

##### a) Allgemeines

Gemäß §§ 100a Abs. 1 und 100e Abs. 1 StPO darf eine Telekommunikationsüberwachung nur bei Verdacht der im Gesetz aufgelisteten schweren Straftaten, die auch im Einzelfall oft nur schwer sind und deren Aufklärung auf andere Weise wesentlich erschwert oder aussichtslos wäre, durch das Gericht oder bei Gefahr im

---

<sup>438</sup> LR-Krause, 27. Aufl., § 81f Rn. 38.

<sup>439</sup> SK-StPO/Rogall, 5. Aufl., § 81f Rn. 28.

<sup>440</sup> KK-Senge, § 81f Rn. 3; Meyer-Goßner/Schmitt, § 81f Rn. 1.

<sup>441</sup> SK-StPO/Rogall, 5. Aufl., § 81f Rn. 28.

<sup>442</sup> SK-StPO/Rogall, 5. Aufl., § 81f Rn. 28.

<sup>443</sup> SK-StPO/Rogall, 5. Aufl., § 81f Rn. 28.

<sup>444</sup> KK-Senge, § 81f Rn. 3; Meyer-Goßner/Schmitt, § 81f Rn. 2.

<sup>445</sup> SK-StPO/Rogall, 5. Aufl., § 81f Rn. 28.

<sup>446</sup> SK-StPO/Rogall, 5. Aufl., § 81f Rn. 28.

<sup>447</sup> LR-Krause, 27. Aufl., § 81f Rn. 39; vgl. SK-StPO/Rogall, 5. Aufl., § 81f Rn. 28.

<sup>448</sup> SK-StPO/Rogall, 5. Aufl., § 81f Rn. 28; LR-Krause, 27. Aufl., § 81f Rn. 39.

Verzug durch die Staatsanwaltschaft gegen den Beschuldigten oder dessen Nachrichtenmittler angeordnet werden. Allein bei den Katalogtaten gemäß § 100a StPO soll das persönliche Grundrecht aus Art. 10 GG gegenüber dem öffentlichen Interesse an der Ermittlung dieser Taten zurücktreten.<sup>449</sup> „Telekommunikation“ meint hier nicht nur Festnetz- und Mobilfunkverkehr, sondern auch Fernschreib- und Fernkopier-(Telefax)verkehr sowie E-Mail-Verkehr und Internettelefonie.<sup>450</sup> Telekommunikationsüberwachung ist nach der akustischen Wohnraumüberwachung der intensivste Eingriff in die Privatsphäre und wird häufiger genutzt als jene.<sup>451</sup> Eine Telekommunikationsüberwachung erfasst nicht nur den Inhalt der Kommunikation, sondern auch die näheren Umstände der Telekommunikation, insbesondere die Nummern oder die Kennung der Anschlüsse, die an der Telekommunikation beteiligten Personen, Ort, Datum, Uhrzeit, Dauer usw.<sup>452</sup>

Obwohl nach § 100a Abs. 3 StPO die durch Telekommunikationsüberwachung erlangten Erkenntnisse nur von dem Beschuldigten oder seinen Nachrichtenmittlern stammen dürfen, ist es zulässig, die an einem überwachten Telefon gewonnenen Erkenntnisse aus Äußerungen dritter Personen im Prozess gegen den Beschuldigten zu verwerten, wenn diese Erkenntnisse in Zusammenhang mit der Katalogtat des Beschuldigten stehen.<sup>453</sup>

Diese Maßnahme greift in das Fernmeldegeheimnis nach Art. 10 GG und das allgemeine Persönlichkeitsrecht gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ein.<sup>454</sup> Wegen dieser Grundrechtsrelevanz orientieren sich die Vorschriften über Telekommunikationsüberwachung an den Grundsätzen der Rechtsklarheit und Verhältnismäßigkeit.<sup>455</sup> Anders als bei anderen herkömmlichen Zwangsmaßnahmen, wie z.B. Beschlagnahme, werden hier strengere Kriterien angelegt.<sup>456</sup> Außerdem sind beide Vorschriften restriktiv auszulegen.<sup>457</sup>

<sup>449</sup> BayObLG, JR 1983, 124, 125.

<sup>450</sup> *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Rn. 2482a. Ausführlich zu dem Begriff LR-*Hauck*, 26. Aufl., § 100a Rn. 29, 30.

<sup>451</sup> *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Rn. 2482.

<sup>452</sup> *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Rn. 2481a; KK-*Bruns*, § 100a Rn. 6–13; LR-*Hauck*, 26. Aufl., § 100a Rn. 14.

<sup>453</sup> BGHSt 29, 23, 24. Nach dieser Rechtsprechung ist es bei einer Telekommunikationsüberwachung unvermeidbar, einen unbeteiligten Dritten mit abzuhören. Sein Anspruch auf das Fernmeldegeheimnis gemäß Art. 10 GG muss gegenüber den Bedürfnissen einer wirksamen Strafverfolgung und dem öffentlichen Interesse an einer vollständigen Wahrheitsermittlung sowie der Aufrechterhaltung einer funktionstüchtigen Rechtspflege zurücktreten, wenn seine Äußerungen für die Feststellung der verfolgten Katalogtat bedeutsam sind. So auch KK-*Bruns*, § 100a Rn. 63.

<sup>454</sup> *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Rn. 2481.

<sup>455</sup> BGHSt 48, 240, 247.

<sup>456</sup> Für einen Vergleich zwischen Telekommunikationsüberwachung und Beschlagnahme bei BGHSt 33, 347, 352.

<sup>457</sup> BGHSt 48, 240, 247; ebenso *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Rn. 2481a.



Beschränkungen aufgrund eines Zeugnisverweigerungsrechts ergeben sich nur bei Verteidigern, Rechtsanwälten, Geistlichen und Parlamentsabgeordneten; die Überwachung der Telekommunikation zwischen dem Beschuldigten und ihnen ist gemäß § 160a Abs. 1 StPO, bei Verteidigern auch gemäß § 148 StPO,<sup>458</sup> unzulässig. Es besteht ein absolutes und umfassendes Erhebungs- und Verwertungsverbot.<sup>459</sup> Wenn der Verteidiger selbst der Teilnahme an der ermittelten Katalogtat verdächtig ist, kann jedoch die Telekommunikationsüberwachung auch gegen ihn angeordnet werden.<sup>460</sup>

Verwertungsverbote finden sich hier im Wesentlichen in drei Konstellationen, nämlich bei der Anordnung und Durchführung der Telekommunikationsüberwachung (sogleich b), bei Fällen, die den Kernbereich privater Lebensgestaltung beeinträchtigen (c), und bei sogenannten Zufallsfunden (d).

*b) Verstöße gegen Vorschriften über Voraussetzungen,  
Anordnung und Durchführung der Telekommunikationsüberwachung*

Gemäß § 100e Abs. 1 StPO darf eine Telekommunikationsüberwachung nur auf Antrag der Staatsanwaltschaft durch das Gericht angeordnet werden. Bei Gefahr im Verzug kann die Anordnung auch durch die Staatsanwaltschaft erfolgen; allerdings muss dann die Anordnung von dem Gericht binnen drei Werktagen bestätigt werden. Solche Eilmaßnahmen sind in der Praxis eher selten.<sup>461</sup> Die Anordnung ist auf höchstens drei Monate befristet. Jedoch kann diese Überwachung verlängert werden, soweit die Voraussetzungen der Anordnung unter Berücksichtigung der gewonnenen Ermittlungsergebnisse fortbestehen.

---

<sup>458</sup> Vgl. LR-*Hauck*, 26. Aufl., § 100a Rn. 94. Ein Beispielsfall für dieses Überwachungsverbot ist BGHSt 33, 347.

<sup>459</sup> *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Rn. 2489. Hier kommt es zu einer terminologischen Differenzierung zwischen absoluten und relativen Beweisverboten. Absolute Beweisverbote bezeichnen die unabdingbare Unzulässigkeit der Beweise und sind typischerweise vom Gesetzgeber vorgeschrieben, z.B. die Beweisverbote nach § 136a StPO. Die hier behandelte Überwachung der Telekommunikation zwischen dem Beschuldigten und seinem Verteidiger fällt ebenfalls unter die absoluten Beweisverbote. Relative Beweisverbote beziehen sich auf die Zulässigkeit der Beweise allein zu begrenzten Zwecken oder aufgrund bestimmter Vorbedingungen. Hier hängt die Zulässigkeit häufig von der Abwägung unter Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit im Einzelfall ab. Dazu zählt z.B. der sogenannte große Lauschangriff bei Angehörigen des Beschuldigten oder Berufshelfern (siehe unten Erster Teil, II.D.5.a). Zu dieser Terminologie bei der Systematisierung der Beweisverbote *Beling*, S. 4; teilweise auch *Kühne*, Strafprozess, Rn. 907.2 und Rn. 907.3.

<sup>460</sup> BGHSt 33, 347, 348 f.; Meyer-Goßner/*Schmitt*, § 100a Rn. 21. Vgl. auch LR-*Hauck*, 26. Aufl., § 100a Rn. 94.

<sup>461</sup> *Albrecht/Dorsch/Krüpe*, Rechtswirklichkeit und Effizienz der Überwachung der Telekommunikation nach den §§ 100a, 100b StPO und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen, S. 175.

Wenn eine Überwachung ohne richterliche Anordnung nach § 100e StPO durchgeführt<sup>462</sup> oder weder durch einen Richter noch durch die Staatsanwaltschaft, sondern durch die Polizei vorgenommen<sup>463</sup> oder wenn sie unter bewusster Umgehung des Richtervorbehalts<sup>464</sup> angeordnet wird, führt dieser Verstoß gegen die Zuständigkeitsregelung zwangsläufig zum Verwertungsverbot. Der vom Gesetzgeber vorgeschriebene Richtervorbehalt ist wegen des intensiven Eingriffs in die Privatsphäre durch die Telekommunikationsüberwachung im Vergleich zu anderen Zwangsmaßnahmen – z.B. Durchsuchung oder Beschlagnahme – streng zu bewerten, so dass ein hypothetischer Ersatzeingriff bei der Entscheidung über die Verwertbarkeit der durch Verletzung der Zuständigkeitsregelung gewonnenen Beweise irrelevant ist.<sup>465</sup>

Wenn der Anordnung eine wesentliche sachliche Voraussetzung fehlt,<sup>466</sup> z.B. der Tatverdacht keine Katalogtat nach § 100a StPO zum Gegenstand hat,<sup>467</sup> dürfen die hieraus gewonnenen Erkenntnisse nicht verwertet werden, da dies gegen den Grundsatz eines rechtsstaatlichen Verfahrens verstößt.<sup>468</sup> Dasselbe gilt bei Anordnung unter Missachtung des Subsidiaritätsgrundsatzes, welcher bei der Telekommunikationsüberwachung die Forderung nach der Verhältnismäßigkeit erfüllt.<sup>469</sup> Im Antrag der Staatsanwaltschaft und in der Anordnung des Gerichts muss die zu verfolgende Katalogtat nach § 100a StPO genau angegeben werden.<sup>470</sup> Auch muss die Unentbehrlichkeit der Überwachung dargestellt werden.<sup>471</sup>

<sup>462</sup> BGHSt 35, 32, 34.

<sup>463</sup> BGHSt 31, 304, 306; KK-Bruns, § 100a Rn. 53; Meyer-Goßner/Schmitt, § 100a Rn. 35; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 2491.

<sup>464</sup> BGHSt 31, 304, 308; Meyer-Goßner/Schmitt, § 100a Rn. 35.

<sup>465</sup> Vgl. BGHSt 31, 304, 306; KK-Bruns, § 100a Rn. 55.

<sup>466</sup> BGHSt 41, 30, 31; KK-Bruns, § 100a Rn. 52; ausführliche Erörterungen bei LR-Hauck, 26. Aufl., § 100a Rn. 117–129. Allerdings ist nicht zu übersehen, dass die nachträgliche Überprüfung der materiellen Voraussetzungen durch Tatrichter oder Revisionsrichter nur bei willkürlicher oder grober Fehlbeurteilung ein Verwertungsverbot nach sich ziehen könnte, da der zuständigen Behörde bei der Anordnung ein weiter Spielraum zusteht und die Maßnahme nicht auf den zur Zeit ihrer Anordnung bestehenden Grad des Katalogtatverdachts zu überprüfen ist. Dazu Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 36 Rn. 15; KK-Bruns, § 100a Rn. 55; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 2501; BGHSt 41, 30, 31; BGHSt 48, 240, 248; BGHSt 47, 362, 365 f.

<sup>467</sup> BGHSt 32, 68, 70; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 2497a; Meyer-Goßner/Schmitt, § 100a Rn. 35.

<sup>468</sup> BGHSt 41, 30, 31; BGHSt 51, 1, 2.

<sup>469</sup> BGHSt 41, 30, 31; SK-StPO/Wolter/Greco, 5. Aufl., § 100a Rn. 64; KK-Bruns, § 100a Rn. 52; Meyer-Goßner/Schmitt, § 100a Rn. 35a.

<sup>470</sup> Dazu die Beispielsformulare in Albrecht/Dorsch/Krüpe, Rechtswirklichkeit und Effizienz der Überwachung der Telekommunikation nach den §§ 100a, 100b StPO und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen, S. 230, und in Graf, Mustertexte zum Strafprozess, S. 45–47.

<sup>471</sup> Dazu die Beispielsformulare in Albrecht/Dorsch/Krüpe, Rechtswirklichkeit und Effizienz der Überwachung der Telekommunikation nach den §§ 100a, 100b StPO und anderer

Allerdings gilt auch hier der allgemeine Grundsatz, dass nicht jeder Verstoß gegen Beweiserhebungsvorschriften ein strafprozessuales Verwertungsverbot nach sich zieht.<sup>472</sup> Ein Beispiel für einen Fall, in dem kein Verwertungsverbot auszusprechen ist, ist die irrige staatsanwaltschaftliche Annahme von Gefahr im Verzug; anders zu entscheiden ist bei willkürlicher Annahme oder grober Fehlbeurteilung der Eilkompetenz bzw. bei bewusster Umgehung des Richtervorbehalts.<sup>473</sup>

Ein weiteres Beispiel illustriert die Begründung des gerichtlichen Anordnungs- oder Bestätigungsbeschlusses über die Telekommunikationsüberwachung. Der BGH verlangt, dass eine solche Entscheidung zumindest eine knappe Darlegung der den Tatverdacht begründenden Tatsachen und der Beweislage enthält, um die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Maßnahme zu ermöglichen.<sup>474</sup> Fehlt eine solche Begründung, kann dieser Mangel hinsichtlich der Entscheidung allein jedoch nicht zu einem Beweisverwertungsverbot führen.<sup>475</sup> Auch wenn der Richter keine knappe Begründung in der Anordnung oder dem Bestätigungsbeschluss angibt, kann dies nicht bedeuten, dass er keine Überprüfung der Voraussetzungen dieser Maßnahme vorgenommen hat.<sup>476</sup> Der Tatrichter hat in diesem Fall vielmehr den Ermittlungsstand zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Telekommunikationsüberwachung eigenständig zu rekonstruieren und auf dieser Grundlage über die Rechtmäßigkeit dieser Maßnahme zu entscheiden.<sup>477</sup> Eine solche Überprüfung erfolgt im Freibeweisverfahren.<sup>478</sup> Wenn eine Anordnung nur einen lapidaren, relativ inhaltsleeren Hinweis auf nicht näher beschriebene Ergebnisse aus einer anderen Telekommunikationsüberwachung als Begründung angibt, kann dies aufgrund eines

---

verdeckter Ermittlungsmaßnahmen, S. 230, und in *Graf*, Mustertexte zum Strafprozess, S. 45-47.

<sup>472</sup> BGHSt 44, 243, 249; vgl. auch *KK-Bruns*, § 100a Rn. 53.

<sup>473</sup> *KK-Bruns*, § 100a Rn. 52; Meyer-Goßner/*Schmitt*, § 100a Rn. 35; vgl. auch *SK-StPO/Wolter/Greco*, § 100a Rn. 64.

<sup>474</sup> BGHSt 47, 362, 366.

<sup>475</sup> BGHSt 47, 362, 367; BGH, StV 2008, 63, 64; LG Kiel StV 2006, 405, 406; BGH NStZ-RR 2006, 370.

<sup>476</sup> Vgl. die rechtstatsächliche Untersuchung von *Albrecht/Dorsch/Krüpe*, Rechtswirksamkeit und Effizienz der Überwachung der Telekommunikation nach den §§ 100a, 100b StPO und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen, S. 248, 256. Nach dieser Untersuchung (S. 234) gibt es im Wesentlichen drei Arten von richterlichen Begründungen: substantielle Begründungen, formelhafte Begründungen und die Ausfertigung des Beschlusses wie ein staatsanwaltschaftlicher Antrag. Die Untersuchung (S. 246, 249 f. und 253 f.) beschreibt eine vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen der Polizei, der Staatsanwaltschaft und dem Ermittlungsrichter. Auch wenn der Richter keine eigenständigen Begründungen angibt oder die Vorformulierung von Sach- und Fachkundigen übernimmt, heißt dies nicht, dass der Richter den Antrag nicht geprüft hat, sondern dass der Antrag ausreichend begründet war oder die Qualität gestimmt hat (S. 251, 256).

<sup>477</sup> BGHSt 47, 362, 367; BGH, StV 2008, 63, 64; LG Kiel StV 2006, 405, 406; BGH NStZ-RR 2006, 370.

<sup>478</sup> BGH, StV 2008, 63, 65.

zweifelhaften Hinweises und einer unklaren Sachlage zum Beweisverwertungsverbot für die Überwachungsergebnisse führen.<sup>479</sup>

Obwohl eine Fristüberschreitung grundsätzlich zu einem Beweisverwertungsverbot führen kann,<sup>480</sup> gilt dies im Einzelfall ausnahmsweise nicht für geringfügige Fristüberschreitungen.<sup>481</sup> In BGHSt 44, 243 ff. hatte es die Ermittlungsbehörde aus Versehen, und nicht aufgrund fehlerhafter Annahme eigener Kompetenz oder gar willkürlich, unterlassen, rechtzeitig eine Verlängerungsanordnung für eine Überwachung einzuholen. Auf ihren verspäteten Antrag hin hat das Gericht jedoch die Maßnahme verlängert. In Anbetracht dessen, dass die materiellen Eingriffsvoraussetzungen sowohl vor als auch nach dem fraglichen Zeitraum vom Richter geprüft und bejaht worden sind, also der Fehler versehentlich passierte, ist der Verstoß aus Sicht des BGH so gemindert, dass dem im Rechtsstaat wichtigen Allgemeininteresse an der Tataufklärung und gerechten Ahnung schwerwiegender Taten, vorliegend des schweren Bandendiebstahls in Tateinheit mit Vorbereitung eines Explosionsverbrechens, Vorrang im Sinne der Verwertbarkeit der Beweise zukommen muss.<sup>482</sup> Der BGH hat hier unter Berücksichtigung der Schwere des Verfahrensverstößes eine Interessenabwägung zur Bestimmung der Verwertbarkeit vorgenommen. Bei der Abwägung muss die Verwertung der erlangten Erkenntnisse in einem angemessenen Verhältnis zum Gesetzesverstoß stehen.<sup>483</sup>

Somit zeigt sich in der Rechtsprechung, dass im Falle von Rechtsverletzungen bei der Anordnung sowie Durchführung einer Telekommunikationsüberwachung die Verwertbarkeit der dadurch erlangten Erkenntnisse wesentlich im Wege der Interessenabwägung zu bestimmen ist. Dasselbe gilt bei einer mittels Täuschung vorgenommenen Telekommunikationsüberwachung. In BGHSt 31, 304 ff. geht es um eine Überwachung der Telekommunikation zwischen einem V-Mann und einem Beschuldigten. Der V-Mann hatte, wie er dem um seine Hilfe bittenden Beschuldigten versprochen hatte, beim Einschmuggeln einer großen Menge Rauschgift nach Deutschland geholfen. Während des Einschmuggelns rief der V-Mann zweimal vom Polizeipräsidium aus den Beschuldigten an, wobei die Telefongespräche ohne richterliche Anordnung aufgezeichnet wurden. Der BGH hat hier anerkannt, dass der Beschuldigte gezielt von dem V-Mann der Polizei mit deren Billigung und unter deren Mitwirkung angerufen und sein Vertrauen zu dem V-Mann zum Führen der Gespräche über seine Tat ausgenutzt wurde, damit die Gespräche aufgenommen und später gegen ihn verwendet werden konnten.<sup>484</sup>

<sup>479</sup> LG Kiel StV 2006, 405, 406.

<sup>480</sup> KK-Bruns, § 100a Rn. 53; vgl. auch KK-Bruns, § 100d Rn. 36.

<sup>481</sup> SK-StPO/Wolter/Greco, 5. Aufl., § 100a Rn. 65; § 100b Rn. 37.

<sup>482</sup> BGHSt 44, 243, 250.

<sup>483</sup> SK-StPO/Wolter/Greco, 5. Aufl., § 100a Rn. 65.

<sup>484</sup> BGHSt 31, 304, 308.

Diese durch Täuschung bewirkte Provokation der selbstbelastenden Gespräche stellt in Verbindung mit der Umgehung des Richtervorbehalts insgesamt einen so schwerwiegenden Verfahrensverstoß dar, dass dies mit dem Grundsatz eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens unvereinbar ist und das gewonnene Ergebnis folglich unverwertbar sein muss.<sup>485</sup> Der Grundsatz, keine Wahrheitserforschung um jeden Preis zu betreiben, gilt auch hier; obwohl es sich um ein wichtiges Beweismittel zur Aufklärung handeln könnte, muss die Unbrauchbarkeit des Beweismittels im Interesse eines rechtsstaatlichen Verfahrens hingenommen werden.<sup>486</sup> Das Interesse an einer wirksamen Strafrechtspflege tritt bei einer solchen Erwägung zurück. Dieser Fall entspricht auch den Eigenschaften der Hörfälle, die im Rahmen der verbotenen Vernehmungsmethoden oben II.B.3.b)bb) bereits diskutiert wurde. Die oben erörterte Hörfälle umfasst sowohl das Abhören mit Hilfe eines Zweithörers als auch das Abhören am selben Telefonhörer. Die dort gezogenen rechtsstaatlichen Grenzen sind in diesem Fall ebenfalls überschritten.

Wird nach der Telekommunikationsüberwachung festgestellt, dass sich die Anordnung wegen einer falschen rechtlichen Bewertung nicht auf den Verdacht einer Katalogtat stützte, ist ein solcher Rechtsverstoß aber grundsätzlich heilbar; es wird kein Verwertungsverbot für die hieraus gewonnenen Erkenntnisse angenommen, wenn die zum Zeitpunkt der Anordnung bestehende Beweislage den Verdacht einer anderen Katalogtat des § 100a StPO gerechtfertigt hätte.<sup>487</sup> Hierbei hat der Gedanke des hypothetischen Ermittlungsverlaufs eine Rolle gespielt. Soweit sich der Verdacht auf denselben Lebenssachverhalt bezieht, würde die Änderung somit der rechtlichen Grundlage für die Telekommunikationsüberwachung, etwa aufgrund einer abweichenden rechtlichen Bewertung des Verdachts, kein völlig anderes Gepräge geben.<sup>488</sup> In *casu* hätte eine Telekommunikationsüberwachung auch aufgrund der anderen rechtlichen Bewertung angeordnet werden können.

---

<sup>485</sup> BGHSt 31, 304, 308.

<sup>486</sup> BGHSt 31, 304, 309.

<sup>487</sup> BGHSt 48, 240. In diesem Fall wurde die Telekommunikationsüberwachung wegen „Geldwäsche“ angeordnet, welche aber später nicht als Geldwäsche im Sinne des § 100a StPO beurteilt wurde. Jedoch hat der BGH aufgrund der damaligen Beweislage den Verdacht auf Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung nach § 129 StGB (Katalogtat gemäß § 100a Abs. 2 Nr. 1 Buchst. d) StPO) zur Rechtfertigung der Verwertung der Erkenntnisse festgestellt. Diese Entscheidung wird von *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 36 Rn. 22, dahingehend kritisiert, dass die vom Ermittlungsrichter tatsächlich nicht benutzte Verdachtsgrundlage nicht durch eine fiktive Prüfung späterer Instanzen substituiert werden kann.

<sup>488</sup> BGHSt 48, 240, 249 f. Vgl. auch BGH NStZ-RR, 2006, 370, 371; BGH StV 1998, 247 f.

c) *Eingriffe in den Kernbereich privater Lebensgestaltung*

aa) *Absolutes Erhebungs- und Verwertungsverbot aufgrund der Eingriffe in den Kernbereich privater Lebensgestaltung*

Würden durch eine Telekommunikationsüberwachung allein Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt, wäre die Maßnahme nach § 100d Abs. 1 StPO unzulässig. Die dadurch gewonnenen Erkenntnisse dürften weder im Hauptverfahren verwertet noch als Anlass (Spurenansatz) zu weiteren Ermittlungen verwendet werden.<sup>489</sup> Der Kernbereich privater Lebensgestaltung, abgeleitet aus Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG, umfasst die Intimsphäre als erste Stufe der Dreistufentheorie. Dabei bezieht sich der Kernbereich privater Lebensgestaltung bei der Telekommunikationsüberwachung auf die höchstpersönliche Kommunikation. Was genau diesem Kernbereich angehört, hängt laut Bundesverfassungsgericht davon ab, in welcher Art und Intensität die Kommunikation aus sich heraus die Sphäre anderer oder die Belange der Gemeinschaft berührt.<sup>490</sup> Nicht zu dem Kernbereich gehören Kommunikationsinhalte, die in unmittelbarem Bezug zu konkreten strafbaren Handlungen stehen, wie etwa Angaben über die Planung bevorstehender oder Berichte über begangene Straftaten.<sup>491</sup>

Zur kernbereichsbezogenen Kommunikation gehören Gespräche zwischen Personen des höchstpersönlichen Vertrauensbereichs,<sup>492</sup> etwa höchstpersönliche Gespräche mit nächsten Familienangehörigen,<sup>493</sup> seelsorgerliche Gespräche,<sup>494</sup> Gespräche mit Strafverteidigern oder im Einzelfall mit Ärzten,<sup>495</sup> unter Umständen auch Gespräche mit einem engen Freund.<sup>496</sup> Dazu ist anzumerken, dass sich der vom Kernbereich betroffene Personenkreis nur teilweise mit den Zeugnisverweigerungsberechtigten aus familiären und beruflichen Gründen gemäß §§ 52, 53 und 53a StPO deckt.<sup>497</sup> Der Gesetzgeber hat den Personenkreis, bei dem eine Vermutung kernbereichsrelevanter Gespräche besteht, weder normiert noch auf Zeugnis-

<sup>489</sup> Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 2500b; SK-StPO/Wolter/Greco, 5. Aufl., § 100a Rn. 63; LR-Hauck, 26. Aufl., § 100a Rn. 153; LG Ulm StV 2006, 8, 9.

<sup>490</sup> BVerfG NJW 2005, 2603, 2612.

<sup>491</sup> BVerfG NJW 2005, 2603, 2612.

<sup>492</sup> Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 2488. Vgl. auch BVerfGE 109, 276, 322; LR-Hauck, 26. Aufl., § 100a Rn. 135.

<sup>493</sup> Meyer-Goßner/Schmitt, § 100d Rn. 5a; SK-StPO/Wolter/Greco, 5. Aufl., § 100a Rn. 55. Vgl. auch BVerfGE 109, 276, 317.

<sup>494</sup> Meyer-Goßner/Schmitt, § 100d Rn. 5a. Vgl. auch BVerfGE 109, 276, 317.

<sup>495</sup> Meyer-Goßner/Schmitt, § 100d Rn. 5a. Vgl. auch BVerfGE 109, 276, 322 f.

<sup>496</sup> SK-StPO/Wolter/Greco, 5. Aufl., § 100a Rn. 55; Wolter, GA 2007, 196. Vgl. auch BVerfGE 109, 276, 322.

<sup>497</sup> BVerfG NJW 2007, 2753, 2756; BVerfGE 109, 276, 322.

verweigerungsberechtigte beschränkt.<sup>498</sup> Vielmehr wurde die Bestimmung dieses Personenkreises offengelassen, bleibt also der Auslegung zugänglich.<sup>499</sup>

Die aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung folgenden Abhörverbote und die Zeugnisverweigerungsrechte schützen unterschiedliche Interessen. Während der Kernbereich hier dem Schutz des Vertrauensverhältnisses dient, welches zur Wahrung der Menschenwürde beiträgt, dienen die Zeugnisverweigerungsrechte nach § 52 StPO dem Schutz des Verwandtschaftsverhältnisses.<sup>500</sup> Einige Zeugnisverweigerungsrechte nach § 53 StPO schützen zwar ebenfalls das Vertrauensverhältnis, die anderen verfolgen aber andere Zwecke, z.B. schützen die Zeugnisverweigerungsrechte der Presseangehörigen und der Parlamentsabgeordneten die Funktionsfähigkeit der jeweiligen Institutionen.<sup>501</sup> Entsprechendes gilt bei den Zeugnisverweigerungsrechten aus beruflichen Gründen nach § 53a StPO. Darüber hinaus gelten hier, auch beim sogenannten großen Lauschangriff nach § 100c StPO, der Kernbereichsschutz und der Zeugnisverweigerungsrechtsschutz unabhängig voneinander.<sup>502</sup> Ersterer wurzelt in Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG, der Zweite ist als Prozessgrundrecht grundsätzlich bei Art. 19 Abs. 2 GG angesiedelt.<sup>503</sup>

#### bb) Kritische Würdigung

Die 2017 neu erlassenen Regelungen des § 100d Abs. 1 und Abs. 2 StPO bezüglich des Schutzes des Kernbereichs im Rahmen der Telekommunikationsüberwachung sind inhaltlich gegenüber den alten Vorschriften kaum geändert, und daher bleiben die Vorschriften nach wie vor nicht unproblematisch.

Zum einen wird kritisiert, dass § 100d Abs. 1 StPO in der Praxis kaum anwendbar<sup>504</sup> und nur symbolisch oder gar überflüssig<sup>505</sup> ist. Nach § 100d Abs. 1 StPO entsteht ein Überwachungsverbot erst, wenn tatsächliche Anhaltspunkte für die Annahme vorliegen, dass durch eine Überwachung allein Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt würden. Solche Anhaltspunkte sind aber in der Praxis kaum zu finden. Auch in einem höchstpersönlichen Gespräch kann über Nichthöchstpersönliches geredet werden. Außerdem setzt die Telekommunikationsüberwachung voraus, dass mittels dieser Maßnahme der Sachverhalt einer schweren Straftat nach § 100a Abs. 2 StPO aufzuklären ist; wenn anzunehmen ist, dass bei dieser Maßnahme „allein“ Erkenntnisse aus dem Kernbereich er-

---

<sup>498</sup> BVerfG NJW 2007, 2753, 2756.

<sup>499</sup> BVerfG NJW 2007, 2753, 2756.

<sup>500</sup> BVerfGE 109, 276, 322.

<sup>501</sup> BVerfGE 109, 276, 322 f.

<sup>502</sup> SK-StPO/Wolter/Greco, 5. Aufl., § 100a Rn. 55.

<sup>503</sup> SK-StPO/Wolter/Greco, 5. Aufl., § 100a Rn. 55.

<sup>504</sup> Wolter, GA 2007, 196 f.; LR-Hauck, 26. Aufl., § 100a Rn. 132 m.w.N.

<sup>505</sup> SK-StPO/Wolter/Greco, 5. Aufl., § 100a Rn. 57; Rogall, FS für Fezer, S. 81.

langt werden, trifft die Voraussetzung nach Ansicht *Rogalls* nicht zu, und das Überwachungsverbot ist in diesem Gesetzeskontext eine überflüssige Verlautbarung von Selbstverständlichkeiten.<sup>506</sup>

In der Literatur wird vorgeschlagen, dass die Überwachung bei tatsächlichen Anhaltspunkten für die Annahme, dass ein Zugriff auf die Telekommunikation Inhalte des Kernbereichs erfasst, zu unterbleiben hat, statt dass sie nur zu unterbleiben hat, wenn die Überwachung allein Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt.<sup>507</sup> Für ein „Mischgespräch“ sollte nach diesem Vorschlag ein Überwachungsverbot sowie ein Verwertungsverbot bezüglich der betroffenen Kommunikationsteile angenommen werden, wenn zu einem späteren Zeitpunkt die Kernbereichsrelevanz festgestellt wird.<sup>508</sup> Grundsätzlich sind diese Vorschläge zu begrüßen. Allerdings setzt die Umsetzung dieser Vorschläge in die Praxis in Fällen der Mischgespräche voraus, dass die Überwachung unabhängig von der ersten Feststellung über die Kernbereichsrelevanz zunächst überhaupt vorgenommen und unter bestimmten Bedingungen später unterbrochen und fortgesetzt wird.

In Bezug auf die Unterbrechung und die Fortsetzung schreibt der Gesetzgeber in § 100d Abs. 4 StPO im Rahmen des sogenannten großen Lauschangriffs vor, dass die Überwachung nach Unterbrechung wegen der Erfassung der Kommunikation aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung fortgesetzt werden darf, wenn aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass durch die Überwachung solche Kommunikation nicht erfasst wird. Für die Telekommunikationsüberwachung gibt es leider noch keine Regelung über Unterbrechung und Fortsetzung der Überwachung.

Zum anderen gibt § 100d Abs. 1 und Abs. 2 StPO keine Antwort darauf, wie ein Mischgespräch behandelt werden soll und ob dieses verwertet werden kann.<sup>509</sup> Immerhin hat das BVerfG erkannt, dass die Telekommunikationsüberwachung auch Kommunikationen aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erfassen könnte, da der Inhalt der Gespräche nicht mit Sicherheit vorhersehbar ist.<sup>510</sup> Falls das gesamte Mischgespräch verwertbar wäre, würde der Kernbereich privater Lebensgestaltung verletzt, was nicht Recht und Gesetz entspräche. Ein durch das Lösungsgebote nach § 100d Abs. 2 Satz 2 StPO begründetes teilweises Erhebungsverbot bzw. Verwertungsverbot wird ebenfalls nicht befürwortet. Wenn die Kernbereichsteile bei der Gesprächsüberwachung ausgesondert werden, kann dies dazu führen, dass verwertbare Gesprächsteile aus sich heraus nicht mehr verständ-

---

<sup>506</sup> *Rogall*, FS für Fezer, S. 81.

<sup>507</sup> SK-StPO/*Wolter/Greco*, 5. Aufl., § 100a Rn. 57.

<sup>508</sup> SK-StPO/*Wolter/Greco*, 5. Aufl., § 100a Rn. 57.

<sup>509</sup> So auch beim sogenannten großen Lauschangriff nach § 100c StPO. Vgl. auch SK-StPO/*Wolter*, 5. Aufl., § 100c Rn. 58.

<sup>510</sup> BVerfG NJW 2005, 2603, 2612.



lich sind.<sup>511</sup> Dass der Gesamtzusammenhang verstanden wird, kann auch im Interesse des Beschuldigten liegen, der anhand der Gesamtbewertung aufzeigen kann, dass ihn das Gespräch in Wirklichkeit entlastet.<sup>512</sup> In einem solchen Fall könnten die Kernbereichsteile auch für den Prozess nützlich sein. Im Einzelfall kann es daher für die Kernbereichsteile im Mischgespräch keine absolute Antwort darauf geben, ob sie auszuschließen sind oder nicht.

Im Zusammenhang mit dem oben erwähnten teilweisen Verwertungsverbot wird darüber hinaus kritisiert, dass somit dem Staat zunächst gestattet wird, in den Kernbereich einzugreifen, und dass das Gesetz dann einen notwendigen Reparaturbetrieb auf Verwertungsebene vorsieht.<sup>513</sup>

### cc) Beispielfall

Einen illustrativen Fall zum Erhebungsverbot bzw. Verwertungsverbot wegen Eingriffs in den Kernbereich privater Lebensgestaltung behandelt LG Ulm, StV 2006, 8 f.: Die Staatsanwaltschaft beantragt aufgrund der Erkenntnisse aus vorgenommenen Telekommunikationsüberwachungen, gegen die Schwester und einen Bekannten des Beschuldigten eine Telekommunikationsüberwachung anzuordnen, da die Staatsanwaltschaft die Schwester und den Bekannten des Beschuldigten als Nachrichtenmittler ansieht. Das LG Ulm lehnt diese Überwachung ab und betont, dass im Hinblick auf die Anordnung der Schutz der betroffenen Grundrechte dritter Personen gewährleistet werden muss und ihre vertrauliche Kommunikation nicht übermäßig beeinträchtigt werden darf.<sup>514</sup> Nur Anrufe des Beschuldigten an oder von den beiden betroffenen Anschlüssen dürften überwacht werden.<sup>515</sup> Bei erkennbaren Telefonkontakten dritter Personen untereinander ist die Überwachung ohne Aufzeichnung zur Wahrung der Grundrechte dieser Personen sofort abzubrechen.<sup>516</sup> Wenn sich im Verlauf der Überwachungsmaßnahme ergibt, dass der Gesprächspartner keinen Bezug zu dem Beschuldigten hat, ist die Überwachung ebenfalls sofort einzustellen.<sup>517</sup> In diesem Fall hat das LG Ulm einerseits das öffentliche Interesse an effektiver Strafverfolgung der besonders schweren Straftat des Banküberfalls und andererseits den Grundrechtsschutz Dritter berücksichtigt, zumal auch in die Abwägung einbezogen wurde, dass anhand des Ermittlungsstands kein Zusammenhang zwischen den Anschlussbenutzern und der Tat anzunehmen ist.<sup>518</sup>

---

<sup>511</sup> KK-Bruns, § 100a Rn. 39.

<sup>512</sup> KK-Bruns, § 100a Rn. 39.

<sup>513</sup> Roggan, StV 2011, 764; ders., HRRS 2013, 156.

<sup>514</sup> LG Ulm, StV 2006, 8, 9.

<sup>515</sup> LG Ulm, StV 2006, 8, 9.

<sup>516</sup> LG Ulm, StV 2006, 8, 9.

<sup>517</sup> LG Ulm, StV 2006, 8, 9.

<sup>518</sup> LG Ulm, StV 2006, 8, 9.

Das Gericht ist zu dem Ergebnis gekommen, dass die Überwachung im Hinblick auf die berührten Grundrechtspositionen Dritter aufgrund der Verhältnismäßigkeit nicht gerechtfertigt sein kann.<sup>519</sup> Außerdem bemerkte das LG Ulm, dass die Staatsanwaltschaft nicht klar dargelegt habe, warum im Hinblick auf die Schwere des Vorwurfs die ausgesprochene Anordnung verhältnismäßig war.<sup>520</sup> Zwar wurde die Formulierung „Kernbereich privater Lebensgestaltung“ nicht benutzt und das Gericht erkannte hauptsächlich im Wege der Interessenabwägung unter Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit auf Unzulässigkeit der Telekommunikationsüberwachung. Jedoch hat das Landgericht gemäß den Kriterien der Dreistufentheorie geprüft und folglich den Schutz der Grundrechte der Dritten bei der Telekommunikationsüberwachung durch Abbruch und Einstellung der Maßnahme realisiert.

*d) Beweisverwertungsverbote bei Zufallsfunden*

aa) Grundsatz nach § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO

Da die Telekommunikationsüberwachung in Grundrechte eingreifen kann, hat das Gesetz – wie schon erwähnt – den besonderen Anwendungsbereich dieser Maßnahme vorgeschrieben und eine restriktive Auslegung verlangt, so dass sich der Grundrechtseingriff durch Telekommunikationsüberwachung auf das Notwendige beschränken muss.<sup>521</sup> Eine verfahrenübergreifende Verwertung ist ebenfalls zu beschränken,<sup>522</sup> wodurch es sich verbietet, bei einer zulässigen Telekommunikationsüberwachung zufällig gefundenes Material ohne Weiteres zu verwerten. Allerdings darf ein Zufallsfund unter den Bedingungen des § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO verwertet werden, der generell für Erkenntnisse aus den nur bei Katalogtaten zulässigen Maßnahmen gültig ist. Bei einer Telekommunikationsüberwachung bedeutet diese Vorschrift, dass die dadurch erlangten personenbezogenen Daten ohne Einwilligung des Betroffenen zu Beweis Zwecken in anderen Verfahren nur verwendet werden dürfen, wenn zur Aufklärung einer Katalogtat nach § 100a StPO eine Telekommunikationsüberwachung hätte angeordnet werden dürfen. Dieser dem Schutz des Grundrechts nach Art. 10 GG dienenden<sup>523</sup> Vorschrift liegt der Gedanke des hypothetischen Ersatzeingriffs zugrunde.<sup>524</sup> Dies bedeutet, dass die aus eingriffsinintensiven Überwachungs- und Ermittlungsmaßnahmen erlangten Daten nach verfassungsrechtlichen Maßstäben neu auch für den geänderten Zweck mit vergleichbar

<sup>519</sup> LG Ulm, StV 2006, 8, 9.

<sup>520</sup> LG Ulm, StV 2006, 8, 9.

<sup>521</sup> Vgl. BGHSt 26, 298, 304.

<sup>522</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, § 477 Rn. 5.

<sup>523</sup> BVerfG NJW 2005, 2766.

<sup>524</sup> Meyer-Goßner/Schmitt, § 477 Rn. 5; KK-Bruns, § 100a Rn. 56; LR-Hilger, 26. Aufl., § 477 Rn. 8; vgl. auch SK-StPO/Wefßlau, 4. Aufl., § 477 Rn. 22.

schwerwiegenden Mitteln erhoben werden dürften.<sup>525</sup> Ein naheliegendes Beispiel für die Verwertbarkeit solcher Zufallsfunde bietet der Fall, dass bei einer Telekommunikationsüberwachung eine andere Katalogtat des Beschuldigten als diejenige, die die Telekommunikationsüberwachung veranlasst hat, zur Kenntnis der Ermittlungsbehörde gelangt.<sup>526</sup> Wird während der Telekommunikationsüberwachung zufällig eine Katalogtat eines Dritten entdeckt – und dies gilt besonders, wenn diese Katalogtat des Dritten im Zusammenhang mit dem Anlass der Anordnung steht –,<sup>527</sup> fällt auch dies unter die verwertbaren Zufallsfunde im Sinne von § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO.<sup>528</sup>

Außerhalb der Konstellationen des § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO, also bei solchen Zufallserkenntnissen, die keine Katalogtat betreffen, dürfen die Zufallsfunde grundsätzlich nicht zum Nachweis der Nichtkatalogtat verwertet werden.<sup>529</sup> Das gilt sowohl für eine zufällig entdeckte Nichtkatalogtat des Beschuldigten, gegen den die Anlassüberwachung zulässig angeordnet worden ist, als auch für eine zufällig gefundene Nichtkatalogtat eines Dritten. Das Verwertungsverbot erstreckt sich auch auf Aussagen des Beschuldigten oder des Dritten, die sie unter dem Einfluss des Vorhalts dieser Zufallserkenntnisse gemacht haben.<sup>530</sup> Allerdings ist dies vom Sachverhalt her dem Problem der Fernwirkung zuzuordnen.<sup>531</sup>

---

<sup>525</sup> 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, Rn. 287. In diesem Urteil hat das Bundesverfassungsgericht die Übermittlung der aus den heimlichen Überwachungsmaßnahmen gewonnenen Daten an andere Behörden zur Aufdeckung von vergleichbar gewichtigen Straftaten oder zur Abwehr von zumindest auf mittlere Sicht drohenden Gefahren für vergleichbar gewichtige Rechtsgüter wie die, zu deren Schutz die entsprechende Datenerhebung zulässig ist, für verfassungsmäßig erklärt. Bei solch einer Datenübermittlung wird nach dem Bundesverfassungsgericht der hypothetische Ersatzeingriff allerdings behutsam eingeschränkt, indem einerseits nicht alle Einzelanforderungen, die für die Datenerhebung erforderlich sind, in gleicher Detailliertheit für die Datenübermittlung gelten und andererseits konkrete Ermittlungsansätze zur Aufdeckung der oben genannten Straftaten oder zur Abwehr der oben genannten Gefahren sich im Einzelfall aus den zu übermittelnden Daten ergeben müssen. Es geht hier um die Datenübermittlung für präventive Maßnahmen. Ob dies auf Maßnahmen zu repressiven Zwecken übertragbar ist, stellt ein Problem dar, das noch zu erörtern ist.

<sup>526</sup> Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 2498; Meyer-Goßner/Schmitt, § 477 Rn. 6; LR-Hilger, 26. Aufl., § 477 Rn. 8a.

<sup>527</sup> Z.B. BGHSt 32, 10, 15; BGH NJW 1979, 1370, 1371.

<sup>528</sup> Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 2499; Meyer-Goßner/Schmitt, § 477 Rn. 7; LR-Hilger, 26. Aufl., § 477 Rn. 8b.

<sup>529</sup> BGH StV 1998, 247, 248. Vgl. auch Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 2498 und 2499; Meyer-Goßner/Schmitt, § 477 Rn. 6, 7.

<sup>530</sup> BGHSt 27, 355; OLG Karlsruhe, NJW 2004, 2687. Vgl. auch LR-Hilger, 26. Aufl., § 477 Rn. 8a.

<sup>531</sup> KK-Bruns, § 100a Rn. 67.

bb) Ausnahmen zum Grundsatz nach § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO  
und Spurenansatz

Diese anhand des § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO gezogenen Grenzen zwischen Verwertbarkeit und Unverwertbarkeit von Zufallsfunden bei der Telekommunikationsüberwachung gelten allerdings nicht für jeden Fall. Es gibt folgende Ausnahmen:

Zufallserkenntnisse aus rechtmäßiger Telekommunikationsüberwachung dürfen zum Beweis einer Nichtkatalogtat verwertet werden, wenn diese einen engen Bezug zu der die Telekommunikationsüberwachung veranlassenden Katalogtat hat, beispielsweise, dass eine andere Begehungsform der Katalogtat oder Tateinheit vorliegt oder dass ein solcher Zusammenhang mit der Katalogtat besteht, dass Tatidentität im Sinne von § 264 StPO anzunehmen ist.<sup>532</sup> Dabei ist häufig zu überprüfen, ob die Zufallsfunde im Zusammenhang mit der Anlasskatalogtat stehen.<sup>533</sup> Es lassen sich zwei Konstellationen unterscheiden: Zufallserkenntnisse über eine Nichtkatalogtat eines Dritten und Zufallserkenntnisse über eine Nichtkatalogtat des Beschuldigten.

Besteht ein Zusammenhang zwischen den Zufallserkenntnissen über eine Nichtkatalogtat und der Anlasskatalogtat, dürfen solche Erkenntnisse gegen einen Dritten zum Beweis dieser Nichtkatalogtat verwertet werden. Die Rechtsprechung hat entsprechend begründet, dass in einem solchen Fall der Dritte auch selbst rechtmäßig überwacht werden könnte und die dadurch gewonnenen Erkenntnisse gegen ihn unmittelbar verwertet werden dürften.<sup>534</sup> Es verbirgt sich hier ein hypothetischer Ersatzeingriff. Positive Entscheidungen über das Bestehen eines solchen Zusammenhangs sind in der Rechtsprechung selten. Ein derartiger Zusammenhang besteht allerdings nicht bei den Anschlussdelikten zu einer Katalogtat, die nicht in § 100a StPO als Katalogtaten bezeichnet sind. Beispielsweise dürfen Zufallserkenntnisse über den Erwerb von Betäubungsmitteln bei einem überwachten Rauschgiftändler<sup>535</sup> oder über den Absatz von Waren, die von einer überwachten kriminellen Vereinigung beschafft wurden,<sup>536</sup> gegen einen Dritten wegen fehlenden Zusammenhangs mit der Anlasstat nicht verwertet werden. Ein weiteres Beispiel für das Nichtbestehen dieses Zusammenhangs ist, dass in einem Erpressungsfall ein Anwalt infolge eines Telefongesprächs mit anderen Personen als dem Beschuldigten, die aber den überwachten Telefonanschluss benutzten, der Begünstigung und

---

<sup>532</sup> BGH StV 1998, 247, 248.

<sup>533</sup> BGHSt 26, 298; BGH StV 2001, 388; BayObLG JR 1983, 124; BGH StV 1998, 247, 248; BGHSt 29, 23; LR-*Hilger*, 26. Aufl., § 477 Rn. 8a.

<sup>534</sup> BGHSt 26, 298, 302.

<sup>535</sup> BayObLG JR 1983, 124, 125; KK-*Bruns*, § 100a Rn. 63.

<sup>536</sup> OLG Düsseldorf StV 2001, 388; vgl. auch KK-*Bruns*, § 100a Rn. 63.

Hehlerei verdächtigt wurde.<sup>537</sup> Auch in diesem Fall sind die Zufallserkenntnisse gegen den Anwalt unverwertbar.

Entsprechendes gilt bei dem einer Nichtkatalogtat Beschuldigten, wenn die Zufallserkenntnisse in keinem Zusammenhang mit der Tat stehen, wegen der die Telekommunikationsüberwachung angeordnet wird.<sup>538</sup> Besteht ein solcher Zusammenhang, dürfen die Zufallserkenntnisse gegen den Beschuldigten dagegen verwertet werden.

Eine weitere Ausnahme zu dem Grundsatz aus § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO gibt es bei den im Zusammenhang mit der Katalogtat des § 129 StGB – Bildung einer kriminellen Vereinigung – stehenden Taten. Die Straftaten, die den Zweck und die Tätigkeit der kriminellen Vereinigung bilden, stehen im Zusammenhang mit der Katalogtat des § 129 StGB;<sup>539</sup> mit anderen Worten: Sie sind im Rahmen einer kriminellen Vereinigung begangen worden.<sup>540</sup> Die Erkenntnisse aus der Telekommunikationsüberwachung wegen der Straftat gemäß § 129 StGB können auch zum Nachweis solcher im Zusammenhang mit der kriminellen Vereinigung stehender Straftaten verwertet werden, und zwar unabhängig davon, ob das Vergehen nach § 129 StGB nachgewiesen werden kann<sup>541</sup> oder ob Anklage nach dieser Vorschrift erhoben wird.<sup>542</sup> Dazu wird in der Literatur vertreten, dies gehe zu weit und ermögliche es, Beschuldigungen nach § 129 StGB zu konstruieren, um dadurch Delikte ausforschen zu können, deren Ermittlung eine Telekommunikationsüberwachung nach dem Gesetz nicht leisten könne.<sup>543</sup> Das BVerfG hat schon in BVerfG NStZ 1988, 32 f. zu einer ähnlichen Konstellation ausgeführt, dass der nachträgliche Wegfall des ursprünglichen Katalogtatverdachts nicht zur Unverwertbarkeit der Erkenntnisse führt, wenn diese rechtmäßig durch Überwachung erlangt worden sind. Begründet wird dies damit, dass durch die Verwertung der gewonnenen Erkenntnisse das Fernmeldegeheimnis der rechtsstaatlich gebotenen Wahrheitserforschungspflicht

---

<sup>537</sup> BGHSt 26, 298, 300.

<sup>538</sup> BGH StV 1998, 247, 248. In diesem Fall wurde gegen den Beschuldigten zuerst wegen des Verdachts des bandenmäßigen Handels mit Betäubungsmitteln eine Telekommunikationsüberwachung angeordnet, später wurde der Verdacht um die Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung ergänzt. Anhand der während der Überwachung erlangten Erkenntnis, dass der Beschuldigte „Chef der Ch.-Bar“ war, wurde er wegen Menschenhandels in Tateinheit mit Zuhälterei angeklagt, und das Tatgericht hat im Wesentlichen aufgrund dieser Erkenntnis die Überzeugung über den Vorwurf gewonnen. Der BGH sah aber, dass die Zufallserkenntnisse zur angeklagten Tat in keinem Zusammenhang mit Katalogtaten standen.

<sup>539</sup> BGHSt 28, 122, 122 und 128; ähnlich OLG Düsseldorf StV 2001, 388; BGH StV 1998, 247, 248; KK-Bruns, § 100a Rn. 61.

<sup>540</sup> BGHSt 28, 122, 127.

<sup>541</sup> BGHSt 28, 122, 127. Kritisch Küpper, JZ 1990, 422 f.

<sup>542</sup> BGHSt 28, 122, 129; KK-Bruns, § 100a Rn. 61.

<sup>543</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 36 Rn. 21.

nicht entgegensteht.<sup>544</sup> Dadurch werden die Bedürfnisse einer wirksamen Strafverfolgung und ein öffentliches Interesse an der Ermittlung und Aufklärung schwerer Straftaten betont.<sup>545</sup>

Ferner ist der sogenannte Spurenansatz im Rahmen der Zufallsfunde erwähnenswert. Zufallserkenntnisse, die aus einer rechtmäßigen Telefonüberwachung stammen, sind zwar aufgrund der bisher genannten Grundsätze nicht zu Beweis Zwecken verwertbar, sofern diese Zufallserkenntnisse sich weder auf eine Katalogtat beziehen noch auf eine mit der Anlasstat in Zusammenhang stehende Straftat. Soweit sie nicht die absoluten Verwertungsverbote wegen Eingriffs in den Kernbereich oder wegen der besonderen Personengruppen nach § 160a Abs. 1 StPO betreffen,<sup>546</sup> können diese Zufallserkenntnisse aber als Spurenansatz zur Einleitung weiterer Ermittlungen der zufällig entdeckten Straftat verwendet werden.<sup>547</sup> Der Spurenansatz gehört von seinem Sachverhalt her zum Thema Fernwirkung, das an späterer Stelle diskutiert wird.<sup>548</sup> Die deutsche Rechtsprechung lehnt die Fernwirkung grundsätzlich ab und verwendet den nicht zu Beweis Zwecken verwertbaren Spurenansatz zur Einleitung weiterer Ermittlungen. Nach Ansicht des BVerfG ist hier einerseits der Schutz des Grundrechts nach Art. 10 GG zu berücksichtigen, indem weitergehende Ermittlungen nur in solchen Fällen für zulässig gehalten werden, in denen die Maßnahme nach § 100a StPO rechtmäßig war; andererseits ist das Interesse an einer wirksamen Strafrechtspflege zu wahren.<sup>549</sup> Da die ursprüngliche Telekommunikationsüberwachung rechtmäßig war, wird nach dem BVerfG das Grundrecht nach Art. 10 GG bei weitergehenden Ermittlungen anhand des Spurenansatzes ausreichend geschützt. Ein Präventionseffekt, der zukünftiges fehlerhaftes behördliches Vorgehen verhindert, könne hier ohnehin nicht erreicht werden, weil die Überwachungsanordnung an sich nicht zu beanstanden ist.<sup>550</sup> Daher gebührt dem Interesse an einer wirksamen Strafrechtspflege Vorrang.

Mit Blick auf den verwendbaren Spurenansatz aus Zufallsfunden und die hier dargestellten Ausnahmen zu dem Grundsatz aus § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO wird in der Literatur kritisiert, dass der strenge Grundsatz aus § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO in der Rechtsprechung stark ausgehöhlt worden sei.<sup>551</sup>

---

<sup>544</sup> BVerfG NSTZ 1988, 32, 33.

<sup>545</sup> BVerfG NSTZ 1988, 32, 33.

<sup>546</sup> KK-Bruns, § 100a Rn. 67; vgl. auch *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 24 Rn. 64.

<sup>547</sup> BVerfG NJW 2005, 2766; BGHSt 27, 355, 358; OLG München wistra 2006, 472 ff., 474; BGH StV 1998, 247, 248; vgl. auch Meyer-Goßner/Schmitt, § 477 Rn. 5a. Kritisch SK-StPO/Weßlau, 4. Aufl., § 477 Rn. 27.

<sup>548</sup> Siehe unten Erster Teil, II.E.1.c).

<sup>549</sup> BVerfG NJW 2005, 2766.

<sup>550</sup> BVerfG NJW 2005, 2766.

<sup>551</sup> *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 36, Rn. 18.

### 5. Beweisverwertungsverbote beim Einsatz technischer Mittel

Der Einsatz von technischen Mitteln umfasst die akustische Wohnraumüberwachung, die akustische Überwachung außerhalb der Wohnung und den Einsatz von technischen Mitteln zu Observationszwecken. Viele in der Telekommunikationsüberwachung entwickelte Prinzipien gelten hier gleichfalls. Im Folgenden wird eine Erörterung der Beweisverwertungsverbote nach jeweiliger Art des Einsatzes vorgenommen.

#### a) Verstöße gegen Vorschriften bezüglich der akustischen Wohnraumüberwachung (sogenannter großer Lauschangriff)

Eine akustische Wohnraumüberwachung kann gemäß § 100c StPO bei Verdacht bestimmter schwerer Katalogtaten, die auch im Einzelfall besonders schwer wiegen und auf andere Weise unverhältnismäßig schwer oder aussichtslos zu ermitteln sind, gegen den Beschuldigten oder unter bestimmten Voraussetzungen gegen andere Personen angeordnet werden, wenn aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass dadurch die für die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes eines Mitbeschuldigten bedeutungsvollen Äußerungen des Beschuldigten erfasst werden können. Gemäß § 100e Abs. 2 StPO ist die Anordnung dem Gericht vorbehalten. Gegenüber anderen heimlichen Ermittlungsmaßnahmen ist die akustische Wohnraumüberwachung die schwerwiegendste Maßnahme.<sup>552</sup> Daher sind die Voraussetzungen hier strenger als bei der bereits oben im Ersten Teil unter II.D.4. erörterten Telekommunikationsüberwachung.

Bei der akustischen Wohnraumüberwachung ist der Begriff „Wohnung“ weit auszulegen<sup>553</sup> und umfasst die räumliche Sphäre, in der sich das Privatleben ungestört entfalten kann, also alle Räume, die der allgemeinen Zugänglichkeit durch eine Abschottung entzogen und zur Stätte privaten Wirkens gemacht worden sind.<sup>554</sup> Außer Wohnräumen im engeren Sinne gehören dazu auch Gartenhäuser, Hotelzimmer, Wohnwagen, nicht allgemein zugängliche Geschäfts- und Büroräume, Personalaufenthaltsräume, Arbeitshallen, Werkstätten oder ein nicht allgemein zugängliches Vereinsbüro,<sup>555</sup> ebenso Krankenzimmer<sup>556</sup> und Vorgärten;<sup>557</sup> nicht darunter fallen z.B. Unterkunftsräume eines Soldaten oder Polizisten, Personenkraft-

---

<sup>552</sup> Vgl. Meyer-Göfner/Schmitt, § 100c Rn. 8.

<sup>553</sup> BGH NStZ 1999, 145, 146; BGHSt 50, 206, 211. Ausführliche Erörterungen bei LR-Hauck, 26. Aufl., § 100c Rn. 99–101.

<sup>554</sup> BGH NStZ 1999, 145, 146; BGHSt 50, 206, 211.

<sup>555</sup> BGH NStZ 1999, 145, 146; BGHSt 50, 206, 211; ähnlich Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 36 Rn. 54.

<sup>556</sup> BGHSt 50, 206.

<sup>557</sup> BGH StV 1997, 400.

wagen, Hafträume in einer Justizvollzugsanstalt<sup>558</sup> oder Besuchsräume einer Untersuchungshaftvollzugsanstalt.<sup>559</sup>

Bei Zeugnisverweigerungsberechtigten kennt diese Maßnahme Beschränkungen. Berufsheimnisträger nach § 53 StPO dürfen nach § 100d Abs. 5 Satz 1 StPO einer akustischen Wohnraumüberwachung nicht unterzogen werden,<sup>560</sup> wenn sie von der Verschwiegenheitspflicht nicht entbunden worden sind oder nicht auf ihr Zeugnisverweigerungsrecht verzichtet haben.<sup>561</sup> Unter Verstoß gegen dieses Beweiserhebungsverbot erlangte Aufzeichnungen bzw. Erkenntnisse dürfen nicht verwertet werden.<sup>562</sup> Bei Angehörigen des Beschuldigten und Berufshelfern nach §§ 52 und 53a StPO gilt das Verwertungsverbot aber nicht absolut,<sup>563</sup> denn die durch akustische Wohnraumüberwachung erlangten Erkenntnisse aus Gesprächen des Beschuldigten mit ihnen dürfen nach § 100d Abs. 5 Satz 2 StPO verwertet werden, wenn der Eingriff in das Vertrauensverhältnis durch diese Maßnahme nicht außer Verhältnis zum Ermittlungsinteresse steht.<sup>564</sup> Die Beweisverwertungsverbote bestehen nach § 100d Abs. 5 Satz 3 i.V.m. § 160a Abs. 4 StPO jedoch nicht, wenn die Zeugnisverweigerungsberechtigten an der Tat oder an einer Datenhehlerei, Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei beteiligt sind.

Eine diesbezüglich wichtige Fallkonstellation betrifft den Kernbereich privater Lebensgestaltung. Wie bei der Telekommunikationsüberwachung sind die Erkenntnisse aus diesem Kernbereich unverwertbar. Der Begriff des „Kernbereichs privater Lebensgestaltung“ ist wegen der Vielzahl der denkbaren Lebenssituationen gesetzlich weder definiert noch exemplifiziert.<sup>565</sup> Vielmehr lässt der Begriff sich nur im Einzelfall unter Berücksichtigung seiner Besonderheiten identifizieren<sup>566</sup> und durch die Rechtsprechung ausfüllen.<sup>567</sup> In BVerfGE 109, 279 ff. werden zwei Kriterien zur Konkretisierung des Begriffs „Kernbereich privater Lebensgestaltung“ aufgestellt: die „Art der zu überwachenden Räumlichkeiten“ und das „Verhältnis

<sup>558</sup> BGH NSTZ 1999, 145, 146; BGHSt 50, 206, 211.

<sup>559</sup> BGH NSTZ 1999, 145.

<sup>560</sup> Für Kritik an § 100d Abs. 5 bezüglich der Überwachungsverbote bei Zeugnisverweigerungsberechtigten siehe SK-StPO/Wolter, 5. Aufl., § 100c Rn. 79; LR-Hauck, 26. Aufl., § 100c Rn. 136–141.

<sup>561</sup> Vgl. KK-Bruns, § 100c Rn. 34.

<sup>562</sup> Meyer-Goßner/Schmitt, § 100d Rn. 24.

<sup>563</sup> Meyer-Goßner/Schmitt, § 100d Rn. 25. Bezüglich der Differenzierung zwischen den Zeugnisverweigerungsberechtigten ist Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 2537, der Ansicht, dass dies an den unterschiedlichen Schutzzwecken der Vorschriften liegt.

<sup>564</sup> Vgl. BGH NSTZ 1999, 145 zum sogenannten kleinen Lauschangriff.

<sup>565</sup> BT-Drs. 15/4533, S. 14; BVerfG, NJW 2007, 2753, 2755.

<sup>566</sup> BVerfGE 109, 279, 314; BVerfG NJW 2007, 2753, 2755.

<sup>567</sup> Meyer-Goßner/Schmitt, § 100d Rn. 3; vgl. auch BVerfG NJW 2007, 2753, 2755.



der zu überwachenden Personen zueinander“.<sup>568</sup> Grundsätzlich besteht bei der Überwachung von Privatwohnungen die Vermutung, dass dadurch zum Kernbereich privater Lebensgestaltung gehörige Äußerungen erfasst werden können.<sup>569</sup> Im Allgemeinen darf daher eine Privatwohnung in der deutschen Rechtsordnung nur sehr eingeschränkt abgehört werden.<sup>570</sup> Zum Kernbereich gehört grundsätzlich das nichtöffentlich gesprochene Wort in einer Privatwohnung, in der sich jemand allein oder ausschließlich mit besonders vertrauten Personen aufhält.<sup>571</sup> Dazu zählen die in der Wohnung stattfindenden Gespräche zwischen Personen aus dem höchstpersönlichen Vertrauensbereich, z.B. unter engsten Familienangehörigen, seelsorgerliche Gespräche, Gespräche mit dem Strafverteidiger oder im Einzelfall mit Ärzten oder Gespräche unter engen persönlichen Freunden.<sup>572</sup>

Ein Beispiel für den Schutz der Privatwohnung als Teil des Kernbereichs privater Lebensgestaltung bietet die Konstellation des „Raumgespräches“ oder „Hintergrundgespräches“. Weil der überwachte Beschuldigte den Telefontaster nicht richtig aufgelegt hatte, wurde in BGHSt 31, 296 ff. das Gespräch des Beschuldigten mit seiner Frau in einem Zimmer aufgenommen. Infolgedessen hat der BGH zuerst § 100a StPO als anwendbare Vorschrift für diesen Fall verneint.<sup>573</sup> Vielmehr erkannte er die Unterhaltung zwischen Eheleuten in der ehelichen Wohnung als dem unantastbaren Bereich zugehörig an.<sup>574</sup> Die Aufzeichnung des Raumgespräches berührt nach Ansicht des BGH den unter dem Schutz aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG stehenden unantastbaren Bereich der privaten Lebensgestaltung,

<sup>568</sup> BVerfGE 109, 279, 320–323. Kritische Würdigung zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung nach § 100d Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 4 StPO bei SK-StPO/Wolter, 5. Aufl., § 100c Rn. 31, 54.

<sup>569</sup> OLG Düsseldorf, NSTZ 2009, 54, 55.

<sup>570</sup> Meyer-Goßner/Schmitt, § 100d Rn. 15.

<sup>571</sup> OLG Düsseldorf, NSTZ 2009, 54, 55.

<sup>572</sup> BVerfGE 109, 279, 321–323. Vgl. auch SK-StPO/Wolter, 5. Aufl., § 100c Rn. 54.

<sup>573</sup> In BGHSt 31, 296, 297–298 hat der BGH dies folgendermaßen begründet: Das Raumgespräch findet ohne Inanspruchnahme einer Fernsprecheinrichtung im häuslichen Bereich statt; § 100a StPO handelt von der Frage der praktischen Durchführung der Überwachung, rechtfertigt aber nicht eine Erweiterung der Geltung der Vorschrift über ihren eindeutigen Wortlaut hinaus; der Gesetzgeber hat mit den Gesetzen über Fernsprecheverkehrsüberwachung nicht das Abhören und Aufnehmen von Raumgesprächen außerhalb des Fernsprecheverkehrs beabsichtigt. – Allerdings wurde die Ansicht der Nichtanwendbarkeit des § 100a StPO auf das Raumgespräch zu Unrecht in einem späteren Fall nicht übernommen. In BGH NSTZ 2003, 668 ff. wurde aufgrund eines Bedienungsfehlers des Beschuldigten sein Gespräch mit einem Mitbeschuldigten im Auto aufgenommen. Die Verwertbarkeit der Aufzeichnung wurde durch rechtmäßig angeordnete Telekommunikationsüberwachung und im Wege der Abwägung sowie des hypothetischen Ersatzeingriffes gerechtfertigt. Die Abweichung von der früheren Rechtsprechung zum Raumgespräch sowie unzureichende und kursorische Begründungen dazu wurden in der Literatur kritisiert. Dazu Weßlau, StV 2003, 483 f.; Fezer, NSTZ 2003, 625–630; Braum, JZ 2004, 128–132; Löffelmann, AnwBl 2006, 600.

<sup>574</sup> BGHSt 31, 296, 300.

wonach eine Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei der Entscheidung über eine Verwertbarkeit ausscheidet.<sup>575</sup> Die Aufzeichnung ist folglich unverwertbar.

Ausgenommen vom Kernbereich sind nach der Rechtsprechung des BVerfG in der Regel Gespräche in Betriebs- oder Geschäftsräumen<sup>576</sup> und Gespräche über begangene Straftaten und Äußerungen, die sich unmittelbar auf eine konkrete Straftat beziehen.<sup>577</sup> Gespräche, die sich primär auf die Kommunikation mit anderen Personen beziehen („Zwiegespräche“),<sup>578</sup> haben Sozialbezug.<sup>579</sup> Das Selbstgespräch, auch wenn es Straftaten zum Inhalt hat, ist wegen seines höchstpersönlichen Charakters dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen.<sup>580</sup>

Nach § 100d Abs. 1 StPO darf eine akustische Wohnraumüberwachung im Sinne des Erhebungsverbots nicht angeordnet werden, wenn dadurch allein die zum Kernbereich privater Lebensgestaltung gehörigen Äußerungen erfasst werden.<sup>581</sup> Zur Anordnung einer akustischen Wohnraumüberwachung schreibt § 100d Abs. 4 Satz 1 StPO noch vor, dass diese Maßnahme angeordnet werden kann, soweit auf Grund tatsächlicher Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass durch die Überwachung Äußerungen, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen sind, nicht erfasst werden. Die Anordnung setzt also eine negative Kernbereichsprognose durch das Gericht voraus,<sup>582</sup> dem dazu ein gewisser Beurteilungsspielraum zusteht.<sup>583</sup> Ein Verwertungsverbot aufgrund einer Fehlbeurteilung bzw. eines Erhebungsfehlers ist hierbei nur anzunehmen, wenn das Gericht diesen Beurteilungsspielraum klar erkennbar und damit rechtsfehlerhaft überschritten hat.<sup>584</sup> Nach § 100d Abs. 1 StPO muss diese gerichtliche Prognose jedoch auf tatsächlichen Anhaltspunkten, nicht auf bloßen Vermutungen basieren.<sup>585</sup> In OLG Düsseldorf NStZ 2009, 54 ff. war die Staatsanwaltschaft anhand des bisherigen Aussageverhaltens des Beschuldigten zu der Einschätzung gelangt, dass sich der Beschuldigte und

<sup>575</sup> BGHSt 31, 296, 299. Zustimmend *Geerds*, NStZ 1983, 518 f., und *Amelung*, JR 1984, 256 f.

<sup>576</sup> Wenn aber in Betriebs- und Geschäftsräumen höchstpersönliche Gespräche geführt werden, setzt der absolute Schutz des Kernbereichs ein, wenn dies konkret erkennbar wird. Siehe BVerfGE 109, 279, 321.

<sup>577</sup> BVerfGE 109, 279, 319.

<sup>578</sup> BGHSt 50, 206 ff., 212.

<sup>579</sup> *KK-Bruns*, § 100c Rn. 21–23.

<sup>580</sup> BGHSt 50, 206. Ähnlich *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 36 Rn. 48; *Meyer-Goßner/Schmitt*, § 100d Rn. 17; *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Rn. 2527a. Differenzierend bei *SK-StPO/Wolter*, 5. Aufl., § 100c Rn. 63.

<sup>581</sup> *KK-Bruns*, § 100c Rn. 24.

<sup>582</sup> *KK-Bruns*, § 100c Rn. 25.

<sup>583</sup> BGHSt 54, 69, 97.

<sup>584</sup> BGHSt 54, 69, 97.

<sup>585</sup> OLG Düsseldorf, NStZ 2009, 54, 55.

seine Lebensgefährtin in ihrer Privatwohnung über ihre Aussagen austauschen und über die Straftat sprechen würden, und hatte daraufhin die Anordnung einer akustischen Wohnraumüberwachung beantragt. Das OLG Düsseldorf lehnte den Antrag ab. Allerdings ist nach BVerfG nicht jede Verknüpfung zwischen dem Verdacht einer begangenen Straftat und der Äußerung des Beschuldigten ausreichend für eine Bejahung des Sozialbezugs.<sup>586</sup> Gleiches hat das OLG Düsseldorf vertreten und ausgeführt, dass ansonsten angesichts des qualifizierten Tatverdachts nach § 100c Abs. 1 Nr. 1 StPO und der Erfordernisse in § 100c Abs. 1 Nr. 3 StPO nahezu jedes erwartete Mischgespräch zu einer Überwachungs Erlaubnis führen würde, da nie auszuschließen sei, dass sich der Beschuldigte mit seinen engsten Vertrauten über eine Straftat unterhalten wird.<sup>587</sup> Da die Erwartung der Ermittlungsbehörde in diesem Fall jedoch nicht auf konkrete Anhaltspunkte bzw. besondere Umstände gestützt war,<sup>588</sup> wurde die Anordnung abgelehnt. Infolgedessen sind die unter Verstoß gegen das Erhebungsverbot erlangten Erkenntnisse weder als Beweismittel im Hauptsacheverfahren verwertbar noch als Spurenansätze für Ermittlungen in weiteren Zusammenhängen verwendbar.<sup>589</sup>

Ergibt sich während der Überwachung, dass Äußerungen aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung miterfasst werden, so ist die Maßnahme im Sinne des Unterbrechungsgebots<sup>590</sup> nach § 100d Abs. 4 Satz 2 StPO auszusetzen. Aus einem Verstoß gegen das Gebot folgt allerdings kein umfassendes Verwertungsverbot, sondern es sind dann nur diejenigen Erkenntnisse, die durch den Eingriff in den Kernbereich erlangt wurden, weder als Beweismittel noch als Spurenansätze verwertbar oder verwendbar.<sup>591</sup> Nach der Unterbrechung darf die Überwachung gemäß § 100d Abs. 4 Satz 3 StPO fortgeführt werden, wenn aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass durch die Überwachung die Äußerungen, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen sind, nicht erfasst werden. Dies ermöglicht den Strafverfolgungsbehörden nach dem Gesetz, beim Mischgespräch die Erfassung der den Kernbereich betreffenden Äußerungen umgehen zu können.<sup>592</sup> Diese Handlung setzt jedoch eine exakte Entscheidung über den Kernbereich bei der Echtzeitüberwachung voraus.

Neben den erwähnten Konstellationen gibt es noch eine weitere denkbare Fallgruppe bezüglich der Verwertungsverbote im Rahmen der akustischen Wohn-

---

<sup>586</sup> BVerfGE 109, 279, 319.

<sup>587</sup> OLG Düsseldorf, NSTz 2009, 54, 55.

<sup>588</sup> OLG Düsseldorf, NSTz 2009, 54, 55.

<sup>589</sup> BVerfGE 109, 279, 331; BVerfG NJW 2007, 2753, 2757; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 2536; Meyer-Goßner/Schmitt, § 100d Rn. 6; KK-Bruns, § 100d Rn. 28.

<sup>590</sup> KK-Bruns, § 100d Rn. 29.

<sup>591</sup> BGHSt 54, 69, 96; SSW-StPO/Eschelbach, § 100d Rn. 17, 18; KK-Bruns, § 100d Rn. 29; SK-StPO/Wolter, 5. Aufl., § 100c Rn. 71.

<sup>592</sup> Vgl. oben Erster Teil, II.4.c)bb).

raumüberwachung. Werden die Erkenntnisse unter Nichteinhaltung der materiellen und formellen Voraussetzungen dieser Maßnahme erlangt, so lässt sich die Frage der Verwertbarkeit in Anlehnung an die zur Telekommunikationsüberwachung entwickelten Grundsätze entscheiden.<sup>593</sup> Grundsätzlich gilt wie auch bei der Telekommunikationsüberwachung, dass nicht jeder Erhebungsfehler zu einem Verwertungsverbot führt.<sup>594</sup> So kann es vorkommen, dass geringfügige technische Fehler keine Beweisverwertungsverbote auslösen und dass beispielsweise die Unterlassung einer ausdrücklichen Befristung im Anordnungsbeschluss unschädlich ist.<sup>595</sup> Dagegen kann eine Verletzung der sachlichen Voraussetzungen durchaus ein Verwertungsverbot nach sich ziehen. Hierzu kommt es beispielsweise, wenn die Anordnung von einem unzuständigen Richter stammt,<sup>596</sup> kein qualifizierter Verdacht einer Katalogtat vorliegt,<sup>597</sup> die Voraussetzungen umgangen worden sind<sup>598</sup> oder gegen den Subsidiaritätsgrundsatz verstoßen wurde.<sup>599</sup>

Im Übrigen gelten Beweisverwertungsverbote auch bei weiterer Verwendung der durch akustische Wohnraumüberwachung gewonnenen personenbezogenen Daten, also auch bezüglich der Verwendung von Zufallsfunden. Wie bei der Telekommunikationsüberwachung sind die für die Erhebung der Informationen durch akustische Wohnraumüberwachung bestehenden strengen Voraussetzungen in gleicher Weise bei der Verwendung in anderen Verfahren zu beachten.<sup>600</sup> Gemäß § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO dürfen die durch akustische Wohnraumüberwachung erlangten verwertbaren Erkenntnisse ohne Einwilligung der Betroffenen nur zur Aufklärung einer Straftat in anderen Verfahren verwendet werden, aufgrund derer ebenfalls eine akustische Wohnraumüberwachung nach § 100c angeordnet werden könnte. Unter dieser Voraussetzung können die Erkenntnisse aus einer akustischen Wohnraumüberwachung sowohl als Beweismittel als auch als Spurenansatz für andere Strafverfahren verwendet werden; allerdings beschränkt sich diese Verwendung, insbesondere die Verwendung dieser Erkenntnisse als Spurenansatz, auf den Zweck der Ermittlung einer Katalogtat.<sup>601</sup>

---

<sup>593</sup> KK-Bruns, § 100d Rn. 31; LR-Hauck, 26. Aufl., § 100d Rn. 63; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 2536.

<sup>594</sup> BGHSt 54, 69; KK-Bruns, § 100d Rn. 31; LR-Hauck, 26. Aufl., § 100d Rn. 63.

<sup>595</sup> Vgl. für einen solchen Fehler beim sogenannten kleinen Lauschangriff BGHSt 53, 294, 300.

<sup>596</sup> KK-Bruns, § 100d Rn. 32.

<sup>597</sup> KK-Bruns, § 100d Rn. 33.

<sup>598</sup> Vgl. BGHSt 34, 39.

<sup>599</sup> LG Stuttgart, StV 2005, 599, 600.

<sup>600</sup> BVerfGE 109, 279, 377.

<sup>601</sup> Meyer-Goßner/Schmitt, § 100e Rn. 23; SK-StPO/Wolter, 5. Aufl., § 100c Rn. 35; MüKoStPO/Günther, § 100c Rn. 37, 38; Löffelmann, ZIS 2006, 96. A.A. KK-Bruns, § 100d Rn. 14.

*b) Verstöße gegen Vorschriften bezüglich akustischer Überwachung außerhalb der Wohnung (sogenannter kleiner Lauschangriff)*

Gemäß § 100f StPO darf außerhalb der Wohnung und ohne Wissen der Betroffenen gegen den Beschuldigten das Abhören und Aufzeichnen des nichtöffentlich gesprochenen Wortes angeordnet werden, wenn die Begehung einer in § 100a Abs. 2 StPO bezeichneten, auch im Einzelfall schwerwiegenden Straftat durch bestimmte Tatsachen nahegelegt wird und die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre. Unter den Bedingungen des § 100f Abs. 2 Satz 2 StPO darf diese Maßnahme auch gegen andere Personen angeordnet werden. Die Anordnungscompetenz richtet sich gemäß § 100f Abs. 4 StPO nach den entsprechenden Vorschriften der Telekommunikationsüberwachung, wonach die Anordnungscompetenz dem Richter bzw. bei Gefahr im Verzug der Staatsanwaltschaft zusteht.

Der Begriff der „Wohnung“ deckt sich hier mit seiner Verwendung bei der akustischen Wohnraumüberwachung. Daher darf eine akustische Überwachung z.B. in einem Personenkraftwagen oder im Raum einer Vollzugsanstalt vorgenommen werden, da diese Orte keine Wohnungen sind. Bei einigen Berufsheimnisträgern im Sinne von § 53 StPO können aufgrund §§ 148 Abs. 1 und 160a StPO allerdings Erhebungs- und Verwertungsverbote entstehen.<sup>602</sup> Die Überwachung eines Strafverteidigers ist wie bei der Telekommunikationsüberwachung gemäß § 148 Abs. 1 StPO unzulässig und hat ein Verwertungsverbot zur Folge, es sei denn, dass dieser selbst der Katalogtat seines Mandanten verdächtig ist.<sup>603</sup> Zwar kennt § 100f StPO keine Beschränkungen bezüglich der Angehörigen im Sinne von § 52 StPO; dennoch kann im Einzelfall ein Verwertungsverbot aufgrund einer Abwägung nach den in § 100d Abs. 5 Satz 2 StPO genannten Kriterien angenommen werden.<sup>604</sup> In BGH NStZ 1999, 145 ff. wurden Gespräche des Beschuldigten mit Angehörigen im Besuchsraum einer Untersuchungshaftvollzugsanstalt aufgenommen. Der BGH hat hier anhand der Kriterien der akustischen Wohnraumüberwachung die Verwertbarkeit der Gespräche außerhalb der Wohnung begründet, da die Verwertung angesichts des Verdachts einer schweren Straftat und des durch erkennbare Besuchsüberwachung eingeschränkten Vertrauensverhältnisses nicht außer Verhältnis zum Ermittlungsinteresse steht.<sup>605</sup> Ein Verwertungsverbot könnte im Umkehrschluss folgen, wenn bei einer solchen Abwägung der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht mehr gewahrt ist.

---

<sup>602</sup> Vgl. KK-*Bruns*, § 100f Rn. 11.

<sup>603</sup> Meyer-Goßner/*Schmitt*, § 100f Rn. 12.

<sup>604</sup> KK-*Bruns*, § 100f Rn. 12.

<sup>605</sup> BGH NStZ 1999, 145, 146.

Anders als bei der Telekommunikationüberwachung und der akustischen Wohnraumüberwachung gibt es bei der Überwachung außerhalb der Wohnung keine Bestimmungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung.<sup>606</sup> In der Rechtsprechung wird offengelassen, ob hier ein Verwertungsverbot in analoger Anwendung der §§ 100a Abs. 4 und 100c Abs. 4 und 5 StPO a.F. (teilweise § 100d Abs. 1, 2 und 4) anzunehmen ist.<sup>607</sup> Auch hier sollte aber die Dreistufentheorie angewandt werden, wodurch unter Umständen eine Kommunikation außerhalb der Wohnung in den Kernbereich privater Lebensgestaltung fallen könnte, wie z.B. ein Gespräch eines Ehepaares über intime Dinge in einem Park.<sup>608</sup> In den meisten Fällen wird im Wege der Interessenabwägung über die Verwertbarkeit der durch Überwachung außerhalb der Wohnung aufgenommenen Gespräche entschieden, z.B. im Fall des in einem Auto stattfindenden „Raumgesprächs“ in BGH NSTZ 2003, 668 ff., der bereits oben im Abschnitt zur akustischen Wohnraumüberwachung unter II.D.5.a) erwähnt wurde. Zu einem Verwertungsverbot kann es auch kommen, wenn unter Berücksichtigung der Gesamtschau der Umstände bei der Durchführung der Überwachung gegen das Recht auf ein faires Verfahren verstoßen würde.<sup>609</sup>

In allen sonstigen Fällen richten sich die Verwertungsverbote der nach § 100f StPO erlangten Erkenntnisse nach den Grundsätzen zur Telekommunikationsüberwachung.<sup>610</sup>

*c) Verstöße gegen Vorschriften bezüglich des Einsatzes technischer Mittel zu Observationszwecken*

Gemäß § 100h StPO dürfen ohne Wissen der Betroffenen außerhalb von – nicht allgemein zugänglichen – Wohnungen für Observationszwecke Bildaufnahmen hergestellt werden oder sonstige technische Mittel verwendet werden, wenn die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten auf andere Weise weniger erfolgversprechend oder erschwert wäre. Dabei bezieht sich der Begriff „Bildaufnahmen“ nicht nur auf die Fertigung von Lichtbildern, sondern auch auf Filme, Videos und Satellitenbilder.<sup>611</sup> Zu den sonstigen technischen Mitteln gehören z.B. Alarmkoffer, Bewegungsmelder, Nachtsicht-

<sup>606</sup> Meyer-Goßner/Schmitt, § 100f Rn. 19. Kritisch SK-StPO/Wolter, 5. Aufl., § 100f Rn. 30, 31.

<sup>607</sup> BGHSt 53, 294, 301.

<sup>608</sup> Vgl. SK-StPO/Wolter, 5. Aufl., § 100f Rn. 33, 34. Wolter vertritt einen dreigeteilten Schutz der Menschenwürde bzw. des Kernbereichs privater Lebensgestaltung bei § 100f.

<sup>609</sup> BGHSt 53, 294, 304 ff.

<sup>610</sup> Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 2526; Meyer-Goßner/Schmitt, § 100f Rn. 20; SK-StPO/Wolter, 5. Aufl., § 100f Rn. 40.

<sup>611</sup> Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 2513a. Ähnlich KK-Bruns, § 100h Rn. 3; Meyer-Goßner/Schmitt, § 100h Rn. 1; LR-Hauck, 26. Aufl., § 100h Rn. 5, 6; SK-StPO/Wolter, 5. Aufl., § 100h Rn. 4.

geräte, Peilsender oder GPS (*Global Positioning System*) usw.,<sup>612</sup> welche keine Aufnahme oder Aufzeichnung von Wort (dafür gilt § 100f StPO) und Bild (dafür gilt § 100h Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StPO) ermöglichen,<sup>613</sup> sondern lediglich Signale zur Lokalisierung aussenden.<sup>614</sup> Dazu gehören nicht die technischen Mittel zur Standortüberwachung eines Mobiltelefons oder eines „Trojaners“ zur Onlinedurchsuchung;<sup>615</sup> auch gebräuchliche Observationsmittel wie Ferngläser und Sprechfunkgeräte fallen nicht unter die sonstigen technischen Mittel zu Observationszwecken.<sup>616</sup>

Grundsätzlich ist die Zulässigkeit von Bildaufnahmen nicht an das Erfordernis bestimmter Straftaten bzw. der Katalogtaten gebunden. Der Einsatz sonstiger technischer Mittel ist aber nach § 100h Abs. 1 Satz 2 StPO nur bei der Ermittlung einer Straftat von erheblicher Bedeutung zulässig, wobei diese Gesetzesregelung zur Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes möglichst einschränkend auszulegen ist.<sup>617</sup>

Bildaufnahmen und sonstige technische Mittel dürfen nur gegen den Beschuldigten eingesetzt werden; gegen andere Personen dürfen solche Maßnahmen nur unter strengeren Voraussetzungen als gegen den Beschuldigten<sup>618</sup> durchgeführt werden.

Diese Maßnahmen werden durch die Staatsanwaltschaft oder Polizeibeamte angeordnet.<sup>619</sup>

Gegen einige Berufsheimlichkeitssträger im Sinne von § 53 StPO, die nicht der Beteiligung beschuldigt sind, dürfen sich diese Maßnahmen wegen § 160a StPO, beim Strafverteidiger auch wegen § 148 Abs. 1 StPO, nicht richten.<sup>620</sup> Hier gelten grundsätzlich Erhebungs- und Verwertungsverbote.

---

<sup>612</sup> Meyer-Goßner/Schmitt, § 100h Rn. 2. Ähnlich Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 2514; KK-Bruns, § 100h Rn. 7; LR-Hauck, 26. Aufl., § 100h Rn. 7, 8; SK-StPO/Wolter, 5. Aufl., § 100h Rn. 12, 13.

<sup>613</sup> Meyer-Goßner/Schmitt, § 100h Rn. 2.

<sup>614</sup> KK-Bruns, § 100h Rn. 5.

<sup>615</sup> Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 2514a; KK-Bruns, § 100h Rn. 5; SK-StPO/Wolter, 5. Aufl., § 100h Rn. 12.

<sup>616</sup> Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 2514; Meyer-Goßner/Schmitt, § 100h Rn. 2; LR-Hauck, 26. Aufl., § 100h Rn. 7; SK-StPO/Wolter, 5. Aufl., § 100h Rn. 12.

<sup>617</sup> Es muss sich mindestens um eine Straftat von mittlerer Schwere handeln. Dazu Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 2515; Meyer-Goßner/Schmitt, § 100h Rn. 3; LR-Hauck, 26. Aufl., § 100h Rn. 14.

<sup>618</sup> Nach § 100h StPO dürfen Bildaufnahmen oder sonstige technische Mittel gegen den Beschuldigten bei einfacher Subsidiarität eingesetzt werden; gegen andere Personen entsprechend bei qualifizierter Subsidiarität. Außerdem müssen die anderen Personen Kontaktpersonen sein, wenn sonstige technische Mittel gegen sie gerichtet werden. Siehe KK-Bruns, § 100h Rn. 4 und 6; SK-StPO/Wolter, 5. Aufl., § 100h Rn. 7, 8; ähnlich LR-Hauck, 26. Aufl., § 100h Rn. 15, 17.

<sup>619</sup> Meyer-Goßner/Schmitt, § 100h Rn. 10; SK-StPO/Wolter, 5. Aufl., § 100h Rn. 9.

<sup>620</sup> Vgl. Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 2516a; Meyer-Goßner/Schmitt, § 100h Rn. 8.

Beweisverwertungsverbote bezüglich des Kernbereichs privater Lebensgestaltung könnten bei diesen Maßnahmen kaum anzunehmen sein, da der Kernbereich hier normalerweise nicht betroffen ist.<sup>621</sup> Eine Beschränkung dieser Maßnahmen ergibt sich jedoch aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.<sup>622</sup> Videoaufnahmen gemäß § 100h Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StPO sind nur außerhalb des Schutzbereichs des Art. 13 GG gestattet; in nicht allgemein zugänglichen Wohnungen sind sie unzulässig.<sup>623</sup> Des Weiteren kann ein Eingriff in die Privatsphäre nach Art. 8 EMRK und in das allgemeine Persönlichkeitsrecht vorliegen, wenn die Videoaufnahme auch das Innere der Wohnung festhält, selbst wenn es sich dabei nur um den Zugangsbereich der Wohnung handelt.<sup>624</sup> Derartige Videoaufnahmen sind unzulässig.<sup>625</sup> In BGH StV 1998, 169 f. wird ein solcher Fall beschrieben, der eine langfristige Beobachtung betrifft. Der BGH erkannte hier einen Verstoß gegen die Subsidiaritätsklausel aus § 100c Abs. 1 Nr. 1 StPO a.F. (§ 100h Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StPO) bzw. aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, welcher zum Verwertungsverbot führte.<sup>626</sup>

Die langfristige Videoüberwachung fällt unter die sonstigen technischen Mittel zu Observationszwecken gemäß § 100h Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StPO. Des Weiteren gilt zusätzlich § 163f StPO, der eine richterliche Anordnung erforderlich macht.<sup>627</sup> Trifft der Einsatz von technischen Mitteln mit einer anderen jeweils für sich zulässigen Eingriffsmaßnahme zusammen, so dass eine umfassende Überwachung in Form der Rundum- oder Totalüberwachung vorliegt, so könnte daraus zwar ein umfassendes Persönlichkeitsprofil gewonnen werden, was aber gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen würde.<sup>628</sup> Dies entspricht überdies nicht den allgemeinen verfahrensrechtlichen Sicherungen, auch wenn keine spezifische gesetzliche Regelung vorliegt.<sup>629</sup> Infolgedessen ist eine derartige Videoüberwachung verboten.<sup>630</sup>

---

<sup>621</sup> Meyer-Goßner/Schmitt, § 100h Rn. 12; BVerfG NJW 2005, 1338, 1340. A.A. SK-StPO/Wolter, 5. Aufl., § 100h Rn. 20.

<sup>622</sup> Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 2513a, 2514a. Vgl. auch Meyer-Goßner/Schmitt, § 100h Rn. 1.

<sup>623</sup> Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 2513a.

<sup>624</sup> BGH StV 1998, 169.

<sup>625</sup> KK-Bruns, § 100h Rn. 3; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 36 Rn. 54; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 2513a.

<sup>626</sup> BGH StV 1998, 169, 170. Zu bemerken ist jedoch, dass es in diesem Fall eigentlich auch um eine langfristige Observation geht, wofür § 163f StPO gilt. Der BGH hat diesen Paragraphen allerdings nicht berücksichtigt.

<sup>627</sup> KK-Bruns, § 100h Rn. 5.

<sup>628</sup> KK-Bruns, § 100h Rn. 5.

<sup>629</sup> BVerfG NJW 2005, 1338, 1340 f.

<sup>630</sup> BVerfG NJW 2005, 1338, 1341; KK-Bruns, § 100h Rn. 5; SK-StPO/Wolter, 5. Aufl., § 100h Rn. 20.



Aus obigen Erörterungen lässt sich schließen: Grundsätzlich sind die Erkenntnisse aus der Maßnahme nach § 100h StPO nahezu unbeschränkt verwertbar.<sup>631</sup> Allerdings kommt im Einzelfall ein Verwertungsverbot in Betracht, wenn der Maßnahme keine rechtmäßige Anordnung vorangegangen ist oder der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verletzt wurde.<sup>632</sup> Die Verwertbarkeit von Zufallsfunden bei der Herstellung von Bildaufnahmen und dem Einsatz sonstiger technischer Mittel im Strafverfahren richtet sich jeweils nach § 108 und § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO.<sup>633</sup>

## E. Fernwirkung der Beweisverwertungsverbote

### 1. Fernwirkung in der Rechtsprechung

Die Fernwirkung der Beweisverwertungsverbote ist in der deutschen Rechtsordnung ein sehr umstrittenes Thema.<sup>634</sup> Es geht dabei um die Frage, ob ein mittelbares Beweismittel, dessen Auffinden dem Bestehen eines unmittelbaren, einem Verwertungsverbot unterliegenden Beweismittels zu verdanken ist, ebenfalls unverwertbar ist. Zur Veranschaulichung der Problematik dient folgender typischer Fall: Die Tatwaffe wird erst aufgrund eines durch Vernehmungsmethoden abgelegten Geständnisses und der daraus resultierenden Durchsuchung gefunden.

Beim Thema Fernwirkung wird somit die Frage behandelt, inwiefern sich ein Beweisverwertungsverbot auf weitere Beweismittel auswirken kann und wo die Grenze zu ziehen ist. Dafür gibt es nach Meinung der Rechtsprechung in den meisten Fällen keine allgemeingültige Regel; vielmehr lässt sich nur je nach Sachlage und Art des Verbots urteilen.<sup>635</sup> Die Rechtsprechung hat darüber meistens im Wege der Interessenabwägung entschieden.<sup>636</sup> Allerdings wird die Fernwirkung der Be-

<sup>631</sup> Meyer-Goßner/Schmitt, § 100h Rn. 12.

<sup>632</sup> Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 2519a.

<sup>633</sup> Meyer-Goßner/Schmitt, § 100h Rn. 13; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 2519. Ausführliche Erörterungen bei SK-StPO/Wolter, 5. Aufl., § 100h Rn. 10b, 11, 17.

<sup>634</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 24 Rn. 59; KK-Senge, vor § 48 Rn. 45; LR-Gless, 26. Aufl., § 136a Rn. 75; Beulke, Strafprozessrecht, 13. Aufl., Rn. 144 und 482; Jäger, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, S. 111; Rogall bezeichnet das Thema als „hoffnungslos umstritten“ (Rogall, ZStW 91 [1979], 38); Füllkrug, MDR 1989, 122.

<sup>635</sup> BGHSt 29, 244, 249; BGHSt 27, 355, 357; BGHSt 51, 1, 7; OLG Köln VRS 2001, 33, 34. Zustimmend Meyer-Goßner/Schmitt, Einl. Rn. 57; KK-Gericke, § 337 Rn. 38; KK-Senge, vor § 48 Rn. 45; SK-StPO/Rogall, 5. Aufl., § 136a Rn. 112. Vgl. auch LR-Gless, 26. Aufl., § 136a Rn. 76; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 403; KMR/Pauckstadt-Maihold, 65. Lfg. 2012, § 136a Rn. 30; Volkmer, NSTZ 2010, 319; Schröder, Beweisverwertungsverbote und die Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung im Strafprozess, S. 67.

<sup>636</sup> Vgl. LR-Gless, 26. Aufl., § 136a Rn. 75; Weigend, StV 2003, 439; Rogall, JZ 1996, 948; Sieber, NJW 2008, 886; Heine, HRRS 2009, 544; Volkmer, NSTZ 2010, 319; Füllkrug, MDR 1989, 122; Nüse, JR 1966, 284.

weisverwertungsverbote in der Rechtsprechung im Ergebnis generell verneint,<sup>637</sup> und folglich werden die mittelbaren Beweismittel grundsätzlich als verwertbar angesehen.<sup>638</sup> Nur zum Beweisverwertungsverbot des § 7 Abs. 3 G 10 hat die höchstrichterliche Rechtsprechung die Fernwirkung anerkannt.<sup>639</sup>

Von der Fernwirkung ist die Fortwirkung zu unterscheiden. Wird ein unverwertbares unmittelbares Beweismittel direkt zur Erhebung weiterer Beweismittel eingesetzt, etwa wenn ein rechtswidrig erlangtes Beweisergebnis zum Vorhalt verwendet und durch Täuschung über seine Verwertbarkeit ein Geständnis hervorgerufen wird, ist eine Fortwirkung der Unverwertbarkeit des eingesetzten Beweismittels anzunehmen.<sup>640</sup> Bei der Fortwirkung ist das mittelbare Beweismittel unverwertbar, da es unter dem Einfluss eines vorangegangenen Verstoßes erlangt wurde.<sup>641</sup> Die Fortwirkung ist ein Unterfall der Fernwirkung.<sup>642</sup> Ist im Rahmen der Fernwirkung eine Fortwirkung im konkreten Fall zu bejahen, so sind die mittelbaren Beweise unverwertbar, die unter dem Einfluss der Fortwirkung der Verwertungsverbote stehen. In der Rechtsprechung zur Beschuldigtenvernehmung kommt es nicht selten vor, dass die Erörterungen erst dann zur Ablehnung der Fernwirkung und somit zur Verwertbarkeit mittelbarer Beweismittel kommen, wenn eine Fortwirkung nicht angenommen werden kann.<sup>643</sup> Im Folgenden wird anhand einiger wesentlicher Sachverhalte die Problematik der Fernwirkung erläutert.

#### a) Verbotene Vernehmungsmethoden

Gemäß § 136a StPO besteht beim Verwertungsverbot aufgrund verbotener Vernehmungsmethoden gegenüber dem Beschuldigten nach der Rechtsprechung in der Regel keine Fernwirkung.<sup>644</sup> Hier lassen sich zwei Konstellationen unterscheiden: Einerseits der Sachbeweis, der mittelbar durch eine verbotene Vernehmungsmethode erlangt wird, und andererseits nach Anwendung einer verbotenen Vernehmungsmethode weiter erlangte Aussagen.

Bei der ersten Konstellation wird in einzelnen Fällen im Wege der Interessenabwägung über die Verwertbarkeit des Sachbeweises entschieden, wie z.B. im Mord-

<sup>637</sup> Vgl. LR-Gless, 26. Aufl., § 136a Rn. 75.

<sup>638</sup> KMR/Pauckstadt-Maihold, 65. Lfg. 2012, § 136a Rn. 27. Jedoch wird in LG Hannover StV 1986, 521 ausnahmsweise die Fernwirkung anerkannt.

<sup>639</sup> BGHSt 29, 244.

<sup>640</sup> Ähnlich Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 24 Rn. 61. Für einen anderen Blickwinkel zur Fortwirkung siehe Kramer, Grundlagen des Strafverfahrensrechts, Rn. 165a.

<sup>641</sup> Vgl. Grünwald, Das Beweisrecht der Strafprozessordnung, S. 159.

<sup>642</sup> Meyer-Goßner/Schmitt, Einl. Rn. 57a; Alsberg/Güntge, Der Beweisantrag im Strafprozess, Rn. 911.

<sup>643</sup> Z.B. BGHSt 37, 48; BGH NStZ 1995, 462; BGHSt 53, 112.

<sup>644</sup> Volk/Engländer, Grundkurs StPO, § 9 Rn. 27. Ablehnend Seebode, FS für Otto, S. 1006–1012; Peters, Strafprozess, S. 338.

fall *Jakob von Metzler*. In diesem hat die deutsche Rechtsprechung die Schwere des Eingriffs in die Grundrechte des Angeklagten *Markus Gäfgen* durch verbotene Vernehmungsmethoden gegen die Schwere der Straftat abgewogen. Schlussendlich wurden die mittelbaren Beweismittel, insbesondere das Auffinden der Leiche des Opfers und die Ergebnisse der Obduktion, als verwertbar anerkannt.<sup>645</sup>

Hinsichtlich der zweiten Konstellation hat die Rechtsprechung folgende Auffassung vertreten: Nur die durch verbotene Vernehmungsmethoden unmittelbar erlangten Aussagen des Beschuldigten dürfen nicht verwertet werden; eine spätere Aussage des Beschuldigten ist verwertbar, wenn die spätere Vernehmung rechtmäßig und die Willensfreiheit des Beschuldigten nicht mehr beeinträchtigt war.<sup>646</sup> Ansonsten würde es eine Lahmlegung des Verfahrens nach sich ziehen, wenn jede spätere Aussage, die mit der früheren unzulässigen Aussage noch in irgendeinem Kausalzusammenhang stehen würde, für unverwertbar gehalten würde.<sup>647</sup> Der ursächliche Zusammenhang zwischen verbotener Methode und Aussage kann durch fehlerfreie Wiederholung der Vernehmung beseitigt und der Verfahrensverstoß damit geheilt werden.<sup>648</sup> Wichtig für die Beurteilung der Verwertbarkeit späterer Aussagen ist die Frage, ob sich der Beschuldigte bei der späteren Vernehmung seiner freien Entscheidungsmöglichkeit bewusst war.<sup>649</sup> Offengeblieben ist nach neuer höchstgerichtlicher Rechtsprechung die Frage, ob eine „qualifizierte“ Belehrung darüber, dass die früheren Aussagen nicht verwertet werden, bei der späteren Beschuldigtenvernehmung erforderlich ist.<sup>650</sup>

Wirkt der Verstoß gegen § 136a StPO fort und ist demzufolge die Aussagefreiheit des Beschuldigten in rechtserheblicher Weise weiterhin beeinträchtigt, wird die spä-

<sup>645</sup> LG Frankfurt StV 2003, 325 ff., 327. Kritik an der Interessenabwägung bei *Seebode*, FS für Otto, S. 1011.

<sup>646</sup> BGH NSTz 1988, 419, 419; BGHSt 37, 48, 53; BGH NSTz 1995, 462, 462; BGHSt 22, 129, 133 f.; OLG Köln VRS 2001, 33, 35.

<sup>647</sup> *Peters*, Strafprozess, S. 338 f. *Baumann*, GA 1959, 39 f. stimmt zu. Er vertritt, dass man die Freiheit der nicht an sich unzulässig herbeigeführten späteren Aussage gewissermaßen vermuten muss. Der Sauberkeit des Verfahrens geschehe Genüge, wenn die unzulässige Vernehmung und nur diese unberücksichtigt gelassen werde.

<sup>648</sup> BGH NSTz 1988, 419, 419. Vgl. auch *Saliger*, ZStW 116 (2004), 51.

<sup>649</sup> Ähnlich BGH NSTz 1988, 419, 420; *KK-Diemer*, § 136a Rn. 40; *LR-Gless*, 26. Aufl., § 136a Rn. 74.

<sup>650</sup> BGHSt 53, 112, 116. Ebenso wird befunden von *KMR/Pauckstadt-Maihold*, 65. Lfg. 2012, § 136a, Rn. 24 sowie *Neuhaus*, StV 2010, 46. Früher gab es bei den Verstößen gegen § 136a StPO einige Fälle, die für eine „qualifizierte“ Belehrung bei einer späteren Vernehmung sprachen, wie beispielsweise LG Frankfurt StV 2003, 325, LG Bad Kreuznach StV 1994, 293 und BGH StV 1994, 62. Das Erfordernis einer „qualifizierten“ Belehrung ist anderswo in der Literatur zu finden: *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 24 Rn. 61; *Meyer-Goßner/Schmitt*, § 136a Rn. 30; *LR-Gless*, 26. Aufl., § 136a Rn. 74; *Neuhaus*, NSTz 1997, 315; *Weigend*, StV 2003, 438 f.; *Joerden*, JuS 1993, 931; *Saliger*, ZStW 116 (2004), 53; *Hellmann*, Strafprozessrecht, Rn. 482. Vgl. auch *Seebode*, FS für Otto, S. 1003 f.; *Rogall*, JZ 2008, 826; *Alsberg/Güntge*, Der Beweis Antrag im Strafprozess, Rn. 911.

tere Aussage des Beschuldigten vom Verwertungsverbot erfasst,<sup>651</sup> und es besteht eine Fortwirkung. Ob im konkreten Fall eine Fortwirkung festgestellt wird, ist je nach Art und Auswirkung der früher angewandten verbotenen Vernehmungsmethode im Freibeweisverfahren zu entscheiden.<sup>652</sup> Dabei gelten in Anbetracht der in der Rechtsprechung betroffenen Sachverhalte besonders zwei Anforderungen.<sup>653</sup> Eine davon betrifft den Zeitabstand<sup>654</sup> und besagt, dass die Annahme einer Fortwirkung umso weniger in Betracht kommt, je länger die früheren unverwertbaren Aussagen zurückliegen und je weniger schwerwiegend die Beeinträchtigung der Willensfreiheit ist. Die zweite Anforderung verlangt die Überprüfung, ob der Beschuldigte auf Vorhalt nur seine früheren Aussagen pauschal bestätigt oder auf sie Bezug nimmt. Bejahendenfalls spricht es für das Vorliegen einer Fortwirkung.

Für die erstere Anforderung bezüglich des Zeitabstandes existieren einige Fälle.<sup>655</sup> Von größerer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang BGHSt 15, 187 ff. sowie seine Ergänzung BGHSt 17, 364 ff.: Der Beschuldigte wurde zur Leiche seines Opfers geführt mit dem Ziel, dadurch von ihm Erklärungen zum Tatvorwurf zu erlangen. In dieser Vernehmungssituation lag Quälerei bzw. seelischer Zwang vor. Am folgenden Tag, also in nahem zeitlichem Zusammenhang mit der polizeilichen Vernehmung, wurde der Beschuldigte durch einen Haftrichter vernommen, wobei er seine bei der Polizei gemachten Angaben nochmals verdeutlichte. Das Gericht sah die Willensfreiheit des Beschuldigten bei der späteren Vernehmung beeinträchtigt und bejahte eine Fortwirkung.<sup>656</sup>

Ein weiterer extremer Fall ist LG Aachen NJW 1978, 2256 f., in dem der Beschuldigte kurz vor der richterlichen Vernehmung ein von der Polizei bereits in einer früheren Vernehmung gegebenes, aber rechtswidriges Versprechen noch einmal nachdrücklich bestätigt bekommen und im Vertrauen auf dieses Versprechen ein volles Geständnis vor dem Richter abgelegt hatte. Angesichts der starken Einwirkung des Versprechens auf die Freiheit der Willensentscheidung des Beschuldigten und des engen zeitlichen Zusammenhangs zwischen beiden Vernehmungen ist das Gericht von einer Fortwirkung ausgegangen.<sup>657</sup>

---

<sup>651</sup> BGH NSTz 1995, 462, 462. Zustimmung KK-*Diemer*, § 136a Rn. 40; *Peters*, Strafprozess, S. 338.

<sup>652</sup> LG Bad Kreuznach StV 1994, 293, 294.

<sup>653</sup> BGH NSTz 1995, 462, 462; LG Frankfurt StV 2003, 325, 326. Zustimmung Meyer-Goßner/*Schmitt*, § 136a Rn. 30; KK-*Diemer*, § 136a Rn. 40. *Saliger* kritisiert diese zwei Anforderungen als streng. Siehe *Saliger*, ZStW 116 (2004), 51.

<sup>654</sup> Ablehnend *Neuhaus*, NSTz 1997, 314.

<sup>655</sup> LG Aachen NJW 1978, 2256; BGHSt 15, 187, sowie BGHSt 17, 364; OLG Frankfurt NSTz 1988, 425; OLG Frankfurt StV 1998, 119.

<sup>656</sup> BGHSt 17, 364, 368.

<sup>657</sup> LG Aachen NJW 1978, 2256, 2257.

Hinsichtlich der zweiten Anforderung ist zu überprüfen, ob der Beschuldigte auf Vorhalt nur seine früheren Aussagen pauschal bestätigt oder auf sie Bezug nimmt. Zur Erklärung dieser Anforderung ist BGHSt 35, 328 ff. erwähnenswert. In diesem Fall wurde dem Beschuldigten von der Polizei mitgeteilt, es liege eine erdrückende, ihm keine Chance lassende Beweiskette vor und er könne seine Lage nur durch ein Geständnis verbessern, obwohl gegen ihn bis dahin noch kein dringender Verdacht bestand. Hier wurde der Beschuldigte im Sinne von § 136a StPO getäuscht und legte infolgedessen ein Geständnis ab. Bei einer späteren richterlichen Vernehmung wurde er zwar rechtmäßig belehrt, allerdings hat die Richterin ihm seine polizeiliche Aussage nur auszugsweise sowie zusammengefasst vorgehalten und er bezugnehmend diese lediglich pauschal bestätigt. Hier wirkte sich die Täuschung auf die spätere Vernehmung aus, und die Aussagefreiheit des Beschuldigten war in rechts-erheblicher Weise beeinträchtigt.<sup>658</sup> Dieser Ansicht zur Annahme der Fortwirkung schließen sich auch einige weitere Urteile an.<sup>659</sup>

#### b) *Unterlassene Schweigerechtsbelehrung*

Die Grundsätze der Fernwirkung bei Verstoß gegen § 136a StPO lassen sich auch auf den Fall der unterlassenen Belehrung über das Schweigerecht übertragen. Daher ergibt sich, dass die nach erneuter Belehrung getätigten Aussagen des Beschuldigten verwertet werden dürfen, auch wenn er in der vorherigen Vernehmung keine solche Belehrung erhalten hat.<sup>660</sup> In der Rechtsprechung wird vertreten, dass sich der Beschuldigte nach der Belehrung in der späteren Vernehmung seiner freien Entscheidungsmöglichkeit bewusst sei<sup>661</sup> und folglich der Fehler der unterbliebenen Belehrung durch eine neue rechtmäßige Belehrung geheilt würde.<sup>662</sup>

Würde man hingegen die Folgerung ziehen, alle weiteren Angaben – auch weit nach der Belehrung gemachte – seien unverwertbar, so käme es zur Lahmlegung des Verfahrens.<sup>663</sup> Später hat die Rechtsprechung diese Grundsätze modifiziert und für die spätere Vernehmung eine Pflicht zur „qualifizierten“ Belehrung entwickelt, damit der Beschuldigte nicht glaubt, bei seiner Aussage bleiben zu müssen.<sup>664</sup> Als

---

<sup>658</sup> BGHSt 35, 328, 332.

<sup>659</sup> BGH StV 1996, 360; LG Bad Kreuznach StV 1994, 293.

<sup>660</sup> BGHSt 22, 129, 134.

<sup>661</sup> BGHSt 22, 129, 135; ähnlich OLG Hamm StV 2010, 5, 8.

<sup>662</sup> *Volk/Engländer*, Grundkurs StPO, § 9 Rn. 11; vgl. auch Meyer-Goßner/*Schmitt*, § 136 Rn. 9.

<sup>663</sup> BGHSt 22, 129, 136.

<sup>664</sup> BGH StV 2007, 450; BGHSt 53, 112; LG Bamberg NSTZ-RR 2006, 311; vgl. auch OLG München StraFo 2009, 206. Für einen Überblick über diese Entwicklung siehe OLG Hamm StV 2010, 5 ff., 7. Diese Pflicht zur „qualifizierten“ Belehrung wird auch in der Literatur befürwortet: *Roxin*, HRRS 2009, 186; *Ellbogen*, NSTZ 2010, 465; *Neuhaus*, NSTZ 1997, 315; *Grünwald*, Das Beweisrecht der Strafprozessordnung, S. 160.

„qualifizierte“ Belehrung gilt die Zusicherung gegenüber dem Beschuldigten, dass seine früheren Aussagen nicht verwertet werden. Eine „qualifizierte“ Belehrung dient in erster Linie der Heilung von Verstößen gegen Belehrungspflichten.<sup>665</sup> Da das Schweigerecht und das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit zum Kernstück des von Art. 6. Abs. 1 EMRK garantierten fairen Verfahrens gehören, muss die rechtsstaatliche Ordnung Vorkehrungen in Form einer „qualifizierten“ Belehrung treffen.<sup>666</sup> Wurde der Beschuldigte in einer späteren Vernehmung nur über das Schweigerecht belehrt, sorgt ein Verstoß gegen die Pflicht zur „qualifizierten“ Belehrung nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung<sup>667</sup> allerdings nicht zwingend für ein Verwertungsverbot.<sup>668</sup> Der Verstoß hat nicht dasselbe Gewicht wie ein Verstoß gegen die Schweigerechtsbelehrung.<sup>669</sup> Die Rechtsprechung hat zur Entscheidung über die Verwertbarkeit einer solchen Vernehmung eine Abwägung hinsichtlich des Gewichts des Verfahrensverstößes und des Sachaufklärungsinteresses vorgenommen.<sup>670</sup> Außerdem ist bei der Abwägung maßgeblich darauf abzustellen, ob der Beschuldigte der Annahme ist, von seinen früheren Angaben nicht mehr abrücken zu können.<sup>671</sup>

Ein Fallbeispiel für diese Abwägung bei Unterlassen der „qualifizierten“ Belehrung ist BGHSt 53, 112 ff. Nach dem BGH kommt bei der Abwägung neben dem Gewicht des Verfahrensverstößes und dem Interesse an der Sachaufklärung noch maßgeblich hinzu, ob der Vernommene davon ausgegangen ist, dass er von seinen vor der Belehrung gemachten Angaben als Zeuge bei weiteren Vernehmungen als Beschuldigter nicht mehr abrücken kann.<sup>672</sup> In dieser Hinsicht hat der Beschuldigte nach der neuen Belehrung über das Schweigerecht nicht seine früheren Angaben im Wesentlichen lediglich wiederholt und auch nicht nur seine Mitbeschuldigten belastet, sondern darüber hinaus erstmals sich selbst massiv belastet. Daher ist kaum anzunehmen, dass der Beschuldigte sich nach rechtmäßiger Belehrung seiner

---

<sup>665</sup> BGH StV 2007, 450, 452; OLG Hamm StV 2010, 5, 9. In der Literatur wird auch die Ansicht vertreten, dass eine „qualifizierte“ Belehrung der Fortwirkung entgegenwirken oder diese beseitigen kann. Dazu *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 24 Rn. 61; *KK-Diemer*, § 136a Rn. 41; *Roxin*, JR 2008, 18; *Beulke*, Strafprozessrecht, 13. Aufl., Rn. 483; *Neuhaus*, NStZ 1997, 315; vgl. auch *Rogall*, JZ 2008, 826; *Alsberg/Güntge*, Der Beweisantrag im Strafprozess, Rn. 911.

<sup>666</sup> BGHSt 53, 112, 115.

<sup>667</sup> Vgl. auch BGH StV 2007, 450; BGHSt 53, 112; OLG Hamm StV 2010, 5.

<sup>668</sup> In der Literatur sind Gegenmeinungen zu finden: *Roxin*, JR 2008, 18; *ders.*, HRRS 2009, 187; *Kasiske*, ZIS 2009, 322; *Neuhaus*, NStZ 1997, 315.

<sup>669</sup> BGH StV 2007, 450, 452; BGHSt 53, 112, 116. Kritisch *Ellbogen*, NStZ 2010, 465; *Roxin*, JR 2008, 18; *Roxin*, HRRS 2009, 187; *Gless/Wennekers*, JR 2009, 384; *Neuhaus*, StV 2010, 51; *Kasiske*, ZIS 2009, 323.

<sup>670</sup> BGH StV 2007, 450, 452. Zustimmung *Meyer-Goßner/Schmitt*, § 136 Rn. 9. Ablehnend *Roxin*, JR 2008, 18; *Gless/Wennekers*, JR 2009, 384; *Kasiske*, ZIS 2009, 323.

<sup>671</sup> BGHSt 53, 112, 116. Zustimmung *Meyer-Goßner/Schmitt*, § 136 Rn. 9. Kritisch OLG Hamm StV 2010, 5, 8; *Gless/Wennekers*, JR 2009, 384; *Kasiske*, ZIS 2009, 322.

<sup>672</sup> BGHSt 53, 112, 116.

Entscheidungsfreiheit nicht bewusst war und deshalb der ursprüngliche Belehrungsverstoß fortwirkte.<sup>673</sup> Da hier keine Fernwirkung besteht, ist die spätere Vernehmung daher verwertbar.

c) *Zufallsfunde bei der Telekommunikationsüberwachung*

Eine weitere wesentliche Thematik zur Fernwirkung betrifft Zufallsfunde bei der Telekommunikationsüberwachung. Wie schon erwähnt,<sup>674</sup> dürfen dabei Zufallsfunde nicht verwertet werden, wenn sie weder von einer Katalogtat nach § 100a StPO noch von einer Straftat handeln, die in direktem Zusammenhang mit der Katalogtat im Anlassverfahren steht. Hier ist zu diskutieren, ob die aufgrund solcher unverwertbaren Zufallserkenntnisse erlangten weiteren Beweismittel verwertet werden dürfen, also ob eine Fernwirkung des für die Zufallsfunde begründeten Verwertungsverbots besteht.

Das Verwertungsverbot untersagt die Verwertung einer Aussage, die auf Vorhalt solcher Zufallserkenntnisse<sup>675</sup> erlangt worden ist. Hier besteht eine Fortwirkung. In BGHSt 27, 355 ff.<sup>676</sup> wurde dem Beschuldigten eine durch rechtmäßig angeordnete Überwachung erlangte, eine Nichtkatalogtat nachweisende Tonbandaufnahme vorgehalten und er diesbezüglich vernommen. Angesichts des schweren Eingriffs in die Privatsphäre hat das Gericht vertreten, dass eine solche Tonbandaufnahme nicht vorgehalten und eine durch einen solchen Vorhalt gewonnene Aussage nicht verwertet werden darf, auch wenn der Beschuldigte über das Schweigerecht vor der Vernehmung belehrt wurde.<sup>677</sup> Es hat weiter ausgeführt, in der Regel könne erst eine spätere Aussage verwertet werden, auf die sich die Tonbandaufnahme nicht mehr ausgewirkt habe, etwa weil eine längere Zeit verstrichen sei und dem Vernommenen die Tonbandaufnahme oder die früheren unverwertbaren Vernehmungen nicht mehr vorgehalten worden seien.<sup>678</sup>

Das Verwertungsverbot aus den Grundsätzen zu den Zufallsfunden untersagt aber nicht die Nutzung der unverwertbaren Zufallserkenntnisse zur Einleitung weiterer Ermittlungen. Eine Fernwirkung gibt es hier nicht.<sup>679</sup> Dies entspricht auch dem schon erwähnten „Spurenansatz“, welcher auch in BGHSt 27, 355 ff. erörtert

---

<sup>673</sup> BGHSt 53, 112, 117.

<sup>674</sup> Siehe oben Erster Teil, II.D.4.d)aa) und bb).

<sup>675</sup> Als Vorhalt der Zufallserkenntnisse gilt nicht nur ein klarer Hinweis auf die die Zufallserkenntnisse enthaltende Tonaufnahme, sondern auch eine einfache Mitteilung der Zufallserkenntnisse, ohne die Quelle dieser Erkenntnisse genannt zu haben. Ein Beispielfall für Letzteres ist OLG Karlsruhe, NJW 2004, 2687.

<sup>676</sup> BGHSt 27, 355 würde im US-amerikanischen Recht der Ausnahme der *independent source* zugeordnet. Siehe *Harris*, StV 1991, 322.

<sup>677</sup> BGHSt 27, 355, 357 f.

<sup>678</sup> BGHSt 27, 355, 358; auch BGHSt 35, 32, 34.

<sup>679</sup> OLG München wistra 2006, 472, 474.

wird. Der BGH hat diesbezüglich eine Situation dargestellt, in der der Beschuldigte bei der Vernehmung Umstände und Tatsachen erwähnte, die sich nicht aus der ihm vorgehaltenen Tonbandaufnahme ergaben. Also betreffen solche Umstände und Tatsachen auch nicht die als Zufallsfund angesehene Nichtkatalogtat. Die Gewinnung der Umstände und Tatsachen folgt aus einem eigenständigen Erkenntnisvorgang, in dem die Tonbandaufnahme nur den äußeren Anlass für die Vernehmung, die spätere Aussage hingegen das wirkliche Beweismittel darstellt, für das die ursprüngliche Tonbandaufnahme keinen bestimmenden Einfluss mehr hat.<sup>680</sup> Die Aussage ist daher verwertbar. In diesem Sinne ist das Gericht dem Grundsatz gefolgt, dass es den Ermittlungsbehörden auch nicht zu verwehren ist, den aus der Tonbandaufnahme erkenntlichen Spuren nachzugehen und insoweit zu ermitteln.<sup>681</sup>

Zur Ablehnung der Fernwirkung bzw. zur Verwendbarkeit des „Spurenansatzes“ hat die Rechtsprechung nochmals in ihrer Begründung Folgendes betont: Ein Verfahrensfehler, der ein Verwertungsverbot eines Beweismittels herbeiführt, darf nicht ohne Weiteres zur Lahmlegung des gesamten Strafverfahrens führen.<sup>682</sup> Zudem hat sie dabei das Bedürfnis einer wirksamen Strafverfolgung und Verbrechensbekämpfung hervorgehoben, das öffentliche Interesse an einer möglichst vollständigen Wahrheitsermittlung im Strafverfahren betont und die wirksame Aufklärung von Straftaten, insbesondere schwerer Straftaten, als einen wesentlichen Auftrag des rechtsstaatlichen Gemeinwesens bezeichnet.<sup>683</sup> In konkreten Fällen hat die Rechtsprechung angesichts dieser Überlegungen eine Interessenabwägung vorgenommen und sich für die Ablehnung der Fernwirkung entschieden.<sup>684</sup>

Außerdem wird teilweise angesichts der Umstände des Einzelfalls ein Argument bezüglich der Kausalität zwischen dem Rechtsfehler und dem Auffinden der Beweismittel bzw. der Überführung des Beschuldigten hinzugefügt. So wurde beispielsweise in BGHSt 32, 68 ff. diesbezüglich Folgendes geäußert: Eine solche Begrenzung der Auswirkung von Verfahrensfehlern ist erforderlich, weil sich ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Rechtsfehler und dem Auffinden der Beweismittel bzw. der Überführung des Beschuldigten kaum sicher feststellen lässt;<sup>685</sup> da der Polizei vor der Telefonüberwachung die später über Zufallsfunde gewonnenen Erkenntnisse einigermmaßen bekannt sind, liegt die Möglichkeit nicht fern, dass weitere Ermittlungen auch ohne die Telekommunikationsüberwachung auf die Spur des Beschuldigten oder zur Aufklärung des Sachverhalts geführt hätten.<sup>686</sup>

<sup>680</sup> BGHSt 27, 355, 358; auch OLG Köln VRS 2001, 33, 35.

<sup>681</sup> BGHSt 27, 355, 358.

<sup>682</sup> BGHSt 27, 355, 358; BGHSt 32, 68, 71; BGHSt 51, 1, 8. Kritisch *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Rn. 406.

<sup>683</sup> BGHSt 51, 1, 8. Kritisch *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Rn. 405.

<sup>684</sup> Z.B. BGHSt 51, 1. Vgl. auch LR-*Gless*, 26. Aufl., § 136a Rn. 75.

<sup>685</sup> BGHSt 32, 68, 71.

<sup>686</sup> Vgl. BGHSt 32, 68, 71.



#### d) Weitere Sachverhalte

Weitere in Bezug auf die Problematik der Fernwirkung zu berücksichtigende Sachverhalte sind z.B. zum einen die Aussage eines Zeugen, der aufgrund einer gegen § 136a StPO verstoßenden Beschuldigtenvernehmung gefunden wurde,<sup>687</sup> und zum anderen Beweismittel und Erkenntnisse, die aufgrund einer unter Verstoß gegen die Belehrungspflicht über das Zeugnisverweigerungsrecht erlangten Zeugenaussage gewonnen worden sind.<sup>688</sup> Für diese hat die Rechtsprechung die Fernwirkung abgelehnt. Sie verweist darauf, dass ein Verfahrensfehler nicht ohne Weiteres dazu führen darf, dass das gesamte Strafverfahren lahmgelegt wird.<sup>689</sup> Für ersteren Sachverhalt wird hinzugefügt, dass die Willensfreiheit des Zeugen durch die verbotene Vernehmungsmethode gegenüber dem Beschuldigten nicht beeinträchtigt wird; eine solche Begrenzung der Auswirkung des Fehlers ist zur wirksamen Verbrechensbekämpfung auch deshalb erforderlich, weil sich kaum jemals feststellen lässt, ob die Polizei den Zeugen auch ohne den Verstoß gefunden hätte.<sup>690</sup> Zum zweiten Sachverhalt wird weiter ausgeführt, dass die Zeugenaussage, auch wenn sie unverwertbar ist, dazu benutzt werden darf, weitere Ermittlungen zu führen und andere Beweise aufzufinden und zu verwerten.<sup>691</sup> Diese Begrenzung des Verwertungsverbots erscheint unter Abwägung der Interessen des verweigerungsberechtigten Zeugen und des staatlichen Interesses an der Wahrheitserforschung durchaus gerechtfertigt; die unterlassene Belehrung gegenüber dem Zeugen kann an sich außerdem keinen Vorwurf der Menschenrechts- und Verfassungswidrigkeit zur Folge haben.<sup>692</sup>

## 2. Fernwirkung in der Literatur

Die Haltung und die Begründungen der Rechtsprechung zur Fernwirkung stoßen in der Literatur sowohl auf Zustimmung<sup>693</sup> als auch auf Ablehnung.<sup>694</sup> Insgesamt lassen sich die Meinungen in der Literatur in drei Gruppen einteilen: Anerkennung der Fernwirkung (sogleich unter a),<sup>695</sup> Ablehnung der Fernwirkung (b)<sup>696</sup> und vermittelnder Ansatz (c).<sup>697</sup>

---

<sup>687</sup> BGHSt 34, 362.

<sup>688</sup> OLG Köln VRS 2001, 33.

<sup>689</sup> BGHSt 34, 362, 364; OLG Köln VRS 2001, 33, 34.

<sup>690</sup> BGHSt 34, 362, 364 f.

<sup>691</sup> OLG Köln VRS 2001, 33, 35.

<sup>692</sup> OLG Köln VRS 2001, 33, 35 f.

<sup>693</sup> Z.B. *Sieber*, NJW 2008, 886; *Gössel*, GA 1991, 510; *Finger*, JA 2006, 539.

<sup>694</sup> Z.B. *Neuhaus*, NJW 1990, 1221 f.; *Küpper*, JZ 1990, 423.

<sup>695</sup> *Peters*, Strafprozess, S. 338; *Volk/Engländer*, Grundkurs StPO, § 28 Rn. 43; *Beulke*, Strafprozessrecht, 13. Aufl., Rn. 482; *Spendel*, JuS 1964, 471; *Klug*, Referat zum 46. DJT, Band II, Teil F, S. 46 f.; *Grünwald*, Das Beweisrecht der Strafprozessordnung, S. 158 f.;

a) *Anerkennung der Fernwirkung*

Die in der Rechtsprechung angeführten zwei Hauptargumente zur Ablehnung der Fernwirkung beziehen sich auf die Lahmlegung der Strafverfolgung bei Anerkennung der Fernwirkung und die Hypothese, dass sich kaum jemals feststellen lässt, ob der mittelbare Beweis ohne den Verstoß nicht auch hätte gefunden werden können. Diese Argumente werden von den Befürwortern der Fernwirkung kritisiert. Das kriminalpolitische Argument der Lahmlegung der Strafverfolgung sei eine rein hypothetische Erwägung<sup>698</sup> und könne keine Berücksichtigung finden, denn ein Nachteil für das Strafverfolgungsinteresse sei nur dann denkbar, wenn nicht aufzuklären sei, ob die Strafverfolgungsbehörden nicht auch auf anderem Wege auf dasselbe Beweismittel gestoßen wären.<sup>699</sup> Für das Lahmlegungsargument fehlt es an empirischen Grundlagen,<sup>700</sup> denn das Argument ist angesichts der praktischen Seltenheit solcher Fälle, die die Fernwirkung anerkennen, eher unrealistisch.<sup>701</sup> Zudem liege es in der Hand der Strafverfolgungsbehörden, durch „saubere“ Ermittlungstätigkeit die Lahmlegung der Strafverfolgung zu verhindern.<sup>702</sup> Beim Argument des rechtmäßigen „Alternativverhaltens“ fehle der Nachweis der Kausalität oder ein solcher Nachweis sei nicht zu führen.<sup>703</sup> Es wird als klärungsbedürftig<sup>704</sup> und mager<sup>705</sup> empfunden. Außerdem wird vorgebracht, dass das Prinzip *in dubio pro reo* auf die Frage der Kausalität anzuwenden sei, wenn Zweifel am Auffinden des mittelbaren Beweismittels zu Lasten des Beschuldigten wirken.<sup>706</sup>

---

*Fezer*, Strafprozessrecht, S. 224, und *ders.*, JZ 1987, 938 f.; *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 912.1; *Paulus*, GS für Meyer, S. 327 f.; *Neuhaus*, NJW 1990, 1221 f.; *Seebode*, FS für Otto, S. 1009–1012; *Heine*, HRRS 2009, 546 f.; *Reichert-Hammer*, JuS 1989, 449 f.; *Hüls*, ZIS 2009, 160, 167; *Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozess, S. 76–80; *Nüse*, JR 1966, 284; *Otto*, GA 1970, 294 f.; *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, S. 49 f. Kritik an der Anerkennung der Fernwirkung bei *Füllkrug*, MDR 1989, 122.

<sup>696</sup> *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 24 Rn. 64; *Meyer-Göfner/Schmitt*, Einl. Rn. 57; *Gössel*, FS für Bockelmann, S. 817; *Lesch*, Strafprozessrecht, Rn. 170; *Klein-knecht*, NJW 1996, 1544; *Kramer*, Jura 1988, 524; *ders.*, Grundlagen des Strafverfahrensrechts, Rn. 165a; *Baumann*, GA 1959, 42; *Petry*, Beweisverbote im Strafprozess, S. 126 f. Kritik an der Ablehnung der Fernwirkung bei *Füllkrug*, MDR 1989, 122.

<sup>697</sup> *Rogall*, ZStW 91 (1979), 39 f.; *ders.*, JZ 1996, 948 f.; *ders.*, JZ 2008, 827; *Hellmann*, Strafprozessrecht, Rn. 484 und 792; *Maiwald*, JuS 1978, 384 f.; *Saliger*, ZStW 116 (2004), 56 f.; *Füllkrug*, MDR 1989, 122 f.; *Joerden*, JuS 1993, 931.

<sup>698</sup> *Fezer*, JZ 1987, 938.

<sup>699</sup> *Grünwald*, Das Beweisrecht der Strafprozessordnung, S. 158.

<sup>700</sup> *Neuhaus*, NJW 1990, 1221.

<sup>701</sup> *Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozess, S. 79 f.

<sup>702</sup> *Reichert-Hammer*, JuS 1989, 449.

<sup>703</sup> *Reichert-Hammer*, JuS 1989, 450.

<sup>704</sup> *Fezer*, JZ 1987, 939.

<sup>705</sup> *Neuhaus*, NJW 1990, 1222.

<sup>706</sup> *Neuhaus*, NJW 1990, 1222.

Die Fernwirkung der Beweisverwertungsverbote wird von ihren Befürwortern in Anlehnung an das US-amerikanische Recht mit der Disziplinierung der Strafverfolgungsbehörden begründet.<sup>707</sup> Die Disziplinierung der Strafverfolgungsbehörden durch Fernwirkung lässt sich nicht klar von der Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens trennen, welche die Beweisverbote in Deutschland vorrangig garantieren sollten.<sup>708</sup> Ferner haben einige Befürworter der Fernwirkung anhand des Wortlautes von § 136a StPO die Absolutheit der Beweisverwertungsverbote postuliert<sup>709</sup> und die Gefahr erkannt, dass das Verbot der Verwertung des rechtswidrig unmittelbar erlangten Beweismittels entwertet würde, wenn die mittelbar zustande gekommenen Beweismittel hingegen verwertet werden dürfen.<sup>710</sup> Der Schutzzweck der Verwertungsverbote, insbesondere bei § 136a StPO, könnte dadurch leicht umgangen werden.<sup>711</sup> Deshalb sollen die mittelbaren Beweismittel nicht anders behandelt werden als die unmittelbaren Beweismittel.<sup>712</sup> Es sei rabulistisch, zwischen der angeblich zulässigen Nutzung des Wissens und der zweifelsfrei unzulässigen Verwertung der Aussage einen Unterschied zu konstruieren.<sup>713</sup> Der Prozess als Ganzer solle integer bleiben.<sup>714</sup>

Die Befürworter der Fernwirkung lassen jedoch Ausnahmen zu,<sup>715</sup> wenn das Auffinden des mittelbaren Beweismittels in keiner tatsächlichen Kausalität zur rechtswidrigen Handlung der Strafverfolgungsbehörden steht, sondern aufgrund

---

<sup>707</sup> Reichert-Hammer, JuS 1989, 449; Heine, HRRS 2009, 547. Ablehnend Nüse, JR 1966, 284 f.

<sup>708</sup> Reichert-Hammer, JuS 1989, 449.

<sup>709</sup> Klug, Referat zum 46. DJT, Band II, Teil F, S. 46 f.; Grünwald, Das Beweisrecht der Strafprozessordnung, S. 158 f.; Kühne, Strafprozessrecht, Rn. 912.1. Ähnlich Spendel, JuS 1964, 471; Nüse, JR 1966, 284; Otto, GA 1970, 294 f.

<sup>710</sup> Grünwald, Das Beweisrecht der Strafprozessordnung, S. 158 f. Ähnlich Kühne, Strafprozessrecht, Rn. 912.1. Der Disziplinierung der Strafverfolgungsbehörden stimmt Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 406, auch zu, und zwar unter dem Gesichtspunkt kriminalpolitischer Erwägungen.

<sup>711</sup> Ähnlich Grünwald, Das Beweisrecht der Strafprozessordnung, S. 158 f.; Kühne, Strafprozessrecht, Rn. 912.1; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 407.

<sup>712</sup> Vgl. Klug, Referat zum 46. DJT, Band II, Teil F, S. 46; Grünwald, Das Beweisrecht der Strafprozessordnung, S. 158 f.

<sup>713</sup> Spendel, NJW 1966, 1105.

<sup>714</sup> Klug, Referat zum 46. DJT, Band II, Teil F, S. 46.

<sup>715</sup> Diese Ausnahmen werden von einigen Befürwortern abgelehnt: Seebode, FS für Otto, S. 1011 f.; Kühne, Strafprozessrecht, Rn. 912.2; Paulus, GS für Meyer, S. 327 f. Seebode kritisiert, dass die rechtliche Berücksichtigung stets unsicherer Hypothesen das gesetzliche Verwertungsverbot in § 136a StPO nicht nur im Einzelfall wirkungslos werden lässt, sondern auch bei Verdacht auf Schwerekriminalität immer einen Anreiz zu sofortigen Ermittlungserfolg versprechenden Menschenrechtsverstößen bietet. Kühne sieht in den US-amerikanischen rechtlichen Ausnahmen eine Gefahr, dass Tür und Tor für bloße Mutmaßungen, die eine Fernwirkung von Beweisverboten ausschließen, geöffnet werden.

einer unabhängigen Quelle erfolgt<sup>716</sup> (vergleichbar mit der *independent source* oder dem *actual clean path* im US-amerikanischen Recht) oder wenn das mittelbare Beweismittel auf andere rechtmäßige Weise ohnehin gefunden worden wäre<sup>717</sup> (vergleichbar mit der *inevitable discovery* oder dem *hypothetic clean path* im US-amerikanischen Recht).

### b) Ablehnung der Fernwirkung

Die Gegner der Fernwirkung bringen das Hauptargument vor, dass die Fernwirkung mit dem Parteiprozess und der Disziplinierung der Strafverfolgungsbehörden im US-amerikanischen Recht zusammenhängt.<sup>718</sup> Die Parteien im akkusatorischen Prozess können nach der Dispositionsmaxime frei über den Prozessstoff verfügen, und infolgedessen kann das Vorbringen einzelner Angriffs- oder Verteidigungsbe-weismittel unter bestimmten Voraussetzungen ohne Weiteres präkludiert oder ver-wirkt sein.<sup>719</sup> Sonst könnte eine Partei durch ihre rechtswidrig erlangten Beweise leicht eine überlegene Position gegenüber der anderen Partei erhalten.<sup>720</sup> Durch die Instrumentalisierung der Fernwirkung könnte das US-amerikanische Recht die Strafverfolgungsbehörden dazu disziplinieren, künftig rechtswidrige Handlungen zu vermeiden.<sup>721</sup> In Deutschland gilt der Untersuchungsgrundsatz, infolge dessen das Gericht von Amts wegen alle Tatsachen und Beweise berücksichtigen muss, und somit kommt eine Verwirkung von Beweisen durch den Angeklagten oder die Staatsanwaltschaft von vornherein nicht in Betracht.<sup>722</sup> Außerdem hat die Staats-anwaltschaft in Deutschland die Verpflichtung zur Objektivität.<sup>723</sup> Die Disziplinie-

<sup>716</sup> Reichert-Hammer, JuS 1989, 450; Fezer, Strafprozessrecht, S. 224; Klug, Referat zum 46. DJT, Band II, Teil F, S. 46; Amelung, FS für Roxin, S. 1268.

<sup>717</sup> Volk/Engländer, Grundkurs StPO, § 28 Rn. 43; Reichert-Hammer, JuS 1989, 450; Fezer, Strafprozessrecht, S. 224; Klug, Referat zum 46. DJT, Band II, Teil F, S. 46 f.; Grünwald, Das Beweisrecht der Strafprozessordnung, S. 161; Beulke, Strafprozessrecht, 13. Aufl., Rn. 483; Amelung, FS für Roxin, S. 1268. Vgl. auch Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 409 und 410. Für diese hypothetischen Kausalverläufe gibt es unterschiedliche Anforderungen an den Grad der Wahrscheinlichkeit, mit der das mittelbare Beweismittel gefunden worden wäre. Dazu Reichert-Hammer, JuS 1989, 450; auch SK-StPO/Rogall, 5. Aufl., § 136a Rn. 120-126.

<sup>718</sup> Lesch, Strafprozessrecht, Rn. 170; Kleinknecht, NJW 1996, 1544; Kramer, Jura 1988, 524; ders., Grundlagen des Strafverfahrensrechts, Rn. 165a; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 24, Rn. 60. A.A. bezüglich des Zusammenhangs zwischen der Fernwirkung und dem Parteiprozess sowie der Disziplinierung bei Saliger, ZStW 116 (2004), 55 f.; Maiwald, JuS 1978, 384.

<sup>719</sup> Lesch, Strafprozessrecht, Rn. 170.

<sup>720</sup> Vgl. Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 24, Rn. 60.

<sup>721</sup> Kleinknecht, NJW 1996, 1544; Kramer, Grundlagen des Strafverfahrensrechts, Rn. 165a.

<sup>722</sup> Lesch, Strafprozessrecht, Rn. 170. Vgl. auch Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 24, Rn. 60.

<sup>723</sup> Vgl. Kramer, Jura 1988, 524.

zung der Strafverfolgungsbehörden soll nicht durch eine den Rechtsgüterschutz preisgebende Hemmung der Strafverfolgung wegen einer begangenen Tat erfolgen, sondern durch die Bestrafung grober Verfahrensrechtsverletzungen.<sup>724</sup> Angesichts dieser Unterschiede zwischen beiden Rechtssystemen ist die Fernwirkung hierzulande abzulehnen.

Außerdem argumentieren die Gegner der Fernwirkung, dass die Erhebung und die Verwertung mittelbarer Beweise unabhängig von der fehlerhaften Beweiserhebung sind.<sup>725</sup> Die bei der Anerkennung der Fernwirkung angenommene Kausalität zwischen dem Auffinden der mittelbaren Beweismittel und dem Rechtsfehler, der für ein Verwertungsverbot sorgt, ist aus Sicht ihrer Gegner von einer Nachprüfung rein gedanklicher Kausalität abhängig, und daher dürfte die Anerkennung der Fernwirkung kaum praktikabel sein.<sup>726</sup> Strafrechtliche Ermittlungen seien in ihrem Verlauf nicht vorhersagbar.<sup>727</sup> Darüber hinaus wird den in der Rechtsprechung angedeuteten kriminalpolitisch unerträglichen Folgen bzw. der Beeinträchtigung des Strafverfolgungsinteresses von den Gegnern der Fernwirkung zugestimmt.<sup>728</sup> Ein hypothetischer Ermittlungsverlauf als Alternative zur Begründung der Verwertung der mittelbaren Beweismittel wird innerhalb dieser Meinungsgruppe teilweise abgelehnt. Dies wird damit begründet, dass ein hypothetischer Ermittlungsverlauf nur beim Transfer rechtmäßig erlangter Beweismittel in ein anderes Verfahren Sinn macht und dass im deutschen Strafverfahren die Problematik der Fernwirkung auf diese Weise nicht lösbar ist.<sup>729</sup> Ein Teil der Literatur dieser Meinungsgruppe hat dabei aber den hypothetischen Ermittlungsverlauf zugelassen.<sup>730</sup>

Einige Ausnahmen zur Ablehnung der Fernwirkung werden anerkannt, etwa wenn die Strafverfolgungsbehörde bewusst eine Vorschrift missachtet, weil sie nicht am unmittelbar erlangten Beweismittel, sondern an den indirekten Erkenntnissen interessiert ist.<sup>731</sup>

---

<sup>724</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 24, Rn. 60.

<sup>725</sup> Vgl. Kleinknecht, NJW 1996, 1544; Lesch, Strafprozessrecht, Rn. 170; Petry, Beweisverbote im Strafprozess, S. 127.

<sup>726</sup> Kramer, Jura 1988, 524. Vgl. auch Kleinknecht, NJW 1996, 1544.

<sup>727</sup> Kramer, Grundlagen des Strafverfahrensrechts, Rn. 165a.

<sup>728</sup> Kleinknecht, NJW 1996, 1544; Kramer, Grundlagen des Strafverfahrensrechts, Rn. 165a.

<sup>729</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 24, Rn. 62.

<sup>730</sup> Seiler, FS für Peters, S. 456.

<sup>731</sup> Kramer, Grundlagen des Strafverfahrensrechts, Rn. 165a.

## c) Vermittelnde Ansicht

Die vermittelnde Meinungsgruppe wird hauptsächlich von den Befürwortern der Abwägungslehre<sup>732</sup> vertreten. Sie postulieren, dass für die Problematik der Fernwirkung keine abstrakte Festlegung möglich ist, sondern dass diese für jeden Fall gesondert diskutiert werden muss.<sup>733</sup> Hierbei soll über die Reichweite der Verwertungsverbote – die Fernwirkung – im Wege der Abwägung zwischen dem Individualinteresse an der Erhaltung und Durchsetzung von Individualrechtsgütern und dem Strafverfolgungsinteresse der Allgemeinheit entschieden werden, also entsprechend der gleichen Methodik wie bei der Ermittlung von Verwertungsverböten.<sup>734</sup> Es muss geprüft werden, ob es unter Rechtsstaatsgesichtspunkten geboten erscheint, zur Bewahrung und Durchsetzung von Individualrechtsgütern gegenüber dem Strafverfolgungsinteresse ein mit Fernwirkung versehenes Verwertungsverbot anzunehmen.<sup>735</sup> Dies ist der Fall, wenn das Individualinteresse gegenüber dem Strafverfolgungsinteresse überwiegt.<sup>736</sup> Eine Fernwirkung<sup>737</sup> liegt nahe bei bewussten und schweren Rechtsverletzungen, die zudem noch wichtige Schutzinteressen oder Rechtsgüter betreffen, z.B. bei Verletzung des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit<sup>738</sup> bzw. bei Verstoß gegen § 136a StPO<sup>739</sup> oder bei Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.<sup>740</sup> Umgekehrt spricht ein erhöhtes Strafverfolgungsinteresse bei schwerer Kriminalität gegen die Fernwirkung.<sup>741</sup> Bei der Abwägung sind die Schwere des Eingriffs (seine Qualität und Intensität)<sup>742</sup> und die Bedeutung der verletzten Rechtsnorm einerseits und andererseits das Gewicht der aufzuklärenden Straftat<sup>743</sup> und der Schutz der Allgemeinheit genauer zu berücksichtigen.<sup>744</sup> Außer-

---

<sup>732</sup> Siehe unten Erster Teil, III.C.1.

<sup>733</sup> Rogall, JZ 2008, 827. Ähnlich Hellmann, Strafprozessrecht, Rn. 484 und 792.

<sup>734</sup> Rogall, JZ 2008, 827; ders., ZStW 91 (1979), 40; ders., JZ 1996, 948; SK-StPO/Rogall, 5. Aufl., § 136a Rn. 112. Ähnlich Joerden, JuS 1993, 931. Kritisch Fezer, Strafprozessrecht, S. 224.

<sup>735</sup> Rogall, ZStW 91 (1979), 40.

<sup>736</sup> Rogall, ZStW 91 (1979), 40.

<sup>737</sup> Rogall, JZ 2008, 827; ders., JZ 1996, 948. Vgl. auch Hellmann, Strafprozessrecht, Rn. 484 und 792.

<sup>738</sup> Rogall, ZStW 91 (1979), 40.

<sup>739</sup> SK-StPO/Rogall, 5. Aufl., § 136a Rn. 113. Vgl. auch Joerden, JuS 1993, 931.

<sup>740</sup> Rogall, ZStW 91 (1979), 40.

<sup>741</sup> Rogall, ZStW 91 (1979), 40; SK-StPO/Rogall, 5. Aufl., § 136a Rn. 113; Maiwald, JuS 1978, 385; Saliger, ZStW 116 (2004), 57.

<sup>742</sup> Saliger, ZStW 116 (2004), 56.

<sup>743</sup> Füllkrug, MDR 1989, 122. Vgl. auch Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 408; SK-StPO/Rogall, 5. Aufl., § 136a Rn. 112.

<sup>744</sup> Maiwald, JuS 1978, 384.

dem verdient die Disziplinierung der Strafverfolgungsbehörden dabei eine verhältnismäßige Gewichtung.<sup>745</sup>

Wenn die Kausalität zwischen dem ursprünglichen Rechtsverstoß und den mittelbaren Beweismitteln abgeschwächt ist oder gar fehlt oder wenn die mittelbaren Beweismittel auf legalem Weg ohnehin gefunden worden wären (siehe die Ausnahmen zur Fernwirkung im US-amerikanischen Recht: *purged taint*, *independent source* und *inevitable discovery*), können die mittelbaren Beweismittel nach Ansicht der vermittelnden Meinungsgruppe verwertet werden.<sup>746</sup>

Die anfängliche Untersuchung der Rechtsprechung zeigt, dass die vermittelnde Meinungsgruppe gegenüber den beiden anderen eine Vorrangstellung einnimmt und die Interessenabwägung in der Praxis wesentlich angewandt wird.<sup>747</sup>

### III. Begründungen

In Bezug auf Beweisverbote bzw. Beweisverwertungsverbote wurden und werden unterschiedliche theoretische Ansätze zur Begründung und Systematisierung dieses Rechtsinstituts entwickelt. Zwischen den Anhängern dieser Theorien kommt es immer wieder zu heftigen Auseinandersetzungen, und es konnte bis heute keine Einigung erzielt werden.<sup>748</sup> Diese Theorien werden im deutschen Recht systematisiert und lassen sich im Wesentlichen in Schutzzwecklehren (sogleich A.), Funktionslehren (B.), Abwägungslehre und normative Fehlerfolgenlehre (C.) sowie die Lehre von den Informationsbeherrschungsrechten und vom informationellen Unterlassungsanspruch (D.) unterteilen.<sup>749</sup> In den folgenden Abschnitten werden diese Theoriengruppen dargestellt und diskutiert. Anschließend wird in diesem Rahmen

---

<sup>745</sup> *Maiwald* findet, die Disziplinierung spiele nur teilweise eine Rolle bei der Fernwirkung. Im Gegensatz dazu weist *Saliger* ihr eine stärkere Gewichtung zu. Siehe *Maiwald*, JuS 1978, 384 und *Saliger*, ZStW 116 (2004), 57.

<sup>746</sup> *Rogall*, JZ 2008, 827; SK-StPO/*Rogall*, 5. Aufl., § 136a Rn. 116-120; *Saliger*, ZStW 116 (2004), 56; *Joerden*, JuS 1993, 931. Vgl. auch *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Rn. 409.

<sup>747</sup> Vgl. LR-*Gless*, 26. Aufl., § 136a Rn. 75; SK-StPO/*Rogall*, 5. Aufl., § 136a Rn. 112.

<sup>748</sup> *Rogall*, JZ 2008, 819.

<sup>749</sup> Daneben gibt es noch *Gössels* revisionsrechtliche Lehre, *Nieses* doppelfunktionelle Lehre und *Jahns* Beweisbefugnislehre. Literatur zur Revisionslehre: *Gössel*, FS für Bockelmann, S. 801-817; *Rengier*, Die Zeugnisverweigerungsrechte im geltenden und künftigen Strafverfahrensrecht, S. 291; zur doppelfunktionellen Lehre: *Niese*, Doppelfunktionelle Prozesshandlungen; zur Beweisbefugnislehre: *Jahn*, Beweisverbote im deutschen Strafverfahrensrecht, Gutachten für den 67. DJT, Band I, Teil C, S. 20-115. Kritik an diesen Theorien: an der revisionsrechtlichen Lehre bei *Rogall*, ZStW 91 (1979), 12; an der doppelfunktionellen Lehre bei *Rogall*, ZStW 91 (1979), 24; an der Beweisbefugnislehre bei *Rogall*, JZ 2008, 820 f., 824-826.

die Lehre von den hypothetischen Ermittlungsverläufen erörtert, welche die Beweisverwertungsverbote begrenzen können.<sup>750</sup>

## A. Schutzzwecklehren

Die Schutzzwecklehren untersuchen die Ratio und die Schutzzwecke der jeweiligen Erhebungsnormen, um aus den verletzten Rechtsnormen Verwertungsverbote herzuleiten.<sup>751</sup> Bei den Schutzzwecklehren gibt es neben der von der Rechtsprechung entwickelten Rechtskreistheorie (sogleich 1.) im Wesentlichen fünf weitere Theorien. Diese sind die Schadensvertiefungstheorie (2.), die Prozesszieltheorie (3.), die Lehre von der Schutzzweckhierarchie (4.), die Lehre von den beweisgegenständlichen Verwertungsverboten (5.) und die Schweretheorie (6.).

### 1. Rechtskreistheorie

Die durch den BGH entwickelte Rechtskreistheorie<sup>752</sup> lässt die Verwertbarkeit eines Beweises davon abhängig sein, ob der Rechtskreis der Betroffenen durch den Verstoß bei der Beweiserhebung wesentlich berührt wird oder ob der Verstoß für sie nur geringe Bedeutung hat. Ursprünglich wurde die Rechtskreistheorie als revisionsrechtlicher Ansatz aufgefasst.<sup>753</sup> Ob ein Verstoß gegen Verfahrensnormen vom Revisionsführer gerügt werden kann, hinge davon ab, ob sein Rechtskreis wesentlich dadurch berührt wurde. Inzwischen wird diese Theorie den Schutzzwecklehren zugeordnet, da hier eigentlich gefragt wird, ob die betreffende Rechtsnorm den Rechtskreis des Beschuldigten zu schützen bestimmt ist.<sup>754</sup>

Wie bereits oben im Ersten Teil unter II.C.3. zu den Beweisverwertungsverboten dargestellt wurde, lehnt der BGH mit der Rechtskreistheorie die Verwertungsverbote gegenüber dem Beschuldigten z.B. im Falle der Verstöße gegen §§ 54 und 55 StPO ab, da die beiden Vorschriften die öffentlichen Geheimhaltungsinteressen und die Interessen des Zeugen zu schützen haben und der Rechtskreis des Beschuldigten daher nicht berührt wird.

<sup>750</sup> Jäger, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, S. 117.

<sup>751</sup> Vgl. Roxin/Arzt/Tiedemann, Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht, S. 90 und 131 f.

<sup>752</sup> Z.B. BGHSt 11, 213, 218.

<sup>753</sup> Vgl. Kramer, Grundlagen des Strafverfahrensrechts, Rn. 163; Störmer, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, S. 177.

<sup>754</sup> Ausführliche Begründungen bei Muthorst, Das Beweisverbot, S. 32 f. Vgl. auch Grünwald, Das Beweisrecht der Strafprozessordnung, S. 156 f.; Dencker, Verwertungsverbote im Strafprozess, S. 28 f.; Kühne, Strafprozessrecht, Rn. 908. A.A. Kramer, Grundlagen des Strafverfahrensrechts, Rn. 163.



Die Rechtskreistheorie gerät jedoch in heftige Kritik.<sup>755</sup> Zunächst wird diese Theorie angezweifelt, weil der Begriff des Rechtskreises des Beschuldigten unklar ist.<sup>756</sup> Gegen sie wird als aussagekräftiges Beispiel vorgebracht, dass ein Verwertungsverbot gemäß § 136a i.V.m. § 69 Abs. 3 StPO entsteht, wenn die verbotenen Vernehmungsmethoden gegenüber Zeugen angewandt werden und somit der Rechtskreis des Beschuldigten nicht betroffen ist.<sup>757</sup> Ein weiteres Beispiel ist der Verstoß gegen § 81a StPO, durch den der Rechtskreis des Beschuldigten berührt wird; jedoch hat der BGH selbst in BGHSt 24, 125 ff. ein Verwertungsverbot abgelehnt.<sup>758</sup> Außerdem wird angenommen, dass § 55 StPO zugleich doch noch dem Schutz des Beschuldigten dient, wenn man dieser Vorschrift den Zweck zuerkennt, konfliktbehaftete Aussagen im Interesse der Wahrheitsfindung zu verhindern.<sup>759</sup> Heute wird die Rechtskreistheorie als überholt betrachtet.<sup>760</sup> Sie ist kein für alle Fälle taugliches Prinzip<sup>761</sup> und kann nur Teilaspekte der Problematik abdecken.<sup>762</sup>

## 2. Schadensvertiefungstheorie

*Grünwalds* Schadensvertiefungstheorie ist vielleicht die eindrucksvollste und am meisten diskutierte Schutzzwecklehre.<sup>763</sup> Sie lässt die Frage der Verwertbarkeit der Beweise davon abhängen, ob der Schutzzweck der Vorschrift bereits endgültig vereitelt ist, sobald gegen sie verstoßen wurde, oder ob die Verwertung des Beweismittels erst die Vollendung oder eine Vertiefung der Verletzung des geschützten Interesses darstellen würde.<sup>764</sup> Ist das Letztere der Fall, so folgt ein Verwertungsverbot unmittelbar aus der Ratio der betreffenden Vorschrift.<sup>765</sup> Wenn der Schutzzweck bei der Rechtsverletzung bereits endgültig vereitelt ist, besteht hingegen

---

<sup>755</sup> *Eb. Schmidt*, JZ 1958, 596–601; *Rudolphi*, MDR 1970, 95–100; *Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozess, S. 28–33; *Gössel*, FS für Bockelmann, S. 804–806; *Muthorst*, Das Beweisverbot, S. 35–41; *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, S. 140.

<sup>756</sup> *Eb. Schmidt*, JZ 1958, 597; *Muthorst*, Das Beweisverbot, S. 37; *Störmer*, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, S. 179.

<sup>757</sup> *Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozess, S. 29; *Fezer*, Strafprozessrecht, S. 218; *Störmer*, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, S. 180.

<sup>758</sup> *Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozess, S. 29.

<sup>759</sup> *Gössel*, FS für Bockelmann, S. 805; *Kleinknecht*, NJW 1966, 1539.

<sup>760</sup> *Grünwald*, Das Beweisrecht der Strafprozessordnung, S. 157. Ähnlich *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 908; *Rogall*, ZStW 91 (1979), 26. Vgl. auch *Beulke*, Strafprozessrecht, 13. Aufl., Rn. 459.

<sup>761</sup> *Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozess, S. 32.

<sup>762</sup> *Beulke*, Strafprozessrecht, 13. Aufl., Rn. 459; *Muthorst*, Das Beweisverbot, S. 41.

<sup>763</sup> So *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, S. 83.

<sup>764</sup> *Grünwald*, JZ 1966, 492.

<sup>765</sup> *Grünwald*, JZ 1966, 492.

grundsätzlich kein Anlass für ein Verwertungsverbot, es sei denn, zusätzliche Überlegungen sprechen gegen die Verwertung.<sup>766</sup>

Nach *Grünwalds* Theorie sind die Schutzzwecke oder die geschützten Interessen einiger Vorschriften, beispielsweise § 136 StPO (Rechtsbelehrungsvorschrift), § 136a StPO (verbotene Vernehmungsmethoden),<sup>767</sup> § 52 StPO (Zeugnisverweigerungsrecht der Angehörigen des Beschuldigten), § 81c Abs. 3 StPO (Untersuchungsverweigerungsrecht der Angehörigen des Beschuldigten), § 97 Abs. 1 Ziff. 1 StPO (Beschlagnahmeverbot), § 95 Abs. 2 Satz 2 StPO (Herausgabeverweigerungsrecht),<sup>768</sup> erst bei der Urteilsfindung durch die Verwertung der unter Verletzung dieser Vorschriften erlangten Beweismittel endgültig vereitelt. Daher werden Verwertungsverbote bei Verletzungen dieser Vorschriften anerkannt.<sup>769</sup> Beim Auskunftsverweigerungsrecht gemäß § 55 StPO wird hingegen angenommen, dass das zu schützende Interesse Dritter bereits bei der Beweiserhebung endgültig vereitelt wurde.<sup>770</sup> Deshalb sind die erlangten Beweismittel verwertbar.<sup>771</sup> Bei den Zeugnisverweigerungsrechten aus beruflichen oder dienstlichen Gründen gemäß §§ 53, 53a, 54 StPO, in denen es sich ebenfalls wie bei § 55 StPO um das Geheimnis eines Dritten handelt, ist die Verwertung der unter Verletzung der §§ 53, 53a, oder 54 StPO<sup>772</sup> erlangten Beweismittel weder die Vollendung noch eine Vertiefung der Interessenverletzung.<sup>773</sup> *Grünwald* differenziert dabei zwischen zwei Konstellationen. Wenn die Zeugenaussage rechtswidrig in der Hauptverhandlung gemacht wird, ist nichts mehr zu retten, sobald die Tatsachen in der Hauptverhandlung zur Sprache gekommen sind.<sup>774</sup> Die Verwertbarkeit der Beweismittel ist für diesen Fall anzunehmen.<sup>775</sup> Dagegen dürfen Beweismittel, die unter Verletzung dieser Vorschriften außerhalb der Hauptverhandlung gewonnen wurden, nicht in die Hauptverhandlung eingeführt werden.<sup>776</sup>

Darüber hinaus ist *Grünwalds* Standpunkt zur Verletzung des § 81a StPO (körperliche Untersuchung des Beschuldigten) zu erwähnen. Früher hatte er bei Verletzung dieser Vorschrift – z.B. Blutprobenentnahme durch einen Nichtarzt – entgegen der Rechtsprechung Unverwertbarkeit als Ausnahme zu seiner Grundannahme an-

<sup>766</sup> *Grünwald*, JZ 1966, 492 f.

<sup>767</sup> *Grünwald*, JZ 1966, 494 f.

<sup>768</sup> *Grünwald*, JZ 1966, 497.

<sup>769</sup> *Grünwald*, JZ 1966, 495 und 497.

<sup>770</sup> *Grünwald*, JZ 1966, 499.

<sup>771</sup> *Grünwald*, JZ 1966, 499.

<sup>772</sup> Später hat *Grünwald* § 54 StPO dieser Gruppe der Vorschriften zugeordnet. Siehe *Grünwald*, Das Beweisrecht der Strafprozessordnung, S. 153.

<sup>773</sup> *Grünwald*, JZ 1966, 498.

<sup>774</sup> *Grünwald*, JZ 1966, 498.

<sup>775</sup> *Grünwald*, Das Beweisrecht der Strafprozessordnung, S. 153.

<sup>776</sup> *Grünwald*, Das Beweisrecht der Strafprozessordnung, S. 153.

genommen, weil der Staat nicht auf Unrecht aufbauend dem Verletzten weitere Nachteile zufügen darf.<sup>777</sup> Später hat er sich allerdings korrigiert und die Verwertbarkeit der unter Verletzung der körperlichen Integrität erlangten Beweismittel anhand seiner Schadensvertiefungstheorie anerkannt.<sup>778</sup>

*Grünwald* bringt in seiner Theorie allerdings noch einen Vorbehalt – den hypothetischen Ermittlungsverlauf – an: Ein an sich unverwertbares Beweismittel darf doch verwertet werden, wenn es auch bei ordnungsgemäßigem Vorgehen erlangt worden wäre, z.B. wenn der Vernommene sein Verweigerungsrecht kennt.<sup>779</sup>

Demgegenüber wird es an *Grünwalds* Lehre zunächst für unlogisch erklärt, dass nach dieser Schadensvertiefungstheorie der „weniger erfolgreiche“ Eingriff zu einem Verwertungsverbot führt, der „erfolgreiche“ Eingriff hingegen nicht.<sup>780</sup> Der von ihm selbst ausgeführte Gedanke, dass der Staat nicht auf Unrecht aufbauend dem Verletzten weitere Nachteile zufügen darf, kann auch für das Verwertungsverbot bei einem „erfolgreichen“ Eingriff eine Rechtfertigung sein. Zweitens kritisiert *Rogall*<sup>781</sup> zutreffend, dass die Irreparabilität des Schadens teleologisch in keiner Richtung etwas für oder gegen ein Verwertungsverbot besagt. In diese Richtung äußert sich auch *Muthorst*.<sup>782</sup> Er meint angesichts der Beziehung zwischen Beweiserhebung und Beweisverwertung, wenn die Verletzung eines Rechtsgutes durch die Beweiserhebung von einem Beweiserhebungsverbot verhindert werden sollte, müsse das ebenso für eine das gleiche Interesse verletzende Beweisverwertung gelten. Das gilt nach *Muthorst* auch für die Verwertung, durch die die Rechtsverletzung vollendet oder vertieft wird.<sup>783</sup> Im System der Beweisverbote kann ein Verstoß gegen das Erhebungsverbot zum Verwertungsverbot führen, jedoch setzt ein Verwertungsverbot nicht unbedingt eine rechtswidrige Erhebung voraus.<sup>784</sup> Sowohl eine irreparable Rechtsverletzung als auch eine teilweise oder vorläufige Rechtsverletzung kann die Interessenlage verändern;<sup>785</sup> mit anderen Worten: Die beiden Konstellationen gehen nach *Grünwald* immerhin von Rechtsverletzungen bei der Erhebung aus. Daher sollten Verwertungsverbote für beide Konstellationen anerkannt werden. Drittens kann der Schutzzweck der Erhebungsnormen nicht durch

---

<sup>777</sup> *Grünwald*, JZ 1966, 495. Zustimmung *Rogall*, ZStW 91 (1979), 20. Kritisch *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, S. 85.

<sup>778</sup> *Grünwald*, Das Beweisrecht der Strafprozessordnung, S. 153 f.

<sup>779</sup> *Grünwald*, Das Beweisrecht der Strafprozessordnung, S. 154; *Grünwald*, JZ 1966, 495 f.

<sup>780</sup> *Rogall*, ZStW 91 (1979), 28. Zustimmung *Svenja Schröder*, Beweisverwertungsverbote und die Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung im Strafprozess, S. 42; *Muthorst*, Das Beweisverbot, S. 30.

<sup>781</sup> *Rogall*, ZStW 91 (1979), 28.

<sup>782</sup> *Muthorst*, Das Beweisverbot, S. 30.

<sup>783</sup> *Muthorst*, Das Beweisverbot, S. 30.

<sup>784</sup> Vgl. *Muthorst*, Das Beweisverbot, S. 30.

<sup>785</sup> *Muthorst*, Das Beweisverbot, S. 30.

eine Beweisverwertung in der Hauptverhandlung vollendend oder vertiefend verletzt werden. Wenn eine Rechtsverletzung bei der Beweiserhebung schon geschehen ist, ist die Tat der Rechtsverletzung bereits abgeschlossen. Der Schutzzweck der betroffenen Vorschrift ist bereits bei der Beweiserhebung endgültig verletzt. In der Hauptverhandlung geht es darum, ob und wie die Ergebnisse dieser Rechtsverletzungstat verwertet werden sollen. Schließlich wird kritisiert, *Grünwald* bilde sich seine Regeln von Fall zu Fall und führe durch geringe Akzentuierungsverschiebung das von ihm gewünschte Ergebnis herbei.<sup>786</sup> Er bewege sich ganz auf der Linie der Rechtskreistheorie.<sup>787</sup>

### 3. Prozesszieltheorie

*Petry*<sup>788</sup> richtet seinen Blick auf die prozessuale Rolle der Beweisverbote und entwickelt die Prozesszieltheorie, nach der die Beweisverbote in prozessrechtliche und allgemeine Beweisverbote eingeteilt werden.

Beweisverbote, die das Prozessziel fördern, eine strafbare Handlung aufzuklären und über den Täter ein richtiges und gerechtes Urteil zu fällen, werden als prozessrechtliche Beweisverbote bezeichnet.<sup>789</sup> Die den prozessrechtlichen Beweisverboten zugewiesene Funktion, eine richtige und gerechte Sachentscheidung zu gewährleisten, führt zwingend dazu, dass jeder Verstoß gegen ein prozessrechtliches Beweisverbot ein Verwertungsverbot zur Folge hat.<sup>790</sup> Die die prozessrechtlichen Beweisverbote beinhaltenden Rechtsnormen sind nach *Petry*<sup>791</sup> solche, die der prozessualen Sonderstellung des Beschuldigten dienen, also der Subjektkontrolle des Beschuldigten im Strafprozess. Der Beschuldigte hat in seiner prozessualen Sonderstellung ein passives und ein aktives Verteidigungsrecht.<sup>792</sup> Das erste stellt den Beschuldigten von jedem Zwang frei, sich aktiv an seiner Überführung zu beteiligen;<sup>793</sup> der Beschuldigte darf sich gegenüber der staatlichen Strafverfolgung völlig passiv verhalten.<sup>794</sup> Demgegenüber gewährt das zweite Recht dem Beschuldigten eine Befugnis zum tätigen Mitwirken;<sup>795</sup> der Beschuldigte darf in das Prozessgeschehen eingreifen und einen eigenen, freiwilligen Beitrag zur Wahrheitsfindung

<sup>786</sup> *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, S. 86.

<sup>787</sup> *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, S. 86.

<sup>788</sup> *Petry*, Beweisverbote im Strafprozess, S. 28 f.

<sup>789</sup> *Petry*, Beweisverbote im Strafprozess, S. 29.

<sup>790</sup> *Petry*, Beweisverbote im Strafprozess, S. 29, 121.

<sup>791</sup> *Petry*, Beweisverbote im Strafprozess, S. 35 f.

<sup>792</sup> *Petry*, Beweisverbote im Strafprozess, S. 35 ff.

<sup>793</sup> *Petry*, Beweisverbote im Strafprozess, S. 54.

<sup>794</sup> *Petry*, Beweisverbote im Strafprozess, S. 35.

<sup>795</sup> *Petry*, Beweisverbote im Strafprozess, S. 54.

leisten.<sup>796</sup> Die die prozessrechtlichen Beweisverbote beinhaltenden Rechtsnormen beziehen sich sowohl auf das passive als auch auf das aktive Verteidigungsrecht. *Petry* ordnet dem passiven Verteidigungsrecht beispielsweise den das Schweigerecht vorschreibenden § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO, die die Zeugnisverweigerungsrechte statuierenden §§ 52, 53 Nr. 1-4 und 53a StPO a.F. sowie den mit diesen zusammenhängenden, Beschlagnahmen beschränkenden § 97 StPO und den Vernehmungsmethoden verbietenden § 136a StPO zu.<sup>797</sup> Das aktive Verteidigungsrecht hat nach *Petry* den Anspruch auf rechtliches Gehör zum Inhalt.<sup>798</sup> Die diesen Anspruch gewährleistenden Vorschriften sind z.B. § 33 Abs. 1 und 3 und § 163a StPO, der die Vernehmung des Beschuldigten regelnde § 136 Abs. 2 StPO sowie die Vorschriften, die Anwesenheitsrecht, Beweisantragsrecht, Rechtsbeistand und einige andere Rechte des Beschuldigten bestimmen.<sup>799</sup>

Die allgemeinen Beweisverbote beziehen sich hingegen auf die Objektrolle des Beschuldigten im Strafprozess.<sup>800</sup> Bei ihnen geht es darum, dass allgemein menschliche Rechte, insbesondere die Würde und Persönlichkeit des Beschuldigten, in verfassungsmäßiger Weise gewahrt werden.<sup>801</sup> Sie dienen nicht mehr prozessualen Zielen, sondern allgemein menschlichen,<sup>802</sup> also außerprozessualen Rechtsgütern.<sup>803</sup> Zudem ist eine Verletzung eines allgemeinen Beweisverbotes nach *Petry* schon abgeschlossen und kann durch ein Verwertungsverbot nicht korrigiert werden.<sup>804</sup> Daher wäre ein Verwertungsverbot regelmäßig für den Prozess sinnlos.<sup>805</sup> Wenn die Verwertung der unter Verstoß gegen ein allgemeines Beweisverbot erlangten Beweismittel zu einer erneuten, selbstständigen Beeinträchtigung des geschützten Rechtsgutes führt, ist ein Verwertungsverbot ausnahmsweise anzunehmen.<sup>806</sup> Zu diesen allgemeinen Beweisverboten zählen beispielsweise Verstöße gegen § 81a StPO, gegen § 94 StPO, gegen § 102 StPO, gegen §§ 112 ff. StPO und gegen § 127 StPO. Auch § 136a StPO gehört in Teilen zu solchen Vorschriften.<sup>807</sup>

Vorgeworfen wird *Petrys* Theorie zunächst, dass die Unterscheidung zwischen prozessrechtlichen und allgemeinen Beweisverboten nicht klar durchführbar ist.<sup>808</sup>

---

<sup>796</sup> *Petry*, Beweisverbote im Strafprozess, S. 35.

<sup>797</sup> *Petry*, Beweisverbote im Strafprozess, S. 37–54.

<sup>798</sup> *Petry*, Beweisverbote im Strafprozess, S. 56.

<sup>799</sup> *Petry*, Beweisverbote im Strafprozess, S. 67–73.

<sup>800</sup> *Petry*, Beweisverbote im Strafprozess, S. 34 f.

<sup>801</sup> *Petry*, Beweisverbote im Strafprozess, S. 35.

<sup>802</sup> *Petry*, Beweisverbote im Strafprozess, S. 74.

<sup>803</sup> *Petry*, Beweisverbote im Strafprozess, S. 29.

<sup>804</sup> *Petry*, Beweisverbote im Strafprozess, S. 29, 121.

<sup>805</sup> *Petry*, Beweisverbote im Strafprozess, S. 29, 122.

<sup>806</sup> *Petry*, Beweisverbote im Strafprozess, S. 30, 122.

<sup>807</sup> *Petry*, Beweisverbote im Strafprozess, S. 76.

<sup>808</sup> *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, S. 89.

Die der Sonderstellung des Beschuldigten dienenden Rechte sind letztlich Ausfluss der Verfassung und dienen der Verwirklichung des Humanitätsstatus und des Persönlichkeitsrechts.<sup>809</sup> Dies erweist sich schon bei § 136a StPO, den *Petry* sowohl als eine die prozessuale Sonderstellung schützende als auch den Humanitätsstatus wahrende Vorschrift angesehen hat. Dieser zweifache Charakter des § 136a StPO führt zum Konflikt hinsichtlich der Beweisverwertung, so dass aus seiner Sicht § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO seiner Konstruktion nach verfehlt ist und aufgehoben werden müsste.<sup>810</sup> Zweitens wird kritisiert, dass die allgemeinen Beweisverbote keinen Bezug zu einem gerechten Urteil bzw. dem Prozessziel haben.<sup>811</sup> Ein gerechtes Urteil soll rechtsstaatlich ordnungsgemäß zustande kommen.<sup>812</sup> Dies bedeutet aber auch, dass rechtsstaatlich nicht erträgliche Eingriffe in Rechte der Verfahrensbeteiligten zu verhindern sind.<sup>813</sup> Daher haben die allgemeinen Beweisverbote doch eine Beziehung zum Prozessziel. Drittens ist *Petrys* Ausnahme zur Verwertbarkeit der unter Verstoß gegen ein allgemeines Beweisverbot erlangten Beweismittel nicht überzeugend. Nach *Petry* tritt ein selbstständiger Rechtseingriff ein, z.B. wenn das Gericht im Rahmen der Beweiswürdigung die Motive der echten Gewissensentscheidung des Täters überprüft, über die in den Ermittlungen schon eine Nachforschung angestellt wurde und Beweismittel erhoben wurden.<sup>814</sup> Das Persönlichkeitsrecht wurde in der Ermittlung durch Nachforschung und Beweiserhebung verletzt, und die Beweiswürdigung stellt sich nach *Petry* als ein erneuter Rechtseingriff dar. Daher dürfen die Beweismittel in einem solchen Fall ausnahmsweise nicht verwertet werden. Unter diesem Gesichtspunkt wäre jede Überprüfung des Beweismittels im Rahmen der Beweiswürdigung ein selbstständiger Rechtseingriff. Ein Verstoß gegen Regelungen nach § 81a StPO, der nach *Petry* den allgemeinen Beweisverboten zugeordnet wird, könnte demnach stets ein Verwertungsverbot nach sich ziehen. Schließlich steht *Petrys* Theorie zum Teil der vom Gesetzgeber angedeuteten Ansicht entgegen. *Petry* hat § 100a StPO den die allgemeinen Beweisverbote beinhaltenden Vorschriften zugewiesen.<sup>815</sup> Nach ihm ergibt ein Verstoß gegen § 100a StPO kein Verwertungsverbot. Jedoch ist der Richtervorbehalt bei der Telekommunikationsüberwachung höher zu gewichten als bei anderen Zwangs-

---

<sup>809</sup> *Schröder*, Beweisverwertungsverbote und die Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung im Strafprozess, S. 44; *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, S. 89.

<sup>810</sup> *Petry*, Beweisverbote im Strafprozess, S. 124.

<sup>811</sup> *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, S. 90; *Schröder*, Beweisverwertungsverbote und die Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung im Strafprozess, S. 45.

<sup>812</sup> *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, S. 90.

<sup>813</sup> *Schröder*, Beweisverwertungsverbote und die Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung im Strafprozess, S. 45.

<sup>814</sup> *Petry*, Beweisverbote im Strafprozess, S. 122 f.

<sup>815</sup> *Petry*, Beweisverbote im Strafprozess, S. 75.

maßnahmen, z.B. Durchsuchung oder Beschlagnahme.<sup>816</sup> Eine bewusste Umgehung des Richtervorbehalts kann daher sehr wohl zum Verwertungsverbot führen.

#### 4. Lehre von der Schutzzweckhierarchie

Bei der Bestimmung der Beweisverwertungsverbote gibt *Beulke* der Schutzzwecklehre den Vorrang<sup>817</sup> und leitet die Beweisverwertungsverbote primär aus den Rechtsnormen ab. Die Abwägung wird nur subsidiär aufgegriffen.<sup>818</sup> Zugleich werden auch hypothetische Ermittlungsverläufe berücksichtigt.<sup>819</sup>

*Beulke* systematisiert die Beweisverwertungsverbote in drei Gruppen. Zur ersten Gruppe gehören die Verwertungsverbote, die in den Verfahrensgesetzen ausdrücklich geregelt sind. Die zweite Gruppe bilden die Verwertungsverbote, die sich mittelbar aus Verfahrensnormen ergeben, in denen den Ermittlungsorganen ein bestimmtes Verhalten vorgeschrieben wird. Zur dritten Gruppe zählen die Verwertungsverbote, die sich aus der Verfassung ergeben.<sup>820</sup> Zwischen diesen drei Gruppen besteht ein hierarchisches Verhältnis. Es sei zunächst zu prüfen, ob ein Verwertungsverbot sich schon aus den Rechtsnormen selbst ergibt. Ist dies nicht der Fall, ist zu prüfen, ob ein Verwertungsverbot mittelbar aus den Rechtsnormen abgeleitet werden kann. Falls sich die beiden Prüfungen als unergiebig erweisen, ist zu fragen, ob ein Verwertungsverbot aus der Verfassung folgen kann.<sup>821</sup>

Bei den ersten zwei Gruppen wird zuerst entschieden, ob der Zweck der verletzen Norm, vom Gesetzgeber selbst gewollt oder zumindest als Hinweis auf die von ihm bevorzugte Wertung fixiert, ein Verwertungsverbot erfordert.<sup>822</sup> Zugleich wird geprüft, ob der Schutzzweck der verletzen Norm die Beachtung der konkret möglichen hypothetischen Ermittlungsverläufe gestattet.<sup>823</sup> Eine Abwägung ist bei diesen zwei Gruppen ausgeschlossen.<sup>824</sup> Für die erste Gruppe nennt *Beulke* § 136a StPO als Beispiel. Nach *Beulke* hat der Gesetzgeber in dieser Vorschrift die allgemeine Abwägung bereits vorgenommen.<sup>825</sup> § 136a StPO schützt vor dem Eingriff in die Willensfreiheit oder die Eigenverantwortlichkeit beim Aussagenden,<sup>826</sup> bei Verstoß gegen diese Rechtsnorm gilt das Verwertungsverbot, und zwar für die unmittel-

---

<sup>816</sup> Vgl. oben Erster Teil, II.4.b).

<sup>817</sup> *Beulke*, ZStW 103 (1991), 663 und 665; *ders.*, Strafprozessrecht, 13. Aufl., Rn. 458.

<sup>818</sup> *Beulke*, ZStW 103 (1991), 665; *ders.*, Strafprozessrecht, 13. Aufl., Rn. 458.

<sup>819</sup> *Beulke*, ZStW 103 (1991), 664 f.

<sup>820</sup> *Beulke*, ZStW 103 (1991), 665.

<sup>821</sup> *Beulke*, ZStW 103 (1991), 665.

<sup>822</sup> *Beulke*, ZStW 103 (1991), 664.

<sup>823</sup> *Beulke*, ZStW 103 (1991), 664 f.

<sup>824</sup> *Beulke*, ZStW 103 (1991), 668 und 672.

<sup>825</sup> *Beulke*, ZStW 103 (1991), 668.

<sup>826</sup> *Beulke*, ZStW 103 (1991), 668.

baren Beweismittel. Hierbei sind hypothetische Ermittlungsverläufe nicht zu berücksichtigen, da man bei der Prognose über das hypothetische Aussageverhalten eine 100%ige Sicherheit benötigte, dies aber nicht erzielbar ist.<sup>827</sup> Hingegen werden hypothetische Ermittlungsverläufe bei der Bestimmung der Verwertbarkeit der mittelbaren Beweismittel eingesetzt, um eine sonst unter Umständen bestehende lange Beweiskette abzublocken.<sup>828</sup> Nach *Beulke* muss eine auf den konkreten Ermittlungsverlauf bezogene Urteilswahrscheinlichkeit<sup>829</sup> vorliegen, wenn man die Verwertbarkeit der mittelbaren Beweismittel mit einer Ermittlungshypothese begründen will.

Für die zweite Gruppe erwähnt *Beulke* einige Beispiele, wie die Blutprobenentnahme durch einen Nichtarzt unter Verstoß gegen § 81a StPO und die Hausdurchsuchung unter Verstoß gegen den Richtervorbehalt aus § 105 Abs. 1 StPO. Anhand der mittelbar herausgefundenen Schutzzwecke der betroffenen Vorschriften, nämlich der Gewährleistung des sachgemäßen Eingriffs und des präventiven Rechtsschutzes, lehnt *Beulke* für den Blutprobenentnahmefall ein Verwertungsverbot ab, nimmt für den Hausdurchsuchungsfall dagegen ein solches an.<sup>830</sup> Bei der zweiten Gruppe wird die Verwertbarkeit der Beweismittel außerdem unter Betrachtung der hypothetischen Ermittlungsverläufe untersucht. Die Hypothesen sollen nach einem konkreten Maßstab gebildet werden.<sup>831</sup> Für den Beispielsfall der Hausdurchsuchung kann ein hypothetischer Ermittlungsverlauf die Verwertung jedoch nicht rechtfertigen, da nach *Beulke* richterliche Entscheidungen nie eindeutig prognostizierbar sind.<sup>832</sup>

Bei der dritten Gruppe ist die Schutzzwecklehre nicht mehr anzuwenden, da hier die den Verwertungsverboten zugrunde liegende Schutznorm – die Verfassung – zu unbestimmt ist.<sup>833</sup> Daher ist nach *Beulke* für die Bestimmung der Verwertungsverbote eine auf den Einzelfall bezogene Interessenabwägung vorzunehmen.<sup>834</sup> Dabei werden die Rechte des Einzelnen gegen das Interesse der Allgemeinheit an einer effektiven Strafrechtspflege abgewogen.<sup>835</sup> Im Rahmen dieser Abwägung sind insbesondere das Willkürverbot, die Schwere des Delikts, die Schwere des

---

<sup>827</sup> *Beulke*, ZStW 103 (1991), 669.

<sup>828</sup> *Beulke*, ZStW 103 (1991), 669.

<sup>829</sup> *Beulke*, ZStW 103 (1991), 671. Einen solchen Wahrscheinlichkeitsgrad hat *Beulke* so beschrieben, dass der Richter der Ansicht ist, nach menschlichem Ermessen wäre das Beweismittel sowieso erlangt worden, ebenso wie er erst dann verurteilen darf, wenn er von Täterschaft und Schuld überzeugt ist.

<sup>830</sup> *Beulke*, ZStW 103 (1991), 672 f.

<sup>831</sup> *Beulke*, ZStW 103 (1991), 673 f., 676.

<sup>832</sup> *Beulke*, ZStW 103 (1991), 674.

<sup>833</sup> *Beulke*, ZStW 103 (1991), 678.

<sup>834</sup> *Beulke*, ZStW 103 (1991), 679.

<sup>835</sup> *Beulke*, ZStW 103 (1991), 679.



Eingriffs in die Rechte des Beschuldigten, der sonstige Rechtsschutz und eben auch mögliche hypothetische Ermittlungsverläufe zu berücksichtigen.<sup>836</sup>

Kritisiert wird an *Beulkes* Theorie, dass sie nicht in allen Punkten plausibel erscheint.<sup>837</sup> Zur zweiten Gruppe beschreibt *Beulke* einen Beispielfall – die Telekommunikationsüberwachung ohne vorliegende Voraussetzungen nach § 100a StPO. Er nimmt die Unverwertbarkeit der Überwachung an, wenn keine Katalogtat des § 100a StPO vorliegt.<sup>838</sup> Diese bloße Schutzzweckbehauptung entbehrt jedoch jeder Begründung.<sup>839</sup> Zweitens beschränkt *Beulke* im Fall der Blutentnahme durch einen Nichtarzt seinen Blick auf den Schutzzweck des § 81a StPO, ohne die Rechtsprechung des Falles komplett und sachgemäß bewertet zu haben. In BGHSt 24, 125 ff.<sup>840</sup> hat der BGH zwar zuerst aus Sicht des Schutzzwecks der Norm die Verwertbarkeit der Blutprobe angenommen, jedoch in diesem Urteil für eine Interessenabwägung plädiert und so auf die Ablehnung eines Verwertungsverbots geschlossen.<sup>841</sup> Drittens lassen sich die sich aus der Verfassung ergebenden Verwertungsverbote in manchen Fällen auch anhand des Schutzzwecks der betroffenen Verfassungsnormen bestimmen. Ein Beispiel sind die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung bzw. der Intimsphäre zugehörigen Tagebuchaufzeichnungen, bei denen eine Interessenabwägung von Anfang an ausgeschlossen ist.<sup>842</sup>

## 5. Lehre von den beweisgegenständlichen Verwertungsverboten

*Jäger*<sup>843</sup> hat die sogenannten beweisgegenständlichen Verwertungsverbote entwickelt. Er stellt auf der Basis einer Unterscheidung zwischen unselbstständigen und selbstständigen Beweisverwertungsverboten zwei neue Kategorien auf, nämlich kausale und abstrakte Beweisgegenstandsverbote.<sup>844</sup> Der ersten Gruppe zufolge beruht die Unverwertbarkeit auf der Verletzung einer verfahrensgegenständlichen Erhebungsnorm, während sich die Unverwertbarkeit bei der zweiten Gruppe daraus

<sup>836</sup> *Beulke*, ZStW 103 (1991), 679.

<sup>837</sup> *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, S. 93.

<sup>838</sup> *Beulke*, ZStW 103 (1991), 672.

<sup>839</sup> *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, S. 93.

<sup>840</sup> Siehe oben Erster Teil, II.D.3.a)cc).

<sup>841</sup> Ähnlich *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, S. 197; *Rogall*, ZStW 91 (1979), 26.

<sup>842</sup> Das hat *Beulke* auch selbst gesehen und die absolute Schutzwürdigkeit der Tagebuchaufzeichnungen anerkannt. Siehe *Beulke*, ZStW 103 (1991), 677.

<sup>843</sup> *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, S. 131 ff.; *ders.*, GA 2008, 472 ff., 484–499.

<sup>844</sup> *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, S. 143 ff.; *ders.*, GA 2008, 484.

ergibt, dass der Beweisgegenstand rechtlich geschützt ist oder aus tatsächlichen Gründen unbrauchbar für den Prozess sein kann.<sup>845</sup>

Im Rahmen der kausalen Beweisgegenstandsverbote geht *Jäger* vom doppelten Schutzzweckgedanken aus und findet, dass es neben dem persönlichen Schutzbereich einer Norm, der die Erhebungsverbotsfrage betrifft, noch einen sachlichen bzw. gegenständlichen Schutzbereich gibt, der die Beweisverwertungsverbotsfrage berührt.<sup>846</sup> Da nicht jede fehlerhafte Beweiserhebung zum Verwertungsverbot führen muss und umgekehrt ein Verwertungsverbot nicht unbedingt die Unzulässigkeit der Beweiserhebung voraussetzt, erkennt *Jäger* hier ein Trennungs- und Abstraktionsprinzip an.<sup>847</sup> Das Trennungs- und Abstraktionsprinzip wird durchbrochen, wenn der Zweck der bei der Beweiserhebung verletzten Norm darauf gerichtet ist, der Beweisführung einen bestimmten Beweisgegenstand zu entziehen.<sup>848</sup> Das ist der Fall, wenn „die jeweilige Erhebungsnorm das Objekt der Beweisführung vor seiner verwertbaren Existenz oder in seiner unverwertbaren Existenz schützt“.<sup>849</sup> Entscheidend für das Verwertungsverbot ist daher nicht, wem die Erhebungsnorm ein Recht einräumt (persönlicher Schutzbereich), sondern welchen gegenständlichen Schutzbereich die Erhebungsnorm absteckt (sachlicher Schutzbereich).<sup>850</sup> Nach *Jäger* ist ein Verwertungsverbot als ein Verbot zu verstehen, bestimmte Tatsachen zur tatsächlichen Grundlage von Entscheidungen zu machen; daher liegt der Schlüssel zur Ermittlung des Verwertungsverbots im sachlich-gegenständlichen statt im persönlichen Schutzbereich der Norm.<sup>851</sup> Die Verletzung des persönlichen Schutzbereichs einer Norm bei der Beweiserhebung bedeutet zunächst nur das Vorhandensein eines Beweiserhebungsfehlers. Ob dieser Verfahrensfehler zu einem Verwertungsverbot führt, bestimmt sich ausschließlich nach dem sachlichen Schutzzweck dieser Norm.<sup>852</sup> So kann die Verletzung der materiellen Voraussetzung des § 81a StPO nach *Jägers* Differenzierung zwischen persönlichem und sachlichem Schutzzweck der Norm grundsätzlich zu keinem Verwertungsverbot führen, denn § 81a

---

<sup>845</sup> *Jäger*, GA 2008, 484 und 490.

<sup>846</sup> *Jäger*, GA 2008, 484; *ders.*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, S. 139 ff.

<sup>847</sup> *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, S. 137 f.; *ders.*, GA 2008, 485.

<sup>848</sup> *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, S. 139; *ders.*, GA 2008, 485.

<sup>849</sup> *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, S. 139; *ders.*, GA 2008, 85.

<sup>850</sup> *Jäger*, GA 2008, 485; *ders.*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, S. 140.

<sup>851</sup> *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, S. 139.

<sup>852</sup> *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, S. 140; *ders.*, GA 2008, 485.

StPO weist keinen eigenständigen beweisgegenständlichen Schutzbereich auf.<sup>853</sup> Der persönliche Schutzgrund und der gegenständliche Schutzzinhalt fallen bei § 81a StPO zusammen, da der Körper nur zum Zweck der Bewahrung der körperlichen Unversehrtheit geschützt wird, nicht aber in seiner Funktion als Beweisgegenstand.<sup>854</sup> Nur die körperliche Gesundheit, nicht aber die körperliche Integrität wird von § 81a StPO geschützt.<sup>855</sup> Die Vorschrift schließt daher nicht den Beweisgegenstand „Körper“, sondern nur bestimmte Formen der Erhebung an einem beweisrechtlich grundsätzlich zulässigen Objekt aus.<sup>856</sup>

Mit abstrakten Beweisgegenstandsverboten sind einerseits solche Fälle gemeint, in denen die h.M. ein selbstständiges Beweisverwertungsverbot aus dem Verstoß gegen die Menschenwürde bzw. das allgemeine Persönlichkeitsrecht folgert und damit dem hier zugrunde gelegten Trennungs- und Abstraktionsgrundsatz Rechnung zu tragen versucht, z.B. in der Verwertung von Tagebüchern oder Tonaufnahmen.<sup>857</sup> Andererseits werden so im Hinblick auf die freie Beweiswürdigung nach § 261 StPO Fälle bezeichnet, in denen ein Beweisinhalt aus tatsächlichen Gründen den Schluss auf die Täterschaft nicht mit hinreichender Sicherheit zulässt.<sup>858</sup>

*Jägers* Theorie überzeugt allerdings nicht in allen Punkten. Zunächst liefert seine Differenzierung zwischen kausalen Beweisgegenstandsverboten und abstrakten Beweisgegenstandsverboten keine neuen Inhalte gegenüber den unselbstständigen und selbstständigen Beweisverwertungsverboten. Er folgt grundsätzlich den klassischen Kategorien.

Zweitens kann seine Theorie nicht für alle Fälle als Prüfungskriterium gelten. In dem Fall, dass der Zeuge von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Kenntnis hatte, die Rechtsbelehrung aber verfehlt war, nimmt *Jäger* an, dass hier der persönliche Schutzbereich der Erhebungsnorm nicht verletzt wurde und daher kein Erhebungsfehler besteht, der einen gegenständlichen Ausschluss des erlangten Beweismittels auslösen könnte.<sup>859</sup> Dabei ist er in eine paradoxe Argumentation geraten: Er kritisiert einerseits an den Ansätzen vor ihm, dass der objektiv-gegenständliche Schutzbereich nicht subjektiv-individuell bestimmt werden darf und dass sich allein aus

---

<sup>853</sup> *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, S. 198; *ders.*, GA 2008, 487.

<sup>854</sup> *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, S. 198; *ders.*, GA 2008, 487.

<sup>855</sup> *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, S. 198; *ders.*, GA 2008, 487.

<sup>856</sup> *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, S. 198; *ders.*, GA 2008, 487.

<sup>857</sup> *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, S. 215; *ders.*, GA 2008, 490.

<sup>858</sup> *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, S. 220; *ders.*, GA 2008, 491.

<sup>859</sup> *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, S. 141.

dem beweisgegenständlichen Schutzbereich ergeben kann, ob der Staat Beweisbeschränkungspflichten verletzt hat.<sup>860</sup> Andererseits erkennt *Jäger* bei fehlender Rechtsbelehrung gemäß § 52 Abs. 3 StPO aber ausschließlich aufgrund des subjektiv-individuellen Wissens des Zeugen den Erhebungsfehler nicht an. Somit wird nach *Jägers* Ansicht hier kein Verwertungsverbot angenommen. Diesen Fall betrachtet er aus der subjektiv-individuellen Sicht des Zeugen und beurteilt, ob der Staat Beweisbeschränkungspflichten verletzt und somit einen Fehler gemacht hat.

Ein weiteres Beispiel ist die Verletzung der materiellen Voraussetzung des § 81a StPO. Wie schon erwähnt, hat § 81a StPO keinen eigenständigen beweisgegenständlichen Schutzbereich, dessen Verletzung nach *Jäger* ein entscheidendes Kriterium für die Annahme des Verwertungsverbots ist. Dieser Gesichtspunkt lässt sich jedoch nicht auf alle Fallkonstellationen von Verstößen gegen die materiellen Voraussetzungen des § 81a StPO anwenden, so dass *Jäger* bei der vorsätzlichen Missachtung des Arzterfordernisses die Verletzung des Fairnessprinzips zur Begründung des Verwertungsverbots heranziehen muss.<sup>861</sup> Darüber hinaus ist im Zusammenhang mit § 81a StPO darauf hinzuweisen, dass *Jägers* Begründungen für das Zusammenfallen des persönlichen und gegenständlichen Schutzbereichs widersprüchlich und nicht überzeugend sind. Er erkennt bei § 81a StPO die Bewahrung der körperlichen Gesundheit als persönlichen Schutzbereich an.<sup>862</sup> Beim gegenständlichen Schutzbereich will er wahrscheinlich vorbringen, dass die körperliche Gesundheit ebenfalls zum gegenständlichen Schutzbereich des § 81a StPO gehört. Allerdings hat er folgende Begründung für das Zusammenfallen der Schutzbereiche geliefert:

„Denn der Körper ist nur zum Zwecke der Bewahrung der körperlichen Unversehrtheit geschützt, nicht aber in seiner Funktion als Beweisgegenstand. § 81a StPO schützt nämlich ausschließlich die körperliche Gesundheit, nicht aber die körperliche Integrität. Insofern schließt § 81a StPO nicht das Beweisobjekt als solches, sondern nur bestimmte Formen der Erhebung an einem beweisrechtlich grundsätzlich zulässigen Objekt aus.“

Körperliche Unversehrtheit ist gleichbedeutend mit körperlicher Integrität; unter körperlicher Funktion versteht man eigentlich die Gesundheit. In seinem ersten Satz bringt *Jäger* zum Ausdruck, dass die körperliche Unversehrtheit geschützt wird, nicht aber der Körper in seiner Funktion als Beweisgegenstand. Der zweite Satz besagt aber Gegensätzliches. Außer diesem Widerspruch bei *Jäger* ist noch fraglich, ob bei § 81a StPO der Schutz der körperlichen Unversehrtheit und der Schutz der Gesundheit wirklich getrennt werden können. § 81a StPO schreibt einerseits vor, unter welchen Voraussetzungen der Staat überhaupt die körperliche Unversehrtheit des Beschuldigten verletzen darf, und andererseits regelt er zugleich, wie diese Verletzung vorgenommen werden soll, damit die Gesundheit des Beschul-

<sup>860</sup> *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, S. 141.

<sup>861</sup> *Jäger*, GA 2008, 488.

<sup>862</sup> *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, S. 197.

digten nicht beschädigt wird. § 81a StPO schützt daher sowohl die körperliche Unversehrtheit als auch die Gesundheit.

Auch bei der Telekommunikationsüberwachung und beim sogenannten großen Lauschangriff kann *Jägers* Theorie schwerlich überzeugen. Er hat im Vergleich zu anderen Sachverhalten wie Vernehmungen, Durchsuchung, Beschlagnahme sowie körperlichem Eingriff die Beweisverwertungsverbote bei der Telekommunikationsüberwachung und beim sogenannten großen Lauschangriff ausgesprochen spärlich behandelt. Der persönliche Schutzbereich der §§ 100a, 100b StPO a.F. (§§ 100a, 100d und 100e StPO) ist nach seiner Ansicht das Fernmeldegeheimnis sowie die Intimsphäre des Einzelnen.<sup>863</sup> Der sachliche Schutzbereich, der über die Beweisverwertungsverbote bei diesen Maßnahmen entscheidet, bedeutet hier, dass der Beweisgegenstand nur für bestimmte Beweisziele der staatlichen Verfügungsbefugnis unterworfen ist.<sup>864</sup> Damit ist gemeint, dass §§ 100a, 100b StPO a.F. (§§ 100a, 100d und 100e StPO) den Gegenstand des Beweises auf bestimmte Straftaten beschränken.<sup>865</sup> Aber ein derartiger sachlicher Schutzbereich bietet keinen Anhaltspunkt für das Beweisverwertungsverbot wegen Eingriffs in den Kernbereich privater Lebensgestaltung. Der Gesetzgeber hat eindeutig das Beweisverwertungsverbot auf die Intimsphäre des Einzelnen fokussiert, was nach *Jägers* Theorie den persönlichen Schutzbereich bezeichnet. Außerdem kann der sachliche Schutzbereich der §§ 100a, 100b StPO a.F. (§§ 100a, 100d und 100e StPO) nach *Jäger* nicht erklären, warum bei bewusster Umgehung des Richtervorbehalts bei der Anordnung ein Verwertungsverbot anzunehmen ist. In seinen knappen Erörterungen zur Telekommunikationsüberwachung und zum sogenannten Lauschangriff ist *Jäger* leider nicht auf die typischen Fallkonstellationen bei diesen Maßnahmen eingegangen. Schließlich wird klar, dass *Jägers* Theorie gegenüber *Beulkes* Theorie im Ergebnis keine wesentlichen Unterschiede aufweist.<sup>866</sup> Während *Beulke* direkt den Schutzbereich der Norm ermitteln will, „soll nach *Jäger* die Norm daraufhin geprüft werden, ob sie Beweisinhalt oder Beweisziel aus der Erhebung ausnehmen wolle“.<sup>867</sup>

## 6. Schweretheorie

*Peters*<sup>868</sup> hat die Regelungen in drei Kategorien eingeteilt. Die Regelungen der ersten Kategorie<sup>869</sup> dienen dazu, die Strafverfolgung einzuzugrenzen, indem sie den straf-

<sup>863</sup> *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, S. 204 f.

<sup>864</sup> *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, S. 205 f.

<sup>865</sup> *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, S. 205.

<sup>866</sup> *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 908.1.

<sup>867</sup> *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 908.1.

<sup>868</sup> *Peters*, Beweisverbote im deutschen Strafverfahren, Gutachten für den 46. DJT, Band I Teil 3A, S. 93–106.

verfolgungsfreien Raum sichtbar machen. Eine Beweiserhebung ist dabei immer ausgeschlossen. Die Begrenzung ergibt sich aus Rechts- und Sozialgedanken, die auf der überragenden Bedeutung der verfassungsmäßig und völkerrechtlich anerkannten Menschenrechte beruhen. § 136a StPO zählt zu dieser Kategorie. Die sich daraus ergebenden Beweisverbote werden von *Peters* Beweisverfolgungsverbote genannt. Die Regelungen der zweiten Kategorie<sup>870</sup> begrenzen den Raum, der dem Strafverfahren offensteht. In dieser Kategorie ist der Beweis an sich zu führen, jedoch ist er von bestimmten Voraussetzungen abhängig. Die sich aus dieser Kategorie ergebenden Beweisverbote sind Beweisverfahrensverbote. Ihre Voraussetzungen umfassen sowohl personale als auch sachliche Beweisvoraussetzungen. Erstere betreffen Willenserklärungen eines Außenstehenden, z.B. Antrag, Ermächtigung, Genehmigung, Einwilligung. Die zweiten beinhalten die sachlichen Gegebenheiten, die ein Beweisverfahren zulässig machen, z.B. Tatverdacht, Klageerhebung, Eröffnungsbeschluss. Die Bestimmungen über Zeugnisverweigerungsrechte gehören zu dieser Kategorie. Die Beweisverbote aus solchen Regelungen werden als Beweisverfahrensverbote bezeichnet. Die letzte Kategorie<sup>871</sup> bilden die Beweisregelungen, die die Beweisführung ermöglichen oder sichern sollen. Sie dienen dazu, den Fluss des Beweisverfahrens zu lenken, ohne jedoch den Beweis auszuschließen. Sie regeln die Art und Weise, wie der Beweis verfahrensmäßig erbracht werden soll. Die Verletzung einer Beweisregelung führt nicht zum Verwertungsverbot. Zu dieser Kategorie gehören z.B. die Vorschriften über die Zeugenvernehmung (§§ 58, 59, 68, 69 StPO), über die Durchführung von Untersuchungen (§§ 81a, 81c StPO), über Augenscheinseinnahmen (§§ 86 ff. StPO) und über Beschlagnahmungen (§§ 94 ff. StPO) sowie Durchsuchungen (§§ 102 ff. StPO). Außerdem hat *Peters* bei der dritten Kategorie vertreten, dass die unter Verletzung der Beweisregelung erlangten Beweismittel verwertet werden dürfen, wenn sie in ordnungsgemäßer Weise hätten beschafft werden können.<sup>872</sup>

Da die Systematisierung von *Peters* letztlich eine Abstufung nach der Schwere der jeweiligen Rechtsverletzung darstellt,<sup>873</sup> wird diese Theorie als Schweretheorie bezeichnet.<sup>874</sup> An ihr wird zunächst kritisiert, dass es fraglich sei, ob die Grenzziehung nach ihren Kategorien begrifflich möglich ist.<sup>875</sup> Die Beweisregelungen

---

<sup>869</sup> *Peters*, Beweisverbote im deutschen Strafverfahren, Gutachten für den 46. DJT, Band I Teil 3A, S. 95.

<sup>870</sup> *Peters*, Beweisverbote im deutschen Strafverfahren, Gutachten für den 46. DJT, Band I Teil 3A, S. 95–99.

<sup>871</sup> *Peters*, Beweisverbote im deutschen Strafverfahren, Gutachten für den 46. DJT, Band I Teil 3A, S. 100–103.

<sup>872</sup> *Peters*, Beweisverbote im deutschen Strafverfahren, Gutachten für den 46. DJT, Band I Teil 3A, S. 100.

<sup>873</sup> *Grünwald*, JZ 1966, 492.

<sup>874</sup> *Rogall*, ZStW 91 (1979), 23 f. Vgl. auch *Muthorst*, Das Beweisverbot, S. 27.

<sup>875</sup> *Grünwald*, JZ 1966, 492.

sind nach Ansicht von *Peters* auch betroffen, wenn die Anordnung eine ohne sie unzulässige Beweisführung erst zulässig macht.<sup>876</sup> Das ist eine Voraussetzung, welche die Merkmale der zweiten Gruppe erfüllt.<sup>877</sup> Mit anderen Worten: *Peters* gab keine klaren Kriterien für die Einzelfallbewertung vor.<sup>878</sup> Zweitens richtet sich die Zuordnung der Vorschriften zu den verschiedenen Kategorien nach Ansicht von *Peters* nach den Umständen des Einzelfalls.<sup>879</sup> Dies könnte dazu führen, dass die Kategorisierung letztlich in eine Abwägung umgewandelt wird.<sup>880</sup> Schließlich wird noch kritisiert, dass die Schweretheorie kein allgemeingültiges Kriterium<sup>881</sup> oder Lösungsschema<sup>882</sup> anbieten kann. Die Schweretheorie lässt die Annahme eines Verwertungsverbots von der Schwere der Rechtsverletzung abhängen. Allerdings ist die Grenze zwischen leichten und schweren Verstößen schwer festzustellen.<sup>883</sup> Dabei könnte die Gefahr entstehen, dass sich mit dieser Theorie willkürliche Ergebnisse erzielen lassen.<sup>884</sup>

## B. Funktionslehren

Die Funktionslehren weisen den Beweisverwertungsverboten verschiedene Funktionen zu, aus denen sich die Arten der Beweisverwertungsverbote ergeben sollen. Im Folgenden werden einige Funktionslehren dargestellt.

### 1. Gedanke der Wahrheitsgefährdung

Der Gedanke der Wahrheitsgefährdung als Grund für Beweisverwertungsverbote wurde bereits früher vorgebracht. So hat *Schöneborn*<sup>885</sup> zu § 136a StPO erklärt, dass dieser Paragraph nicht nur zum Schutz vor Grundrechtsverletzungen des Beschuldigten dient, sondern auch dazu, die Wahrheitsfindung des Gerichts nicht

---

<sup>876</sup> *Peters*, Beweisverbote im deutschen Strafverfahren, Gutachten für den 46. DJT, Band I Teil 3A, S. 100.

<sup>877</sup> *Grünwald*, JZ 1966, 492.

<sup>878</sup> *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, S. 107.

<sup>879</sup> *Peters*, Beweisverbote im deutschen Strafverfahren, Gutachten für den 46. DJT, Band I Teil 3A, S. 101 und S. 146 f.

<sup>880</sup> Die Schweretheorie wird daher manchmal den Abwägungslehren zugeordnet, z.B. *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, S. 106 ff.

<sup>881</sup> *Grünwald*, JZ 1966, 491 f.

<sup>882</sup> *Rogall*, ZStW 91 (1979), 24.

<sup>883</sup> Vgl. *Muthorst*, Das Beweisverbot, S. 29.

<sup>884</sup> *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, S. 107.

<sup>885</sup> *Schöneborn*, MDR 1971, 715.

durch inhaltlich verfälschte Aussagen zu beeinträchtigen. Auf dieser letzten Komponente beruhe das Verwertungsverbot des § 136a StPO.<sup>886</sup>

Dieser Gedanke galt aber schnell als überholt.<sup>887</sup> An ihm wird vor allem kritisiert, dass das Verwertungsverbot des § 136a StPO unabhängig von der Unzuverlässigkeit des Beweismittels besteht.<sup>888</sup> Ein aussagekräftiges Beispiel<sup>889</sup> ist das Verbot der Täuschung in § 136a StPO. Die inhaltliche Richtigkeit und Zuverlässigkeit einer Aussage wird zwar durch die Täuschung nicht gemindert, gemäß § 136a StPO ist sie jedoch nicht verwertbar. Die Zuverlässigkeit des Beweismittels zeigt zwar die Wahrheit, jedoch nicht die Rechtmäßigkeit der Erlangung des Beweismittels. Den auf die Wahrheitsgefährdung ausgerichteten Beweisverwertungsverböten zufolge könnten im Strafverfahren solche Beweise zugelassen werden, deren Erhebung unter groben Verletzungen der Grundrechte erfolgt ist. In diesem Fall würden die rechtswidrigen Handlungen der Strafverfolgungsbehörden bei der Beweiserhebung legitimiert.

Weiter wird grundsätzlich gegen diesen Gedanken vorgebracht, dass er sachlich irreführend und insgesamt nichtig sei.<sup>890</sup> Eine sich zu weit ausdehnende Wahrheitsgefährdung unterlaufe das Prinzip des § 339 StPO, denn die Wahrheitsfindung liegt nicht immer nur im Interesse des Angeklagten.<sup>891</sup> Wenn sich die Beweisverwertungsverböte auf die Wahrheitsgefährdung stützen, könnte jeder technische Fehler, z.B. die Erhebung der Beweise in Abwesenheit des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle, das Verwertungsverbot zur Folge haben;<sup>892</sup> dadurch könnte eine fruchtlose terminologische Ausweitung des Begriffs „Verwertungsverbot“ entstehen.<sup>893</sup> Schließlich wird noch kritisiert, dass die Gefahr für die Wahrheitsfindung, die durch die Verwertung bestimmter Beweismittel entstehen könnte, statt durch Verwertungsverböte durch die freie richterliche Beweiswürdigung ausgeräumt werden kann.<sup>894</sup>

---

<sup>886</sup> *Schöneborn*, MDR 1971, 715.

<sup>887</sup> Vgl. *Rogall*, ZStW 91 (1979), 16.

<sup>888</sup> *Dencker*, Verwertungsverböte im Strafprozess, S. 39. Vgl. auch *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, S. 15.

<sup>889</sup> *Dencker*, Verwertungsverböte im Strafprozess, S. 39; *Schröder*, Beweisverwertungsverböte und die Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung im Strafprozess, S. 27.

<sup>890</sup> *Dencker*, Verwertungsverböte im Strafprozess, S. 44.

<sup>891</sup> *Dencker*, Verwertungsverböte im Strafprozess, S. 44.

<sup>892</sup> *Dencker*, Verwertungsverböte im Strafprozess, S. 45; *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, S. 16.

<sup>893</sup> *Dencker*, Verwertungsverböte im Strafprozess, S. 45.

<sup>894</sup> *Dencker*, Verwertungsverböte im Strafprozess, S. 27 f. Ähnlich *Störmer*, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverböte, S. 201.



## 2. Disziplinierungsgedanke

Der Disziplinierungsgedanke besagt, dass durch Beweisverwertungsverbote den Strafverfolgungsbehörden der Anreiz zur rechtswidrigen Gewinnung von Beweismitteln zu nehmen<sup>895</sup> und somit künftigen Rechtsverletzungen entgegenzuwirken sei.<sup>896</sup> In diesem Sinne erfüllen Beweisverwertungsverbote eine generalpräventive Funktion.<sup>897</sup> Das Ziel der Beweisverwertungsverbote ist daher die Disziplinierung der Strafverfolgungsbehörden.<sup>898</sup> *Osmer*<sup>899</sup> führt aus, dass das Verwertungsverbot „die Vernehmungsbeteiligten, die in Versuchung zur Anwendung dieser Methoden geraten, dadurch davon abhält, dieser Versuchung zu erliegen, dass es ihnen von vornherein die Nutzlosigkeit solchen Tuns vor Augen führt.“ Kürzlich hat *Conen*<sup>900</sup> die Disziplinierungsfunktion der Beweisverwertungsverbote nochmals gegen alle Kritiker verteidigt.

Die Unverwertbarkeit von rechtswidrig erlangten Beweismitteln bedeutet die Verneinung und Nutzlosigkeit rechtswidriger Ermittlungshandlungen. Sie kann gewissermaßen psychologisch auf die Strafverfolgungsbeamten einwirken und ihr Verhalten auch beträchtlich beeinflussen;<sup>901</sup> diese Wirkung scheint grundsätzlich anerkannt zu sein.<sup>902</sup> Jedoch kann der Disziplinierungsgedanke die Funktion der Beweisverwertungsverbote im deutschen System nicht ganz und gar erklären.<sup>903</sup>

Der Disziplinierungsgedanke lässt sich erstens schon damit nicht vereinbaren, dass in der Rechtsprechung oft nur schwere oder bewusste Verstöße Verwertungsverbote zur Folge haben, nicht aber leichte oder fahrlässige Verstöße.<sup>904</sup> Die Disziplinierung sollte vielmehr unterschiedlos zur Ahndung von leichten und schweren, fahrlässigen und vorsätzlichen Verstößen angewandt werden.<sup>905</sup> Jeder schuldhafte Verfahrensverstöß sollte dem Disziplinierungsgedanken zufolge ein Verwertungsverbot nach sich ziehen.<sup>906</sup> Eine solche Position wird von der geltenden Recht-

---

<sup>895</sup> *Baumann*, GA 1959, 36; *Grünwald*, JZ 1966, 499.

<sup>896</sup> *Grünwald*, JZ 1966, 499.

<sup>897</sup> *Grünwald*, JZ 1966, 499.

<sup>898</sup> Vgl. *Grünwald*, JZ 1966, 499.

<sup>899</sup> *Osmer*, Der Umfang des Beweisverwertungsverbotes nach § 136a StPO, S. 46.

<sup>900</sup> *Conen*, FS für Eisenberg, S. 459–471.

<sup>901</sup> *Bradley*, GA 1985, 102.

<sup>902</sup> *Conen*, FS für Eisenberg, 460.

<sup>903</sup> A.A. *Conen*, FS für Eisenberg, 459–471.

<sup>904</sup> Dazu vgl. *Grünwald*, Das Beweisrecht der Strafprozessordnung, S. 154; *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, S. 19; *Störmer*, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, S. 198.

<sup>905</sup> Vgl. *Grünwald*, JZ 1966, 499; *Rogall*, ZStW 91 (1979), 15 f.

<sup>906</sup> *Störmer*, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, S. 198.

sprechung längst abgelehnt und heute von niemandem mehr vertreten.<sup>907</sup> Zweitens gilt dieser Gedanke als systemfremd.<sup>908</sup> Die Funktion der Disziplinierung der Strafverfolgungsbeamten wird in den USA den Beweisverwertungsverböten zugewiesen; dort hat der *Supreme Court* als Organ der bundesstaatlichen Zentralgewalt kein anderes Mittel zur Disziplinierung der Polizei zur Verfügung als das Verwertungsverbot.<sup>909</sup> In Deutschland verfügt der Bundesgesetzgeber als Zentralgewalt hingegen über andere Mittel,<sup>910</sup> insbesondere Disziplinarmaßnahmen.<sup>911</sup> Drittens kann die Disziplinierung dazu führen, dass der Fehler der Strafverfolgungsbehörden mit dem Verlust des Beweismittels einhergeht, eventuell durch einen Freispruch ausgeglichen wird und dieser Ausgleich einen Verzicht auf den staatlichen Strafanspruch und eine Gefährdung der allgemeinen Interessen<sup>912</sup> bedeutet. In der Rechtsprechung wird angedeutet, dass der Verlust des Beweismittels oder des Strafanspruchs als Mittel der Disziplinierung weder zulässig noch geeignet ist.<sup>913</sup> Das Unrecht des Täters sei – so die Literatur – mit dem staatlichen Unrecht der Prozessordnungswidrigkeit nicht vergleichbar.<sup>914</sup> Der Disziplinierungsgedanke verknüpfe zwei inkonnexe Lebenssachverhalte miteinander, ohne dies näher zu begründen.<sup>915</sup> Letztlich kann der Disziplinierungsgedanke nur bei unselbstständigen Beweisverwertungsverböten gelten, nicht aber bei selbstständigen Beweisverwertungsverböten, die keine Fehler der Strafverfolgungsbehörden voraussetzen.<sup>916</sup>

---

<sup>907</sup> *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverböte im Strafverfahren, S. 71; *Dencker*, Verwertungsverböte im Strafprozess, S. 54; *Küpper*, JZ 1990, 417; *Rogall*, ZStW 91 (1979), 16; *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, S. 18.

<sup>908</sup> *Dencker*, Verwertungsverböte im Strafprozess, S. 52–55.

<sup>909</sup> *Dencker*, Verwertungsverböte im Strafprozess, S. 53.

<sup>910</sup> *Dencker*, Verwertungsverböte im Strafprozess, S. 53.

<sup>911</sup> Vgl. *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverböte im Strafverfahren, S. 70; *Rogall*, in: Höpfel/Huber (Hrsg.), Beweisverböte in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen, S. 131.

<sup>912</sup> Ähnlich *Otto*, GA 1970, 291. Vgl. auch *Störmer*, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverböte, S. 199.

<sup>913</sup> BGHSt 32, 345, 356; BGHSt 33, 283, 284.

<sup>914</sup> *Muthorst*, Das Beweisverbot, S. 55. Ähnlich *Otto*, GA 1970, 290; *Rogall*, ZStW 91 (1979), 15; *ders.*, in: Höpfel/Huber (Hrsg.), Beweisverböte in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen, S. 133. Vgl. auch *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, S. 18.

<sup>915</sup> *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverböte im Strafverfahren, S. 70. Ähnlich *Otto*, GA 1970, 290.

<sup>916</sup> *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverböte im Strafverfahren, S. 71; *Küpper*, JZ 1990, 417; *Rogall*, in: Höpfel/Huber (Hrsg.), Beweisverböte in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen, S. 131. Vgl. auch *Schröder*, Beweisverwertungsverböte und die Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung im Strafprozess, S. 30.

### 3. Gedanke der sittlichen Überlegenheit des Staates

Der Gedanke der sittlichen Überlegenheit des Staates hängt mit der Idee des reinen Prozesses zusammen<sup>917</sup> und ähnelt in Hinsicht auf die Anforderungen an den Staat einigermassen den sogleich unter 4. zu erörternden spezial- und generalpräventiven Funktionen. Nach *Eb. Schmidt*<sup>918</sup> hat der Staat dem Beschuldigten gegenüber um der Gerechtigkeit willen die menschliche Anständigkeit und damit die sittliche Überlegenheit zu dokumentieren. *Eb. Schmidt* weist der Justizförmigkeit des Verfahrens derart entscheidende Bedeutung zu, dass nahezu alle Verstöße gegen die StPO womöglich ein Verwertungsverbot auslösen können.<sup>919</sup> Die prozessualen Normen, auch wenn sie nach h.M. nicht dem Interesse des Beschuldigten dienen, wie z.B. § 54 StPO, geben nach seiner Ansicht dem Verfahren Gestalt und sichern gegen Willkür.<sup>920</sup> Später äußert *Osmer*<sup>921</sup> sich ähnlich, nämlich dass die Anwendung der die Würde der Person verletzenden Methoden den Anspruch unglaubwürdig machen muss, mit der Verfolgung von Straftaten eine sittliche Aufgabe zu erfüllen. Auch *Haffke*<sup>922</sup> ist der Meinung, die Strafverfolgung sei eine sittliche Einrichtung; daher sei es staatsethisch geradezu geboten, dass sich die Strafverfolgungsorgane von der Ausnutzung strafbarer Handlungen strikt distanzieren.

Offensichtlich steht hier wie beim Disziplinierungsgedanken die Kritik im Mittelpunkt, dass heute niemand davon ausgehen würde, dass jeder Verfahrensfehler ein Verwertungsverbot der daraus erhaltenen Beweismittel nach sich ziehen kann.<sup>923</sup> Auch hier ist das Unrecht des Täters nicht mit dem Unrecht des Staates kompensierbar.<sup>924</sup> Die Möglichkeit der Bestrafung des Täters kann nicht davon abhängig sein, ob sich etwa ein Polizeibeamter zu Beginn der Ermittlungen „schlecht benommen“ hat.<sup>925</sup> Außerdem kann nach *Jäger*<sup>926</sup> die einseitige Betonung einer allgemeinen „sittlichen Überlegenheit“ des Staates die Gefahr in sich bergen, dass den Verfahrensnormen ein genereller Selbstzweck zugewiesen wird (Verfahrenseinhaltung um der staatlichen Ordnung willen). *Rogall*<sup>927</sup> kritisiert am sittlichen Ansatz,

---

<sup>917</sup> Vgl. *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, S. 71; *Rogall*, ZStW 91 (1979), 12.

<sup>918</sup> *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, § 136a Rn. 21.

<sup>919</sup> *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, S. 71.

<sup>920</sup> *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, § 54 Rn. 10.

<sup>921</sup> *Osmer*, Der Umfang des Beweisverwertungsverbotes nach § 136a StPO, S. 10.

<sup>922</sup> *Haffke*, GA 1973, 72.

<sup>923</sup> *Muthorst*, Das Beweisverbot, S. 57.

<sup>924</sup> *Muthorst*, Das Beweisverbot, S. 57.

<sup>925</sup> *Otto*, GA 1970, 290.

<sup>926</sup> *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, S. 72.

<sup>927</sup> *Rogall*, ZStW 91 (1979), 12 f.

dass damit der Maßstab der Rechtswidrigkeit, nicht aber der Sittenwidrigkeit, für die Folgen einer Verletzung des Beweiserhebungsverbotes entscheidend ist.

#### 4. Spezial- und generalpräventive Funktion

Die Lehre von der spezialpräventiven Funktion der Beweisverwertungsverbote folgt aus dem spezialpräventiven Strafzweck. *Osmer*<sup>928</sup> bringt dazu zunächst Folgendes vor: Der Rechtsbrecher könnte ein Verfahren, in dem seine Würde z.B. durch die verbotenen Vernehmungsmethoden gemäß § 136a StPO missachtet wird, gar nicht als an ihn gerichteten sittlichen Appell verstehen und auch nicht annehmen, dass die Rechtsgemeinschaft an der Bewahrung seiner Persönlichkeit überhaupt ernsthaft interessiert ist; das Handeln des Staates ist wegen seines eigenen Vorgehens gegenüber dem Rechtsbrecher in dessen Augen genauso verwerflich wie die Straftat des Rechtsbrechers in den Augen der Strafjustiz. Demgemäß könne der Rechtsbrecher die von einem solchen Staat auferlegte Strafe als Reinigung und Sühne schwerlich schuldbewusst hinnehmen; dem eigentlichen Sinn der Strafrechtspflege, der Sühne der Tat und der Erziehung des Täters, werde durch die Anwendung der verbotenen Vernehmungsmethoden entgegengewirkt. *Otto*<sup>929</sup> stellt den Gesichtspunkt der Resozialisierung des Rechtsbrechers in den Vordergrund und formuliert einen ähnlichen Gedanken. Er meint, dass die Resozialisierung des Rechtsbrechers bereits mit der Gerichtsverhandlung beginnt, und zwar durch das „gute Gespräch“ als Anfang einer Resozialisierung.<sup>930</sup> Der Richter solle nicht nur die Rechte und die Persönlichkeit des Beschuldigten mit der gleichen Intensität achten, mit der er die Aufgaben der Strafverfolgung wahrnimmt, sondern sich auch um die Person des Angeklagten und um dessen Verständnis bemühen, so dass der Verurteilte nicht den Eindruck gewinnt, das Urteil sei nur ein Akt willkürlicher Machtausübung ihm gegenüber.<sup>931</sup> Wenn auf die Verhandlungsführung des Richters ein „böser Schein“ fällt, könne es kein „gutes Gespräch“ geben.<sup>932</sup> Daher haben richterliche Verstöße gegen den Grundsatz des „guten Gesprächs“, insbesondere Verstöße gegen § 136a StPO, gleichgültig ob vorsätzlich oder fahrlässig begangen, zur Folge, dass die dabei erlangten Beweise nicht verwertet werden dürfen.<sup>933</sup> Hingegen sind Strafverfolgungsbeamte keine „Gegner“ des Beschuldigten hinsichtlich der Resozialisierung, und ihre Fehler haben Verwertungsverbote der daraus entstandenen Beweise zur Folge, wenn sie die Fehler bewusst begangen haben, um rechtmäßig nicht zu erlangende Beweise zu erhalten.<sup>934</sup> Fahrlässige Verstöße von

<sup>928</sup> *Osmer*, Der Umfang des Beweisverwertungsverbotes nach § 136a StPO, S. 10 f.

<sup>929</sup> *Otto*, GA 1970, 297.

<sup>930</sup> *Otto*, GA 1970, 297 f.

<sup>931</sup> *Otto*, GA 1970, 298.

<sup>932</sup> *Otto*, GA 1970, 298.

<sup>933</sup> *Otto*, GA 1970, 298 und 300.

<sup>934</sup> *Otto*, GA 1970, 299 f.

Strafverfolgungsbeamten können daher keine Verwertungsverbote nach sich ziehen, ausgenommen dass das Gesetz ausdrücklich die Unverwertbarkeit der Beweise bei einigen Verstößen geregelt hat, wie z.B. § 136a StPO.<sup>935</sup>

Diese spezialpräventive Funktion der Beweisverwertungsverbote ist vielerlei Kritik ausgesetzt. Ob die Resozialisierung schon in der Hauptverhandlung beginnt, ist zuallererst fraglich; dieser Resozialisierung vor dem Schuldspruch steht schon die Unschuldsvermutung entgegen.<sup>936</sup> Zweitens würde die spezialpräventive Funktion dazu führen, dass alle Verstöße Verwertungsverbote nach sich zögen;<sup>937</sup> dies ist angesichts der Praxis der Rechtsprechung abzulehnen. Im extremen Fall könnte allein gemäß der spezialpräventiven Funktion ein Freispruch gefällt werden. In diesem Fall würde vom Angeklagten entsprechend der spezialpräventiven Wirkung erwartet, dass er hinfort nicht mehr sündigt; auch dies wird von niemandem ernsthaft vertreten.<sup>938</sup> Drittens lässt sich innerhalb des Rahmens der Spezialprävention nicht mit Sicherheit sagen, dass eine spezialpräventive Wirkung nur über die Einsicht des Täters erzielbar ist.<sup>939</sup> Viertens ist fraglich, ob Verfahrensfehler wirklich geeignet sind, die spezialpräventive Funktion der Strafe zu beeinträchtigen,<sup>940</sup> die übrigen Strafzwecke können die Verhängung der Strafe erlauben oder sogar gebieten, auch wenn die spezialpräventive Straffunktion beeinträchtigt ist.<sup>941</sup> Fünftens hängt die Problematik der spezialpräventiven Wirkung für den Beschuldigten, wenn diese Wirkung überhaupt erfolgt, davon ab, ob das in Frage gestellte Beweismittel für die Überführung entscheidend ist. Wenn es sich um ein zusätzliches Beweismittel handelt, dessen Wegfall die Möglichkeit der Überführung unberührt lässt, bleibt von der spezialpräventiven Wirkung nicht viel übrig.<sup>942</sup> Schließlich wird die von *Otto* erwähnte unterschiedliche Behandlung von Fehlern im Ermittlungsverfahren und in der Hauptverhandlung kritisiert.<sup>943</sup> In dem Fall, dass der Richter die durch fahrlässige Erhebungsfehler in der Ermittlung erlangten Beweismittel für verwertbar erklärt, werde der „böse Schein“ sich dem Angeklagten unabhängig davon aufdrängen, ob der Richter den Verstoß selbst begeht oder sich den Fehler anderer Staatsorgane zunutze macht.<sup>944</sup> Diese Differenzierung führt zu einer

---

<sup>935</sup> *Otto*, GA 1970, 300.

<sup>936</sup> *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, S. 73.

<sup>937</sup> *Rogall*, ZStW 91 (1979), 13.

<sup>938</sup> *Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozess, S. 59.

<sup>939</sup> *Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozess, S. 59.

<sup>940</sup> *Rogall*, ZStW 91 (1979), 13.

<sup>941</sup> *Rogall*, ZStW 91 (1979), 13; *Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozess, S. 59.

<sup>942</sup> *Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozess, S. 58.

<sup>943</sup> Vgl. *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, S. 21.

<sup>944</sup> *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, S. 74.

gefährlichen richterrechtlichen Relativierung der strafprozessualen Formenstrenge und birgt ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit in sich.<sup>945</sup>

Wie die Lehre von der spezialpräventiven Funktion der Beweisverwertungsverbote wird auch die Lehre von der generalpräventiven Funktion anhand der Strafzwecke im materiellen Strafrecht herausgearbeitet. Auch *Osmer*<sup>946</sup> formuliert diesen Gedanken: Ein Prozess, in dem die Ermittlungsbehörden die rechtlichen Grenzen nicht einhalten und rücksichtslos das Wahrheitsziel verfolgen würden, wäre nicht nur als sittlicher Appell an den Rechtsbrecher untauglich, er würde auch das Ansehen der Rechtspflege selbst und das öffentliche Vertrauen in sie verspielen. Der Erfolg der Aufdeckung einzelner Straftaten würde zu teuer bezahlt, denn vor allem dieses Vertrauen, und erst in zweiter Linie die hinter den Gerichten stehende Staatsmacht, bildet die Grundlage für die Autorität der richterlichen Urteile.<sup>947</sup> Daraus leitet *Dencker* ab, dass der Prozess nicht nur eine Rolle für die Strafzwecke, sondern auch für die Generalprävention spielen kann.<sup>948</sup> So greift er zur Erklärung der prozessualen Verwertungsverbote auf den materiell-rechtlichen Aspekt der Generalprävention zurück. Der Schuldpruch, der aufgrund seiner Autorität bereits generalpräventiv wirken soll, ist in seiner Autorität gefährdet, wenn das Gericht, das ihn ausspricht, keine Autorität mehr beanspruchen kann, oder mit anderen Worten: wenn die Gerichtssprüche selbst auf der Verletzung von Rechtswerten beruhen.<sup>949</sup> Die sittliche Autorität und Glaubwürdigkeit des Gerichts sei abhängig von seinem Verhalten als Gericht, d.h. von seinem Verfahren.<sup>950</sup> *Dencker* sieht ein Verwertungsverbot als Gebot der Selbstreinigung der Justiz, um den bereits eingetretenen Autoritätsverlust zu neutralisieren und nicht auf das Urteil fortwirken zu lassen.<sup>951</sup>

Auch die generalpräventive Funktion der Beweisverwertungsverbote wird kritisiert.<sup>952</sup> Bei geringfügigen Verstößen oder Verstößen gegen unbekannte Prozessnormen ist die Wirkung durch Verbote der Verwertung daraus erlangter Beweismittel gering.<sup>953</sup> Ein Freispruch allein infolge eines Beweisverwertungsverbotese hätte in generalpräventiver Hinsicht weitaus schädlichere Auswirkungen als die Verurteilung aufgrund der Verwertung verbotswidrig erlangter Beweise.<sup>954</sup> Nach

<sup>945</sup> *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, S. 74.

<sup>946</sup> *Osmer*, Der Umfang des Beweisverwertungsverbotes nach § 136a StPO, S. 12.

<sup>947</sup> *Osmer*, Der Umfang des Beweisverwertungsverbotes nach § 136a StPO, S. 12.

<sup>948</sup> *Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozess, S. 61.

<sup>949</sup> *Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozess, S. 64 f.

<sup>950</sup> *Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozess, S. 65.

<sup>951</sup> *Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozess, S. 65.

<sup>952</sup> Z.B. *Ranft*, FS für Spindel, S. 723.

<sup>953</sup> *Muthorst*, Das Beweisverbot, S. 59; *Störmer*, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, S. 203. Vgl. auch *Rogall*, ZStW 91 (1979), 14; *Kelnhöfer*, Hypothetische Ermittlungsverläufe im System der Beweisverbote, S. 56 f.

<sup>954</sup> *Muthorst*, Das Beweisverbot, S. 59. *Störmer*, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, S. 203.

*Jäger*<sup>955</sup> hat die generalpräventive Wirkung noch eine Schwäche: *Denckers* Ansatz zufolge wird eine Vertrauenserschütterung, die durch ein Verwertungsverbot ausgelöst wurde, nur dann evident, wenn der Strafverfolgungsfehler gemessen an seinen außerprozessualen Wirkungen auf der Wertebene einer Straftat liegt. Auf diese Weise knüpft *Dencker* prozessuale Folgen an außerprozessuale Voraussetzungen; somit relativiert er die Bedeutung der Verfahrensförmigkeit nicht nur erheblich, sondern das Verfahrensrecht wird von ihm letztlich zum bloßen Erfüllungsgehilfen des materiellen Strafrechts reduziert.

*Schröder*<sup>956</sup> kommentiert zu Recht, dass die Verwendung der rechtswidrig erlangten Beweismittel im Einzelfall negative (spezial- und generalpräventive) Auswirkungen auf die präventiven Aspekte der Strafe haben kann, dass dies jedoch nicht zwingend ist. Spezial- und generalpräventive Wirkungen der Beweisverwertungsverbote lassen sich an Strafzwecke anknüpfen, allerdings haben diese zwei Ansätze die existente Distanz zwischen dem Beweisrecht bzw. der Beweisverwertung und dem materiellen Strafrecht bzw. den Strafzwecken ungenau eingeschätzt. Die Frage, ob und wie man ein Beweismittel verwertet, hat normalerweise nur begrenzte Auswirkungen auf die Funktionen der Gerichtssprüche gegenüber dem Beschuldigten und der Allgemeinheit,<sup>957</sup> oder eine Wirkung ist sogar empirisch schwer nachzuweisen.<sup>958</sup>

### 5. Staatliche Selbstbeschränkungsfunktion

*Spendel*<sup>959</sup> äußerte im Jahr 1966 den Gedanken der staatlichen Selbstbeschränkung: Die Beweisverbote sind zwar aufgrund der Eigentümlichkeit prozessualer Wahrheitsfindung Einschränkungen der richterlichen Erkenntnisgewinnung, aber

---

<sup>955</sup> *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, S. 77. *Jäger* nennt außerdem als Schwäche der generalpräventiven Wirkung: es gebe keine Anhaltspunkte nach *Denckers* Ansatz für den Umfang von Verwertungsverboten. *Jäger* sieht die Gefahr, dass ein Verwertungsverbot verneint wird, um dem Ruf der Allgemeinheit nach Bestrafung gerecht zu werden. *Jäger* knüpft hier die generalpräventive Wirkung der Verwertungsverbote an die Abschreckungs- oder Präventionswirkungen der Strafe gegenüber der Allgemeinheit im materiellen Strafrecht. In dieser Hinsicht hat *Jäger* jedoch die Haltung von *Dencker* unrichtig interpretiert. *Dencker* hat schon erwähnt, dass die durch einzelne Strafverfahren erwiesene Gewissheit, dass auf Straftaten mit Strafe reagiert wird, für die Begründung seiner These außer Acht bleiben kann und die materielle Generalprävention in seinem Ansatz nicht mehr als erstrangig angesehen wird (*Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozess, S. 64). *Dencker* sieht eher ein allgemeines Vertrauen in die Rechtspflege und dessen Bewahrung als Anhaltspunkte für die generalpräventive Wirkung der Verwertungsverbote, so dass die Allgemeinheit auch den Schuldspruch akzeptieren kann.

<sup>956</sup> *Schröder*, Beweisverwertungsverbote und die Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung im Strafprozess, S. 31 f.

<sup>957</sup> Vgl. *Rogall*, in: Höpfel/Huber (Hrsg.), Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen, S. 132.

<sup>958</sup> *Störmer*, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, S. 202.

<sup>959</sup> *Spendel*, NJW 1966, 1108.

damit zugleich Garantien gegen richterliche Schrankenlosigkeit, die auch bei der Wahrheitserforschung nur zu leicht zur Maßlosigkeit und damit zum Machtmissbrauch führt. Beweisverbote sind Zeichen staatlicher Selbstbescheidung und „der Gradmesser der rechtsstaatlichen Grundeinstellung“.<sup>960</sup>

Ähnliche Gedanken formulierte *Fezer*. Jedoch griff er auf den Norminhalt der Beweisgewinnungsvorschriften zurück und meinte, dass die die Eingriffsbefugnisse regelnden Beweiserhebungsvorschriften bewusste Beschränkungen aus den Grundrechten und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bedeuten.<sup>961</sup> Diese bewusste normative Beschränkung geht, soweit sie nicht verfassungsrechtlich bereits vorgeschrieben ist, auf Abwägungen des Gesetzgebers zurück, die oft Aufklärungsbelange und Individualrechtsschutz zum Ausgleich bringen wollen.<sup>962</sup> Der Gesetzgeber verfuhr bei der Kodifizierung abstrakter Beweisgewinnungsvorschriften nach denselben Kriterien wie der Richter im Rahmen seiner konkreten Einzelfallentscheidungen.<sup>963</sup> Beweiserhebungsvorschriften geben den Strafverfolgungsorganen die notwendigen Aufklärungsmöglichkeiten, sie markieren zugleich aber auch den Schutz individueller Rechte und anderer staatlicher Belange.<sup>964</sup> Die damit unvermeidlichen Beschränkungen der Aufklärungsmöglichkeiten erschöpfen sich jedoch nicht in ihrer Schutz- und Abwehrfunktion dem betroffenen Bürger gegenüber.<sup>965</sup> Sie bringen vielmehr gleichzeitig eine bewusste Selbstbeschränkung des Staates bei der Wahrnehmung der Strafverfolgungsaufgaben zum Ausdruck.<sup>966</sup> Diese Selbstbeschränkung ist nicht etwa nur ein zwangsläufig entstehender Reflex des Individualschutzes; sie war vielmehr selbstständiges Reformanliegen der Strafprozessgesetzgebung im 19. Jahrhundert: die Beseitigung der am faktisch Möglichen orientierten staatlichen Allmacht des Inquisitionsprozesses.<sup>967</sup>

Die Gebote und Verbote der Beweisgewinnung reichen über den Vorgang der Beweisgewinnung und den Eintritt der Individualrechtsverletzung hinaus.<sup>968</sup> Die in der Abwägung zwischen Strafverfolgungsbelangen und Individualrechtsschutz getroffenen Entscheidungen des Gesetzgebers, den Aufklärungsmöglichkeiten und der Wahrheitsfindung durch Gestaltung einzelner Beweiserhebungsvorschriften

---

<sup>960</sup> *Spendel*, NJW 1966, 1108.

<sup>961</sup> *Fezer*, Grundfragen der Beweisverwertungsverbote, S. 16 und 20.

<sup>962</sup> *Fezer*, Grundfragen der Beweisverwertungsverbote, S. 21.

<sup>963</sup> *Fezer*, Grundfragen der Beweisverwertungsverbote, S. 21.

<sup>964</sup> *Fezer*, Grundfragen der Beweisverwertungsverbote, S. 22; *ders.*, Strafprozessrecht, S. 220.

<sup>965</sup> *Fezer*, Grundfragen der Beweisverwertungsverbote, S. 22; *ders.*, Strafprozessrecht, S. 220.

<sup>966</sup> *Fezer*, Grundfragen der Beweisverwertungsverbote, S. 22 f.; *ders.*, Strafprozessrecht, S. 220.

<sup>967</sup> *Fezer*, Grundfragen der Beweisverwertungsverbote, S. 23.

<sup>968</sup> *Fezer*, Grundfragen der Beweisverwertungsverbote, S. 26; *ders.*, Strafprozessrecht, S. 220.



Grenzen zu ziehen, haben sich also mit der Zuwiderhandlung eines Strafverfolgungsorgans gegen solche Beweisgewinnungsnormen nicht erledigt.<sup>969</sup> Die Vorschriften der Beweiserhebung haben über das Eingriffsverbot bzw. die Handlungsanweisung an die Strafverfolgungsorgane hinaus zum Norminhalt, dass die über Missachtung des Normbefehls gewonnenen Beweismöglichkeiten für die Wahrheitsfindung nicht zur Verfügung stehen.<sup>970</sup> Verwertungsverbote haben damit ihre normative Grundlage in der Beweiserhebungsnorm selbst.<sup>971</sup> Bei der Frage, wann ein Verwertungsverbot ausgelöst werden kann, richtete *Fezer* sich danach, ob die Beweiserhebungsnorm ganz oder zum Teil die Funktion hat, die Selbstbeschränkung des Staates bei der Wahrheitsfindung inhaltlich zum Ausdruck zu bringen (als Ergebnis der gesetzgeberischen Abwägung zwischen Strafverfolgungsbelangen und anderen Belangen und Interessen) oder ob mit dieser Norm ein Zweck erreicht werden soll, der außerhalb einer solchen Beschränkungsfunktion liegt.<sup>972</sup>

*Amelung*<sup>973</sup> kritisiert an *Fezers* Ansatz Folgendes: Die Beschränkung der Allmacht des strafverfolgenden Staates sei kein Selbstzweck. Sie lasse sich nur durch den Schutz der bürgerlichen Freiheit und anderer Gegeninteressen der Rechtsgemeinschaft rechtfertigen.<sup>974</sup> Es sei zu bedenken, dass auch das Verbrechen diese Interessen bedroht und jede Beschränkung staatlicher Macht die Chancen mindert, dagegen vorzugehen.<sup>975</sup> Der Gedanke, dass rechtswidrig erlangte Beweismittel allein deshalb nicht verwertet werden dürfen, weil bei der Erlangung nicht rechtmäßig gehandelt wurde, wird von *Amelung* als „der schwächste aller... Grundsätze“ bezeichnet.<sup>976</sup> *Fezers* Argument sei zirkulär.<sup>977</sup> Es wird auch kritisiert, dass der von *Fezer* vorgeschlagene Maßstab für die Bestimmung der Beweisverwertbarkeit, der sich aus der Beweiserhebungsnorm ergibt, ersichtlich kein entscheidender Gesichtspunkt ist.<sup>978</sup> Dafür gilt als Beispiel, dass das Arzterfordernis der §§ 81a, 81c Abs. 2 StPO nach *Fezer*<sup>979</sup> zwar einer staatlichen Selbstbeschränkung bei der Wahrheitsfindung Ausdruck verleiht, jedoch bei einem entsprechenden Verstoß kein Ver-

---

<sup>969</sup> *Fezer*, Grundfragen der Beweisverwertungsverbote, S. 26; *ders.*, Strafprozessrecht, S. 220.

<sup>970</sup> *Fezer*, Grundfragen der Beweisverwertungsverbote, S. 27; *ders.*, Strafprozessrecht, S. 220.

<sup>971</sup> *Fezer*, Grundfragen der Beweisverwertungsverbote, S. 27; *ders.*, Strafprozessrecht, S. 220.

<sup>972</sup> *Fezer*, Grundfragen der Beweisverwertungsverbote, S. 28; *ders.*, Strafprozessrecht, S. 220. Für eine detaillierte Analyse der einzelnen Vorschriften der StPO nach dieser Theorie siehe *Fezer*, Strafprozessrecht, S. 221–223.

<sup>973</sup> *Amelung*, GA 1996, 335.

<sup>974</sup> *Amelung*, GA 1996, 335.

<sup>975</sup> *Amelung*, GA 1996, 335.

<sup>976</sup> *Amelung*, GA 1996, 335.

<sup>977</sup> *Amelung*, GA 1996, 335.

<sup>978</sup> *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, S. 81.

<sup>979</sup> *Fezer*, Strafprozessrecht, S. 221.

wertungsverbot anzuerkennen ist.<sup>980</sup> Darüber hinaus bleiben die Fragen offen, nach welchen Kriterien zu urteilen ist und welche Erhebungsregelungen die Schranken staatlicher Wahrheitsforschung sind.<sup>981</sup> Daher ist der Selbstbeschränkungsansatz nicht in der Lage, dem Funktionsgedanken Konturen zu verleihen.<sup>982</sup>

## 6. Sicherung der Individual- und Grundrechte

*Rogall*<sup>983</sup> greift auf die gesetzlich normierten Fälle der Beweisverwertungsverbote zurück, um die Funktion der Beweisverwertungsverbote zu definieren. Er analysiert jeweils selbstständige und unselbstständige Beweisverwertungsverbote in Gesetz und Rechtsprechung. Für selbstständige Beweisverwertungsverbote, beispielsweise gemäß § 81c Abs. 3 Satz 5 StPO, § 393 Abs. 2 AO, § 49 Abs. 1 BZRG, §§ 3 Abs. 2, 7 Abs. 3 GlO und § 34 Abs. 1 StVollzG, Art. 2 Abs. 1 sowie Art. 1 Abs. 1 GG, kommt er nach der Analyse zum Ergebnis, dass diese keine Erhebungsfehler bedingenden Beweisverwertungsverbote dem Schutz der Individual- und Grundrechte dienen.<sup>984</sup> Für unselbstständige Beweisverwertungsverbote greift er einen ähnlichen Gedanken wie in *Grünwalds* Schadensvertiefungstheorie auf, dass nämlich die Rechtsverletzung bei der Beweiserhebung schon geschehen und z.T. nicht reparabel ist.<sup>985</sup> Der Richter darf nicht durch Verwertung solcher Beweise die von anderen Staatsorganen begangene Rechtsverletzung perpetuieren, bestätigen und im Ergebnis selbst eine erneute Rechtsverletzung begehen.<sup>986</sup> Für die richterliche Beurteilung der Verwertbarkeit solcher Beweise ist grundsätzlich die gesetzgeberische Grundannahme gültig, dass aus Schutzwägungen heraus die Aufklärungstätigkeit zu beschränken und die Wahrheit nicht um jeden Preis zu erforschen ist.<sup>987</sup> Wenn die Beweiserhebungsverbote der Wahrheitsermittlung Grenzen setzen, bewahren die Verwertungsverbote den Einzelnen in einem späteren Prozessstadium vor einer Erweiterung der „gesetzlichen Möglichkeiten der Wahrheitsermittlung“ zu Lasten von Individualrechtsgütern.<sup>988</sup> Außerdem meint *Rogall*, aus seinem Gedanken des Individualrechtsschutzes folge nicht, dass jede Rechtsverletzung ein Verwertungsverbot auslöst.<sup>989</sup> Das die Gerechtigkeitsidee beinhaltende Rechtsstaatsprinzip erfordere auch die Aufrechterhaltung einer wirkungsvollen Strafrechtspflege, ohne

<sup>980</sup> *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, S. 81 f.

<sup>981</sup> *Alsberg/Güntge*, Der Beweisantrag im Strafprozess, Rn. 903.

<sup>982</sup> *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, S. 82.

<sup>983</sup> *Rogall*, ZStW 91 (1979), 16.

<sup>984</sup> *Rogall*, ZStW 91 (1979), 16–19.

<sup>985</sup> *Rogall*, ZStW 91 (1979), 19.

<sup>986</sup> *Rogall*, ZStW 91 (1979), 20.

<sup>987</sup> *Rogall*, ZStW 91 (1979), 21.

<sup>988</sup> *Rogall*, ZStW 91 (1979), 21.

<sup>989</sup> *Rogall*, ZStW 91 (1979), 21.

die sich Gerechtigkeit nicht verwirklichen lässt.<sup>990</sup> Eine umfassende Verwertungsperre kann nach *Rogall* aus dem Rechtsstaatsprinzip daher nicht hergeleitet werden.<sup>991</sup> Zur Bestimmung der Verwertungsverbote schlägt *Rogall* die Abwägung zwischen dem staatlichen Interesse und dem Individualinteresse vor, wie sie in der Rechtsprechung schon praktiziert wird.<sup>992</sup>

*Rogalls* Gedanke erfährt wahrscheinlich unter den zahlreichen Funktionslehren am wenigsten Kritik.<sup>993</sup> Diese besteht im Wesentlichen in der Behauptung, dass der Gedanke des Individualrechtsschutzes bei der Begrenzung der Verwertungsverbote nichts zu leisten vermag;<sup>994</sup> oder mit anderen Worten: Es sei fraglich, ob unter diesem Blickwinkel wirklich alle anerkannten Verbote erfasst werden können.<sup>995</sup> Als Beispiel zur Unterstützung dieser Kritik wird oft der von *Küpper*<sup>996</sup> erwähnte Fall der Blutprobenentnahme durch einen Nichtarzt dargestellt. In diesem Fall wird ein Verwertungsverbot trotz Beeinträchtigung der individuellen Güter abgelehnt.

Aber wenn man die wiedergegebene Ausführung bezüglich dieses Falls oben im Ersten Teil unter II.3.a)cc) nochmals liest, erweist sich schon, dass das Ergebnis gerade im Wege einer Interessenabwägung, die von *Rogall* zur Beurteilung über Beweisverwertungsverbote vorgeschlagen wird, erlangt wurde. Nach *Rogall* wird die Frage eines Verwertungsverbots dadurch beantwortet, dass das Individualinteresse gegen das staatliche Verfolgungsinteresse abgewogen wird. *Rogall* weist somit den Verwertungsverböten nur die Funktion des Individualrechtsschutzes zu. Diese Funktion kann jedoch nicht bis zum Extrem ausgedeutet werden, damit sie als ausschlaggebendes Beurteilungskriterium der Beweisverwertungsverböte angenommen werden kann.

## C. Abwägungslehre und normative Fehlerfolgenlehre

### 1. Abwägungslehre

In der Rechtsprechung wird im Wesentlichen eine Abwägung zwischen dem staatlichen Strafverfolgungsinteresse und dem Individualinteresse zur Bestimmung eines Verwertungsverbots im Einzelfall angewandt.<sup>997</sup> Die Rechtsprechung gebietet

<sup>990</sup> *Rogall*, ZStW 91 (1979), 21.

<sup>991</sup> *Rogall*, ZStW 91 (1979), 21.

<sup>992</sup> *Rogall*, ZStW 91 (1979), 29.

<sup>993</sup> Vgl. *Fezer*, Grundfragen der Beweisverwertungsverböte, S. 18.

<sup>994</sup> *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverböte im Strafverfahren, S. 79.

<sup>995</sup> *Küpper*, JZ 1990, 417.

<sup>996</sup> *Küpper*, JZ 1990, 417.

<sup>997</sup> *Pitsch*, Strafprozessuale Beweisverböte, S. 291; *Jahn*, Beweisverböte im deutschen Strafverfahrensrecht, Gutachten für den 67. DJT, Band I, Teil C, S. 45; *Janicki*, Beweisverböte im deutschen und englischen Strafprozess, S. 67.

einige wichtige Parameter für die Abwägung, z.B. auf der Seite der Interessen des Betroffenen das objektive Gewicht des Verstoßes, den Schutzzweck der verletzten Vorschrift, die Beeinträchtigung des Beweiswertes und das abstrakte Schutzbedürfnis des Beschuldigten.<sup>998</sup> Auf der Seite der staatlichen Interessen finden sich die Belange einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege und die hypothetischen Ermittlungsverläufe.<sup>999</sup> Die in der Rechtsprechung vertretene Interessenabwägung findet auch in der Literatur Zustimmung.<sup>1000</sup> Diese Theorie wird als Abwägungslehre bezeichnet und vor allem von *Rogall* vertreten.<sup>1001</sup>

*Rogall*<sup>1002</sup> geht von der Feststellung aus, dass nicht jeder Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot zu einem Beweisverwertungsverbot führen kann, und vertritt für die Bestimmung der Verwertungsverbote eine Einzelprüfung. Bei dieser wird das Interesse des Staates an der Tataufklärung gegen das Individualinteresse des Bürgers an der Bewahrung seiner Rechtsgüter abgewogen, wobei dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz große Bedeutung zukommt.<sup>1003</sup> Die Abwägung findet sowohl bei selbstständigen Verwertungsverböten als auch bei unselbstständigen Verwertungsverböten Anwendung.<sup>1004</sup> Ein Verwertungsverbot ist zu bejahen, wenn bei der Abwägung das Individualinteresse des Bürgers an der Bewahrung seiner Rechtsgüter gegenüber dem Strafverfolgungsinteresse des Staates überwiegt.<sup>1005</sup> Verwertungsverbote bestehen und entstehen im Konflikt zwischen Individual- und Strafverfolgungsinteresse.<sup>1006</sup> Bei der Frage der Annahme der Verwertungsverbote handelt es sich letztlich um ein Wertungsproblem.<sup>1007</sup> Einige Kriterien kommen bei der Abwägung vorrangig in Betracht. Auf der Seite des Strafverfolgungsinteresses spricht die Ahndung besonders schwerer Kriminalität für ein erhöhtes Strafverfolgungsinteresse, wobei die Feststellung der Schwerkriminalität vom verschuldeten Tatumrecht abhängig ist.<sup>1008</sup> Auf der Seite des Individualinteresses sind die Qualität

<sup>998</sup> Ausführlich dazu *Jahn*, Beweisverbote im deutschen Strafverfahrensrecht, Gutachten für den 67. DJT, Band I, Teil C, S. 45–47.

<sup>999</sup> Ausführlich dazu *Jahn*, Beweisverbote im deutschen Strafverfahrensrecht, Gutachten für den 67. DJT, Band I, Teil C, S. 45–47.

<sup>1000</sup> *Meyer-Goßner/Schmitt*, Einl. Rn. 55a; *Rogall*, ZStW 91 (1979), 29 ff.

<sup>1001</sup> Neben *Rogall* gibt es noch weitere Befürworter der Abwägungslehre, z.B. *Alsberg/Güntge*, Der Beweis Antrag im Strafprozess, Rn. 917. *Kleinknecht*, NJW 1966, 1539–1541, vertritt eine Ansicht in Richtung der Abwägungslehre und meint, dass über die Beweisverbote anhand des Verhältnismäßigkeitsprinzips zu entscheiden ist. *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 909, möchte mit Hilfe des revisionsrechtlichen Ansatzes den Abwägungsprozess eingrenzen.

<sup>1002</sup> *Rogall*, ZStW 91 (1979), 29.

<sup>1003</sup> *Rogall*, ZStW 91 (1979), 29. Ähnlich *Meyer-Goßner/Schmitt*, Einl. Rn. 55a.

<sup>1004</sup> *Rogall*, ZStW 91 (1979), 29 f.

<sup>1005</sup> *Rogall*, ZStW 91 (1979), 30. Vgl. auch *Meyer-Goßner/Schmitt*, Einl. Rn. 55a.

<sup>1006</sup> *Rogall*, ZStW 91 (1979), 31.

<sup>1007</sup> *Rogall*, ZStW 91 (1979), 31 f.

<sup>1008</sup> *Rogall*, ZStW 91 (1979), 34.

und die Art des betroffenen Rechtes oder Interesses, welche mittels des Schutzzwecks der verletzten Vorschrift bestimmt werden, zu berücksichtigen; ferner kommt es auf das Schutzbedürfnis des Betroffenen sowie die Schwere des Fehlers an.<sup>1009</sup> Hypothetische Ermittlungsverläufe, die in der Rechtsprechung auf der Seite der staatlichen Interessen als Erwägungselement stehen, werden nach *Rogalls* Abwägungslehre hingegen zur Beurteilung der Schutzwürdigkeit und Schutzbedürftigkeit des verletzten Individualinteresses berücksichtigt.<sup>1010</sup> Außerdem spielen kriminalpolitische Überlegungen eine Rolle.<sup>1011</sup> Allerdings erkennt *Rogall* dabei auch an, dass bei einer Verletzung der klaren Vorrang genießenden grundgesetzlichen Garantien, wie bei der Kernbereichsverletzung, das Strafverfolgungsinteresse ohne weitere Prüfung das Nachsehen haben muss.<sup>1012</sup> Dasselbe gilt für Maßnahmen, die ohne jede Rechtsgrundlage durchgeführt worden sind.<sup>1013</sup>

Kritisiert wird an der Abwägungslehre vor allem, dass sie zu Einzelfalljudikatur<sup>1014</sup> und Rechtsunsicherheit<sup>1015</sup> führen kann. Das liegt daran, dass die Abwägung im Einzelfall je nach den Umständen vorzunehmen ist und dafür klare Regeln fehlen.<sup>1016</sup> Der Abwägungsprozess liegt in der Hand des Abwägenden, ihm haftet ein erhebliches Maß an Subjektivität an.<sup>1017</sup> Die Ergebnisse sind somit nicht prognostizierbar<sup>1018</sup> und können beliebig<sup>1019</sup> oder sogar willkürlich<sup>1020</sup> sein. In konkreten Fällen können die Ergebnisse widersprüchlich sein.<sup>1021</sup> Ein gleicher Verfahrensverstöß könnte bei schwerer Kriminalität ein Verwertungsverbot ausschließen, bei leichter

---

<sup>1009</sup> *Rogall*, ZStW 91 (1979), 35.

<sup>1010</sup> *Rogall*, NSTZ 1988, 391.

<sup>1011</sup> *Rogall*, ZStW 91 (1979), 35.

<sup>1012</sup> *Rogall*, in: Wolter (Hrsg.), Zur Theorie und Systematik des Strafprozessrechts, S. 157.

<sup>1013</sup> *Rogall*, in: Wolter (Hrsg.), Zur Theorie und Systematik des Strafprozessrechts, S. 157.

<sup>1014</sup> *Fezer*, Grundfragen der Beweisverwertungsverbote, S. 19.

<sup>1015</sup> *Jahn*, Beweisverbote im deutschen Strafverfahrensrecht, Gutachten für den 67. DJT, Band I, Teil C, S. 61; *Muthorst*, Das Beweisverbot, S. 75; *Schröder*, Beweisverwertungsverbote und die Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung im Strafprozess, S. 46; *Beulke*, ZStW 103 (1991), 668; *Fezer*, Grundfragen der Beweisverwertungsverbote, S. 19; *Störmer*, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, S. 191.

<sup>1016</sup> *Schröder*, Beweisverwertungsverbote und die Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung im Strafprozess, S. 46 f.; *Beulke*, ZStW 103 (1991), 664; *Muthorst*, Das Beweisverbot, S. 74.

<sup>1017</sup> *Beulke*, ZStW 103 (1991), 668. Ähnlich *Störmer*, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, S. 191.

<sup>1018</sup> *Schröder*, Beweisverwertungsverbote und die Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung im Strafprozess, S. 46 f.; *Muthorst*, Das Beweisverbot, S. 74.

<sup>1019</sup> *Beulke*, ZStW 103 (1991), 664.

<sup>1020</sup> *Muthorst*, Das Beweisverbot, S. 72; *Schröder*, Beweisverwertungsverbote und die Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung im Strafprozess, S. 47.

<sup>1021</sup> *Muthorst*, Das Beweisverbot, S. 72; *Jahn*, Beweisverbote im deutschen Strafverfahrensrecht, Gutachten für den 67. DJT, Band I, Teil C, S. 61.

Kriminalität eher nicht.<sup>1022</sup> In extremen Fällen, beispielsweise bei schwerstkrimineller Kriminalität, kann ein Verfahrensverstöß gar kein Verwertungsverbot zur Folge haben.<sup>1023</sup> Das könnte einerseits die Gefahr mit sich bringen, dass die Polizei das Ergebnis der späteren Abwägung antizipieren und in ihr Handlungsprogramm integrieren kann, was im Ergebnis die gesetzlichen Grenzen der Beweiserhebungsverbote neutralisieren würde.<sup>1024</sup> Andererseits kann es zur Preisgabe des von der Menschenwürde garantierten Kernbereichs führen und dadurch eine Wahrheitsfindung um jeden Preis bedeuten.<sup>1025</sup> Die Polizei könnte bei schwerer Kriminalität nahezu schrankenlos oder willkürlich handeln.<sup>1026</sup> Das Ziel der Abwägung, die Einzelfallgerechtigkeit zu gewährleisten, würde dadurch nicht erreicht.<sup>1027</sup>

Zweitens wird gegen die Abwägungslehre geäußert, dass die Abwägung der ursprünglichen Wertung des Gesetzgebers entgegenläuft.<sup>1028</sup> Es wird angenommen, dass der Gesetzgeber in einigen Vorschriften bereits eine Abwägung vorgenommen und die Entscheidung über die Verwertbarkeit getroffen hat.<sup>1029</sup> Die vom Gesetzgeber festgelegten Grenzen zwischen staatlichen Befugnissen und den Rechten der betroffenen Bürger ließen dann keine zweite Abwägung zu.<sup>1030</sup> Solche Vorschriften finden sich z.B. in der Belehrungsvorschrift § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO und in § 136a StPO über verbotene Vernehmungsmethoden.<sup>1031</sup> Die Vertreter dieser Ansicht neigen dazu, dass sich die Beweisverwertungsverbote vorrangig aus dem Schutzzweck der jeweiligen Vorschrift ergeben; ist dies nicht der Fall, wäre eine Abwägung vorzunehmen.<sup>1032</sup>

---

<sup>1022</sup> Vgl. *Jahn*, Beweisverbote im deutschen Strafverfahrensrecht, Gutachten für den 67. DJT, Band I, Teil C, S. 61; *Fezer*, Grundfragen der Beweisverwertungsverbote, S. 31; *Neuhaus*, StV 2010, 49; *Störmer*, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, S. 184, S. 190.

<sup>1023</sup> *Jahn*, Beweisverbote im deutschen Strafverfahrensrecht, Gutachten für den 67. DJT, Band I, Teil C, S. 61.

<sup>1024</sup> *Jahn*, Beweisverbote im deutschen Strafverfahrensrecht, Gutachten für den 67. DJT, Band I, Teil C, S. 61 f.

<sup>1025</sup> *Jahn*, Beweisverbote im deutschen Strafverfahrensrecht, Gutachten für den 67. DJT, Band I, Teil C, S. 64.

<sup>1026</sup> *Harris*, StV 1991, 321.

<sup>1027</sup> *Störmer*, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, S. 191; *Muthorst*, Das Beweisverbot, S. 72.

<sup>1028</sup> Vgl. *Muthorst*, Das Beweisverbot, S. 72; *Jahn*, Beweisverbote im deutschen Strafverfahrensrecht, Gutachten für den 67. DJT, Band I, Teil C, S. 62.

<sup>1029</sup> *Beulke*, ZStW 103 (1991), 663 f.; *Muthorst*, Das Beweisverbot, S. 73; *Fezer*, Strafprozessrecht, S. 219; *Neuhaus*, StV 2010, 49.

<sup>1030</sup> *Schröder*, Beweisverwertungsverbote und die Hypothese rechtmäßiger Beweisergänzung im Strafprozess, S. 51 f.; *Fezer*, Strafprozessrecht, S. 219 f.

<sup>1031</sup> *Fezer*, Strafprozessrecht, S. 220.

<sup>1032</sup> *Beulke*, ZStW 103 (1991), 664; *Muthorst*, Das Beweisverbot, S. 73 f., S. 80.

Darüber hinaus wird methodisch kritisiert, dass die Abwägungslehre nur das bestehende Ergebnis der Justiz rechtfertigen soll; damit sei sie pure Rhetorik.<sup>1033</sup> Es fehle der Abwägungslehre an der Rationalität und richterlicher Dezision; sie sei in Wahrheit keine Theorie, sondern schlicht ein Deckmantel dafür, dass eine Theorie fehlt.<sup>1034</sup>

## 2. Normative Fehlerfolgenlehre

Angesichts der Schwächen der Abwägungslehre, ihrer Beliebigkeit und Manipulationsgefahr hat *Rogall* einige Richtigstellungen formuliert.<sup>1035</sup> Er betont, dass die Abwägung nichts anderes als einen zulässigen normativen Akt des Erkennens und Bewertens darstellt, der nicht frei erfolgt, sondern sich stets als zulässige Folgerung aus dem geltenden Recht erweisen und bewähren muss.<sup>1036</sup> Ob ein Verwertungsverbot bei einem Prozessrechtsverstoß anzunehmen ist, sei eine normative Frage. Sie ist unter Berücksichtigung der Fehlerschwere,<sup>1037</sup> der Schutzwürdigkeit und Schutzbedürftigkeit der verletzten Interessen<sup>1038</sup> sowie der obwaltenden Strafverfolgungsinteressen zu beantworten (Fehler- und Fehlerfolgenbewertung).<sup>1039</sup> *Rogall* betrachtet die Beweisverbotsproblematik aus der Sicht der allgemeinen Lehre von den Folgen der Fehler im Strafprozess.<sup>1040</sup> Somit ersetzt er die Bezeichnung „Abwägungslehre“, die er nicht mehr für passend hält, durch den Begriff „normative Fehlerfolgenlehre“.<sup>1041</sup> Bei dieser wird die Frage der Beweisverwertungsverbote in einen umfassenden normativen Zusammenhang eingeordnet, und die Abwägungsfaktoren werden reduziert und präzisiert.<sup>1042</sup> Wie schon erwähnt, geht es bei der Abwägung um einen Konflikt der Interessen, also eine Kollision von Prinzipien

---

<sup>1033</sup> *Schröder*, Beweisverwertungsverbote und die Hypothese rechtmäßiger Beweis-  
erlangung im Strafprozess, S. 48.

<sup>1034</sup> *Neuhaus*, StV 2010, 50.

<sup>1035</sup> *Rogall*, in: Wolter (Hrsg.), Zur Theorie und Systematik des Strafprozessrechts, S. 156.

<sup>1036</sup> *Rogall*, in: Wolter (Hrsg.), Zur Theorie und Systematik des Strafprozessrechts, S. 156; *ders.*, Über die Folgen der rechtswidrigen Beschaffung des Zeugenbeweises im Strafprozess, JZ 1996, 944 ff., 948.

<sup>1037</sup> Ausführlich dazu *Rogall*, in: Höpfel/Huber (Hrsg.), Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen, S. 143.

<sup>1038</sup> Ausführlich dazu *Rogall*, in: Höpfel/Huber (Hrsg.), Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen, S. 143. Z.B. wird nach *Rogall* ein „untauglicher“ Verstoß anerkannt, wenn der Vernommene sein Schweigerecht kennt; denn ein solcher Verstoß wirkt sich auf das rechtlich geschützte Interesse nicht aus.

<sup>1039</sup> *Rogall*, in: Wolter (Hrsg.), Zur Theorie und Systematik des Strafprozessrechts, S. 156 f.; *ders.*, JZ 1996, 947; *ders.*, FS für Hanack, S. 294.

<sup>1040</sup> *Rogall*, in: Höpfel/Huber (Hrsg.), Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen, S. 138.

<sup>1041</sup> *Rogall*, in: Höpfel/Huber (Hrsg.), Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen, S. 137 f.

<sup>1042</sup> *Rogall*, FS für Hanack, 294.

oder Grundsätzen.<sup>1043</sup> *Rogall* möchte nach Maßstäben der Rechtsordnung fallspezifische Vorrangbedingungen für diese Kollision formulieren.<sup>1044</sup> Dadurch würden die Fehlerfolgen begrenzt.<sup>1045</sup>

Nach *Rogalls* normativer Fehlerfolgenlehre wird ein Verwertungsverbot grundsätzlich angenommen, wenn der Verfahrensverstöß den Anspruch des Verfahrensbeteiligten auf eine an rechtsstaatlichen Garantien ausgerichtete Strafrechtspflege beeinträchtigt.<sup>1046</sup> Dazu zählen schwere Verstöße gegen grundlegende Verfahrensvorschriften, Maßnahmen ohne Rechtsgrundlage, Eingriffe in den Kernbereich eines Grundrechts oder in grundlegende Verfahrenspositionen, die absichtliche Umgehung der Rechte des Betroffenen oder Vorenthaltung dieser Rechte sowie die Beeinträchtigung eines fairen Verfahrens.<sup>1047</sup>

Übrigens ist nach *Rogall* hier auch die Verlaufshypothese zu berücksichtigen, die der Betrachtung der Auswirkung des Fehlers auf das Urteil eine andere Sicht geben und damit auch die Schutzwürdigkeit und Schutzbedürftigkeit des verletzten Interesses relativieren kann.<sup>1048</sup> Jedoch muss sich auch *Rogalls* normative Fehlerfolgenlehre die Kritik gefallen lassen, dass sie letztlich nichts anderes ist als die Abwägungslehre.<sup>1049</sup> Die normative Fehlerfolgenlehre biete keine formelhafte Antwort auf die Fragen der Beweisverwertungsverbote an, sie stelle dagegen nur eine differenzierte Dogmatik dar.<sup>1050</sup> Diese Lehre lässt sich vom Abwägungsprozess nicht loslösen, und die mit der Abwägungslehre eintretende Rechtsunsicherheit bleibt bei ihr bestehen.<sup>1051</sup> Außerdem lassen die nach den Maßstäben der Rechtsordnung formulierten Vorrangbedingungen die normative Fehlerfolgenlehre auf die Seite des Schutzzweckes der verletzten Norm treten.<sup>1052</sup>

---

<sup>1043</sup> *Rogall*, FS für Hanack, 298.

<sup>1044</sup> *Rogall*, FS für Hanack, 299; *ders.*, JZ 2008, 824.

<sup>1045</sup> *Rogall*, FS für Hanack, 305.

<sup>1046</sup> *Rogall*, in: Höpfel/Huber (Hrsg.), Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen, S. 144.

<sup>1047</sup> *Rogall*, in: Höpfel/Huber (Hrsg.), Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen, S. 144.

<sup>1048</sup> *Rogall*, FS für Hanack, 306.

<sup>1049</sup> *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, S. 110.

<sup>1050</sup> *Muthorst*, Das Beweisverbot, S. 74.

<sup>1051</sup> Vgl. *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, S. 109 f.

<sup>1052</sup> *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, S. 109 f.; *Muthorst*, Das Beweisverbot, S. 74.



## D. Lehre von den Informationsbeherrschungsrechten und vom informationellen Unterlassungsanspruch

### 1. Lehre von den Informationsbeherrschungsrechten

*Amelung*<sup>1053</sup> hat die prozessuale Lehre von den Informationsbeherrschungsrechten eingeführt. In der Rechtsordnung werden subjektive Rechte garantiert, die ihrem Inhaber die Befugnis verleihen, bestimmte Informationen zurückzuhalten und zu verhindern, dass sie von anderen gespeichert, weitergegeben oder verwertet werden.<sup>1054</sup> Die Informationsbeherrschungsrechte haben die Funktion, dem Inhaber die Beherrschung von Informationen zu erlauben, von denen er fürchtet, dass andere auf sie in unerwünschter Weise reagieren.<sup>1055</sup> Für die Reichweite der Informationsbeherrschungsrechte ist es grundsätzlich nicht entscheidend, ob eine Information ein „gutes“ oder „schlechtes“ Licht auf den Rechtsträger wirft.<sup>1056</sup> Die Informationsbeherrschungsrechte gewähren ihrem Inhaber zuerst einen Abwehranspruch, der sich im Regelfall darauf richtet, die Unterlassung von Handlungen zu bewirken, die auf die Erlangung der rechtmäßig beherrschten Information gerichtet sind.<sup>1057</sup> Eine Ausnahme gegenüber den üblichen Konstellationen für den Abwehranspruch gegen unerlaubte Erlangung einer rechtlich beherrschten Information könnte bestehen, wenn die Erhebung der Information legitim ist und der Erhebende eine Eingriffsbefugnis besitzt; in diesem Fall erlaubt die Erhebungsbefugnis jedoch noch nicht notwendigerweise die Verwertung der Informationen, und sofern diese erlaubt ist, ist noch nicht die Verwendung zu jedem beliebigen Zweck gestattet.<sup>1058</sup> Beispiele sind die selbstständigen Verwertungsverbote, wie das Verbot der Verwertung von Tagebüchern oder das Verbot der strafprozessualen Verwertung bestimmter Informationen, die die Finanzverwaltung zu Besteuerungszwecken erheben durfte (§ 393 Abs. 2 AO).<sup>1059</sup> Wenn der informationelle Abwehranspruch missachtet wurde, entsteht der Sekundäranspruch, der sich auf die Unterlassung der in Gang gesetzten Rechtsbeeinträchtigung und die Beseitigung des dadurch geschaffenen rechtswidrigen Zustandes richtet.<sup>1060</sup>

Der Sekundäranspruch wird von *Amelung* im Anschluss an *Bachof* als informationeller Folgenbeseitigungsanspruch bezeichnet. Dieser Anspruch ist grundsätzlich

---

<sup>1053</sup> *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, S. 30–68.

<sup>1054</sup> *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, S. 30.

<sup>1055</sup> *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, S. 31.

<sup>1056</sup> *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, S. 31.

<sup>1057</sup> *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, S. 37.

<sup>1058</sup> *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, S. 37.

<sup>1059</sup> *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, S. 38.

<sup>1060</sup> *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, S. 38 f.; *ders.*, FS für Bemann, S. 507; *ders.*, FS für Roxin, S. 1260 f.

gegeben, wenn die Gesetzwidrigkeit der Informationserhebung vorliegt.<sup>1061</sup> Für diese Gesetzwidrigkeit ist grundsätzlich nicht das Handlungsunrecht, sondern das Erfolgsunrecht maßgeblich.<sup>1062</sup> Demzufolge ist kein Verwertungsverbot anzunehmen, wenn dem Staat nachträglich die Befugnis zuwächst, die erlangten Informationen zu behalten.<sup>1063</sup> Auch bei Verletzung der Verhaltensnormen, die die Strafverfolgungsorgane beachten müssen und die lediglich der Abwehr von Gefährdungen eines Informationsbeherrschungsrechts dienen, können keine Verwertungsverbote entstehen.<sup>1064</sup> Dafür nennt *Amelung* Beispiele: Wird der Richtervorbehalt von einem Hilfsbeamten missachtet, sind aber die anderen Beschlagnahmevoraussetzungen gegeben, ist die Handlung zwar rechtswidrig, jedoch kann sich die Gefährdung noch nicht in einem rechtswidrigen Erfolg realisieren, der zum Verwertungsverbot führen könnte;<sup>1065</sup> werden die Vorschriften über die Zulässigkeit körperlicher Untersuchungen und Eingriffe (§ 81a Abs. 1 Satz 2 StPO) verletzt, führt auch das nicht zum Verwertungsverbot, wenn die materiellen Eingriffsvoraussetzungen vorliegen und der Staat einen Anspruch auf die Informationen hat.<sup>1066</sup> Allerdings könnte das Handlungsunrecht unter Umständen auch ein Verwertungsverbot zur Folge haben, z.B. bei Verletzungen der Menschenwürde und strafbaren Strafverfolgungsmaßnahmen, die allein schon dazu führen, dass die Verwertung der hierdurch erlangten Beweismittel auszuschließen ist, da solche rechtswidrigen Handlungen für einen Verlust der Straflegitimation sorgen würden.<sup>1067</sup>

Nach *Amelung* können sich Beweisverwertungsverbote unmittelbar aus Informationsbeherrschungsrechten ergeben – entweder aus dem Abwehrensanspruch oder aus dem Folgenbeseitigungsanspruch.<sup>1068</sup> Jedoch trägt *Amelung* einige Einschränkungen für beide Ansprüche vor. Der informationelle Abwehrensanspruch ist nach seiner Ansicht nur durch das Gesetz einzuschränken; der Gesetzgeber hat bereits das Strafverfolgungsinteresse gegen das Informationsbeherrschungsinteresse abgewogen und die zweite oder dritte Gewalt – also der Richter oder die Strafverfolgungsbehörden – habe sich an diese Abwägung zu halten, wenn sie aufgrund der gesetzlichen Ermächtigung in ein Recht auf Informationsbeherrschung eingreift.<sup>1069</sup> Mit anderen Worten: *Amelung* lehnt hier die Abwägung ab. Jedoch räumt er dazu folgende Ausnahmen ein: Die Abwägung ist vorzunehmen, wenn das Gesetz selbst dazu anhält,

---

<sup>1061</sup> *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, S. 39 f.

<sup>1062</sup> *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, S. 40 f.

<sup>1063</sup> *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, S. 40.

<sup>1064</sup> *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, S. 42.

<sup>1065</sup> *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, S. 42; *ders.*, FS für Roxin, S. 1262; *ders.*, FS für Bemann, S. 508 f.

<sup>1066</sup> *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, S. 44; *ders.*, FS für Bemann, S. 508 f.

<sup>1067</sup> *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, S. 41.

<sup>1068</sup> *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, S. 52.

<sup>1069</sup> *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, S. 53.

eine Abwägung zwischen Informationsbeherrschungs- und Strafverfolgungsinteresse vorzunehmen, wie z.B. beim selbstständigen Verwertungsverbot in § 393 Abs. 2 AO; oder wenn ein grundsätzlich garantiertes allgemeines Persönlichkeitsrecht tangiert wird; ferner wenn gegen das allgemeine verfassungsrechtliche Übermaßverbot verstoßen wird.<sup>1070</sup> Die Beschränkungen beim informationellen Folgenbeseitigungsanspruch, also ob, wann und wie dem Verletzten trotzdem versagt werden darf, die Löschung und Nichtverwertung der rechtswidrig in Anspruch genommenen Information zu verlangen, sind nach *Amelung* ebenfalls durch das Gesetz zu bestimmen.<sup>1071</sup>

An der Lehre von den Informationsbeherrschungsrechten wird wesentlich kritisiert, dass die Übertragung des öffentlich-rechtlichen Konzepts auf das Strafprozessrecht nicht möglich sei.<sup>1072</sup> Nach *Amelung* sind die Informationsbeherrschungsrechte subjektive Rechte.<sup>1073</sup> Die aus dem verwaltungsrechtlichen Konzept herausgebildeten Informationsbeherrschungsrechte, insbesondere der Folgenbeseitigungsanspruch, passen eher zum kontradiktorischen Rechtsschutzverfahren.<sup>1074</sup> *Amelungs* extreme Subjektivierung ist der Struktur des Strafverfahrens nicht angemessen.<sup>1075</sup> Das Strafprozessrecht ist objektiv-rechtlich ausgestaltet.<sup>1076</sup> Das Strafverfahren hat seine Besonderheit bei der Beweiserhebung, nämlich um die gerichtliche Wahrheitsfindung zu ermöglichen.<sup>1077</sup> Im Strafverfahren geht es um die Erledigung öffentlicher Aufgaben, nicht um die Erfüllung privater Informationsansprüche.<sup>1078</sup> Einige Normen in der Strafprozessordnung sind zwar im Interesse des Individuums und zu seinen Gunsten aufgestellt, garantieren aber keine subjektiven Folge-„Ansprüche“. <sup>1079</sup> Der Verfahrensbeteiligte hat kein umfassendes informationelles Steuerungsrecht im Strafverfahren, in dem sich die Beteiligten wie zivilrechtliche Anspruchsgegner gegenüberstünden.<sup>1080</sup> Darüber hinaus wird angeführt, dass dieser Ansatz nichts anderes als die subjektivrechtliche Reformulierung der Frage nach

<sup>1070</sup> *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, S. 54–56.

<sup>1071</sup> *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, S. 57–41.

<sup>1072</sup> *Rogall*, in: Wolter (Hrsg.), Zur Theorie und Systematik des Strafprozessrechts, S. 153; *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, S. 100.

<sup>1073</sup> *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, S. 30.

<sup>1074</sup> Vgl. *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, S. 101.

<sup>1075</sup> *Muthorst*, Das Beweisverbot, S. 65.

<sup>1076</sup> *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, S. 101.

<sup>1077</sup> *Fezer*, Grundfragen der Beweisverwertungsverbote, S. 25, 36.

<sup>1078</sup> *Rogall*, in: Höpfel/Huber (Hrsg.), Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen, S. 139.

<sup>1079</sup> *Rogall*, in: Höpfel/Huber (Hrsg.), Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen, S. 139.

<sup>1080</sup> *Rogall*, in: Wolter (Hrsg.), Zur Theorie und Systematik des Strafprozessrechts, S. 153.

Voraussetzungen und Reichweite eines objektiv-rechtlich verstandenen Beweisverwertungsverbotes ist.<sup>1081</sup>

Einige Beispiele werden zur Unterstützung der Kritik vorgebracht. Bei Verstoß gegen den Richtervorbehalt könnte nach *Amelungs* Ansatz ohne Unterscheidung zwischen Fahrlässigkeit und Willkürlichkeit der Strafverfolgungsorgane ein Verwertungsverbot entstehen. Das wäre unerträglich.<sup>1082</sup> Bei der Telekommunikationsüberwachung könnte somit der Fall eintreten, dass die richterliche Anordnungs-kompetenz sinnlos wird.<sup>1083</sup> *Amelungs* Ansatz könne auch nicht erklären, warum die Verletzung der Benachrichtigungspflicht des § 168c Abs. 5 StPO für ein Verwertungsverbot sorgen kann.<sup>1084</sup>

Ein weiteres Problem in *Amelungs* Ansatz ist, dass er das Verwertungsverbot davon abhängig sein lässt, ob materielle Eingriffsvoraussetzungen vorliegen. In konkreten Fällen könnte dies mit der h.M. übereinstimmen, z.B. bei der Blutprobenentnahme durch einen Nichtarzt. Aber diese Ansicht übergeht die Werte prozessualer Voraussetzungen und könnte sich nicht in allen Fällen durchsetzen. Im Fall absichtlicher, willkürlicher oder erzwungener Blutprobenentnahme durch einen Nichtarzt wird beispielsweise das Rechtsstaatsprinzip verletzt und diese Verletzung kann dann ein Verwertungsverbot nach sich ziehen.

Außerdem kann *Amelungs* Ansatz nicht erklären, warum ein Verstoß gegen Informationsbeherrschungsrechte Dritter ein Verwertungsverbot zugunsten des Beschuldigten zur Folge haben kann. Ein Beispiel ist der Verstoß gegen das Zeugnisverweigerungsrecht aus § 52 StPO, das dazu dient, den Zeugen von der Mitwirkung bei der Verurteilung eines Verwandten zu befreien; dem Zeugen bleibt grundsätzlich der Rechtsschutz gegen diese Entscheidung versagt, jedoch kann der Verurteilte sich auf diese Rechtsverletzung berufen. *Amelung* hat hierbei nicht die Informationsbeherrschungsrechte, sondern die Rechtskreistheorie zur Begründung des Verwertungsverbotes herangezogen.<sup>1085</sup> *Amelung* ist sich im Klaren darüber, dass seine Theorie nicht alle Fallkonstellationen abdecken kann, so dass er die Lehre von den Informationsbeherrschungsrechten nicht mehr als einzige Quelle von Verwertungsverboten ansieht, sondern dazu noch einige weitere Prinzipien herangezogen hat, wie den Schutz der Wahrheitsfindung und die Wahrung der Legitimation

<sup>1081</sup> *Muthorst*, Das Beweisverbot, S. 67.

<sup>1082</sup> *Rogall*, in: Höpfel/Huber (Hrsg.), Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen, S. 141.

<sup>1083</sup> *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, S. 101.

<sup>1084</sup> *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, S. 101; *Jahn*, Beweisverbote im deutschen Strafverfahrensrecht, Gutachten für den 67. DJT, Band I, Teil C, S. 65 f.

<sup>1085</sup> *Amelung*, FS für Bemann, S. 514. Kritisch *Jahn*, Beweisverbote im deutschen Strafverfahrensrecht, Gutachten für den 67. DJT, Band I, Teil C, S. 66; *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, S. 102.

zum Strafen.<sup>1086</sup> Mit den Einschränkungen der Informationsbeherrschungsrechte und den weiteren hinzugefügten Prinzipien kommt *Amelung* am Ende nicht umhin, in Abwägungsprozesse einzusteigen.<sup>1087</sup>

## 2. Lehre vom informationellen Unterlassungsanspruch

*Störmer*<sup>1088</sup> schließt sich *Amelungs* These an und trägt eine Lehre vom informationellen Unterlassungsanspruch vor. Er erkennt den öffentlich-rechtlichen Abwehranspruch an und unterteilt diesen in Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche.<sup>1089</sup> Nach seiner Ansicht verlangt ein Verwertungsverbot weniger eine durch positives Tun erfolgende Wiederherstellung, sondern führt zu dem Gebot, die weitere Benutzung bestimmter Informationen zu unterlassen.<sup>1090</sup> Insofern könnte ein Unterlassungsanspruch zur Begründung der Rechtsfolge das Verwertungsverbot legitimieren, und es bedarf keines Rekurses auf den Beseitigungsanspruch.<sup>1091</sup> Aus *Störmers* Sicht ist der Folgenbeseitigungsanspruch ein transformierter Unterlassungsanspruch, weil die Fiktion einer nach erfolgter Rechtsverletzung unerfüllbaren oder untergegangenen Unterlassungspflicht als dogmatische Begründung für die „Umwandlung“ des Unterlassungsanspruchs in einen Folgenbeseitigungsanspruch dient.<sup>1092</sup> Verwertungsverbote sind also nicht Rechtsfolgen von Folgenbeseitigungsansprüchen, sondern von Unterlassungsansprüchen. Die Verwertung zu verbieten bedeutet, dass die zur prozessualen Nutzung eines bestimmten Beweismittels erforderliche Handlung nicht vorgenommen werden darf, also unterlassen werden muss.<sup>1093</sup>

*Störmer* hat die Verwertungsverbote in zwei Kataloge unterteilt.

Der erste betrifft Informationsbeherrschungsrechte, bei deren Verletzung regelmäßig ein fortdauernder rechtswidriger Zustand hervorgerufen wird.<sup>1094</sup> Die Verwertung der durch rechtswidrigen Eingriff geschaffenen und dem Staat nicht zustehenden Informationen vertieft in diesem Fall die Rechtsverletzung;<sup>1095</sup> daher entsteht ein Unterlassungsanspruch bzw. ein Verwertungsverbot. *Störmer* nennt dabei als Beispiele die Verletzung von Aussage- und Zeugnisverweigerungsrechten

<sup>1086</sup> *Amelung*, FS für Bemann, S. 515; *ders.*, FS für Roxin, S. 1264.

<sup>1087</sup> Vgl. *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 908.2.

<sup>1088</sup> *Störmer*, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, S. 207–233.

<sup>1089</sup> *Störmer*, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, S. 214 f.

<sup>1090</sup> *Störmer*, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, S. 215.

<sup>1091</sup> *Störmer*, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, S. 215.

<sup>1092</sup> *Störmer*, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, S. 216.

<sup>1093</sup> *Störmer*, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, S. 223.

<sup>1094</sup> *Störmer*, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, S. 226.

<sup>1095</sup> *Störmer*, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, S. 226.

und die Verletzung materieller Eingriffsvoraussetzungen.<sup>1096</sup> Demzufolge können Verstöße gegen die Belehrungsvorschriften §§ 52 Abs. 3 und 55 Abs. 2 StPO für Verwertungsverbote sorgen.<sup>1097</sup>

Der andere Katalog dokumentiert sonstige subjektive Rechte, bei deren Verletzung in der Regel kein rechtswidriger Zustand fort dauert.<sup>1098</sup> Wenn eine Verwertung der Informationen einen weiteren eigenständigen Eingriff in das geschützte Recht darstellt, entsteht ein Unterlassungsanspruch bzw. ein Verwertungsverbot.<sup>1099</sup> Für diesen Katalog nennt *Störmer* den Verstoß gegen die Benachrichtigungspflicht und die Verletzung formeller Eingriffsvoraussetzungen als Beispiele.<sup>1100</sup> Der Verstoß gegen die Benachrichtigungspflicht gemäß § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO und damit die Verletzung des Anwesenheitsrechts können keinen fort dauernden rechtswidrigen Zustand herbeiführen, da dem subjektiven Recht nach § 168c Abs. 2, Abs. 5 Satz 1 StPO nicht die Qualität eines Informationsbeherrschungsrechts eignet.<sup>1101</sup> Aber die Verwertung der so erlangten Aussagen oder Informationen stellt eine erneute Beeinträchtigung des subjektiven Rechts dar, weil das Recht eine hinreichende Verteidigung ermöglicht und bei dessen Verletzung der Beschuldigte keinen Einfluss auf die Vernehmung ausüben konnte.<sup>1102</sup> Ein Verwertungsverbot ist daher anzuerkennen. Die Verletzung formeller Eingriffsvoraussetzungen, z.B. der Zuständigkeit für die Anordnung einer Zwangsmaßnahme, hat dagegen grundsätzlich kein Verwertungsverbot zur Folge.<sup>1103</sup> Eine Ausnahme besteht für die bewusste Missachtung des Richtervorbehalts; eine Verwertung so erlangter Beweismittel verletzt das Recht auf ein faires Verfahren.<sup>1104</sup>

Bei *Störmers* Ansatz lässt sich kein nennenswerter theoretischer Unterschied zu *Amelungs* Ansatz erkennen.<sup>1105</sup> Damit ist *Störmers* Ansatz den gleichen Einwänden wie *Amelungs* Lehre ausgesetzt.<sup>1106</sup> Bei Verstoß gegen die Benachrichtigungspflicht gemäß § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO und der bewussten Missachtung des Richtervorbehalts kann *Störmer* nicht umhin, den Schutzzweck der Vorschriften und unter Betrachtung der Umstände des Einzelfalls die Abwägung heranzuziehen.

---

<sup>1096</sup> *Störmer*, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, S. 226–229.

<sup>1097</sup> *Störmer*, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, S. 227.

<sup>1098</sup> Vgl. *Störmer*, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, S. 229.

<sup>1099</sup> Vgl. *Störmer*, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, S. 229.

<sup>1100</sup> *Störmer*, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, S. 230–233.

<sup>1101</sup> *Störmer*, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, S. 230.

<sup>1102</sup> *Störmer*, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, S. 230.

<sup>1103</sup> *Störmer*, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, S. 232.

<sup>1104</sup> *Störmer*, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, S. 232.

<sup>1105</sup> *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, S. 106.

<sup>1106</sup> *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, S. 106.

## E. Exkurs: Hypothetische Ermittlungsverläufe

Der Gedanke der Einbeziehung hypothetischer Ermittlungsverläufe ist an verschiedenen Stellen in der Strafprozessordnung zu finden. So enthalten §§ 108, 477 StPO und das Verb „beruhen“ im Sinne von § 337 StPO schon hypothetische Überlegungen.<sup>1107</sup> Es gibt zwar ablehnende Stellungnahmen zur Relevanz hypothetischer Ermittlungsverläufe in Rechtsprechung und Literatur;<sup>1108</sup> aber hypothetische Ermittlungsverläufe werden nicht selten gerade auch in der Rechtsprechung angewandt.<sup>1109</sup> Die überwiegende Ansicht im Schrifttum spricht ebenfalls für eine Betrachtung unter Berücksichtigung hypothetischer Ermittlungsverläufe.<sup>1110</sup> Zwei wesentliche theoretische Ansätze, die hypothetische Ermittlungsverläufe miteinbezogen haben, sind die Schutzzwecklehren und die Abwägungslehre.

*Grünwald*<sup>1111</sup> und *Peters*<sup>1112</sup> haben in den von ihnen entwickelten Systemen der Beweisverwertungsverbote hypothetische Ermittlungsverläufe entweder als einen Vorbehalt für die Annahme der Verwertungsverbote oder für eine bestimmte Normengruppe als einen zusätzlichen Faktor bei der Bestimmung der Verwertbarkeit angesehen. *Beulke*<sup>1113</sup> hat in den jeweiligen Gruppen seiner Schutzzweckhierarchie geprüft, ob die Beweismittel durch hypothetische rechtmäßige Ermittlungsverläufe hätten erlangt werden können, und wenn hypothetische Ermittlungsverläufe die Erlangung der Beweismittel rechtfertigen können, die Beweismittel als verwertbar eingestuft. Im Allgemeinen werden hypothetische Ermittlungsverläufe als zusätzlich zu berücksichtigender Gesichtspunkt bei den Schutzzwecklehren angesehen, der die Verwertbarkeit der Beweismittel zulässt und die Schutzzwecklehren ein-

---

<sup>1107</sup> *Schröder*, Beweisverwertungsverbote und die Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung im Strafprozess, S. 109 f.

<sup>1108</sup> Zusammenfassende Darstellung der Ablehnungen: *Schröder*, Beweisverwertungsverbote und die Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung im Strafprozess, S. 88–96; *Pelz*, Beweisverwertungsverbote und hypothetische Ermittlungsverläufe, S. 46–53. Außerdem lehnt *Jahn*, Beweisverbote im deutschen Strafverfahrensrecht, Gutachten für den 67. DJT, Band I, Teil C, S. 74–78, hypothetische Ermittlungsverläufe ebenfalls ab.

<sup>1109</sup> BVerfG NJW 2009, 3225; BGH NStZ 1989, 375, 376; BVerfG NStZ 2004, 216; LG Heilbronn StV 2005, 380, 382; BGH NStZ 2004, 449, 450; LG Bremen StV 2006, 571, 573; OLG Bamberg NJW 2009, 2146, 2148; OLG Hamburg NJW 2008, 2597, 2599; KG NJW 2009, 3527; BGHSt 24, 125, 130; OLG Celle NStZ 1989, 385, 286; OLG Zweibrücken NJW 1994, 810, 810 f.

<sup>1110</sup> *Beulke*, ZStW 103 (1991), 659. *Rogall*, JZ 2008, 825 f.; SK-StPO/*Rogall*, 5. Aufl., § 136a Rn. 120; *Schröder*, Beweisverwertungsverbote und die Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung im Strafprozess, S. 110; *Rogall*, NStZ 1988, 391; *Peters*, Beweisverbote im deutschen Strafverfahren, Gutachten für den 46. DJT, Band I Teil 3A, S. 100; *Grünwald*, Das Beweisrecht der Strafprozessordnung, S. 154; *Grünwald*, JZ 1966, 495 f.; *Wolter*, NStZ 1984, 277 f.

<sup>1111</sup> Siehe oben Erster Teil, III.A.2.

<sup>1112</sup> Siehe oben Erster Teil, III.A.6.

<sup>1113</sup> Siehe oben Erster Teil, III.A.4.

schränken kann.<sup>1114</sup> Bei *Rogalls*<sup>1115</sup> Abwägungslehre bzw. der normativen Fehlerfolgenlehre stellen hypothetische rechtmäßige Ermittlungsverläufe sich als ein Abwägungskriterium dar.

Somit wird die Zulässigkeit der Berücksichtigung hypothetischer Ermittlungsverläufe in der Rechtsprechung und den Theorien grundsätzlich anerkannt. Sie bilden einen Teilaspekt der Problematik der Verwertungsverbote<sup>1116</sup> und können die theoretische Analyse des jeweiligen Ansatzes beschränken oder begrenzen.<sup>1117</sup> Allerdings stellt ein hypothetischer Ermittlungsverlauf nur eine gedankliche und keine realisierte Möglichkeit dar. Die Zulässigkeit der Berücksichtigung hypothetischer Ermittlungsverläufe ist deshalb nicht unbeschränkt. Bei schweren Verfahrensverstößen, z.B. im Falle eines bewussten oder willkürlichen Verstoßes gegen den Richtervorbehalt,<sup>1118</sup> können hypothetische Ermittlungsverläufe kaum Anwendung finden. Wenn ein hypothetischer Ermittlungsverlauf bei einer Entscheidung über die Verwertbarkeit eines Beweises berücksichtigt wird, besteht außerdem Streit über die Anforderungen an die Hypothesenbildung. Die Rechtsprechung und ein Teil der Literatur bilden die Hypothese abstrakt,<sup>1119</sup> so dass schon eine gedankliche Vermutung genügt, dass die Beweismittel im rechtmäßigen Ermittlungsverlauf hätten aufgefunden werden können. Der BGH hat einmal die naheliegende Möglichkeit der rechtmäßigen Erlangung der Beweismittel verlangt,<sup>1120</sup> jedoch später die Feststellung der hypothetisch rechtmäßigen Alternative gefordert, wobei allerdings angedeutet wird, dass eine solche Feststellung kaum jemals durchführbar sei.<sup>1121</sup> Hingegen fordert die überwiegende Meinung in der Literatur eine konkrete Hypothesenbildung.<sup>1122</sup> In der Literatur wird teilweise auch vertreten, dass das Auffinden der durch die rechtswidrige Maßnahme mittelbar erlangten Beweismittel auch auf legalem Wege wahrscheinlicher sein müsste als das Auffinden auf illega-

<sup>1114</sup> Vgl. *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, S. 121.

<sup>1115</sup> Siehe oben Erster Teil, III.C. Auch *Wolter*, NStZ 1984, 277 f.

<sup>1116</sup> *Schröder*, Beweisverwertungsverbote und die Hypothese rechtmäßiger Beweis-erlangung im Strafprozess, S. 73. Zustimmend *Beulke*, ZStW 103 (1991), 658.

<sup>1117</sup> Vgl. *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, S. 116.

<sup>1118</sup> BGHSt 51, 285, 296; LG Darmstadt StV 1993, 573, 574; LG Bremen StV 2006, 571, 573. *Roxin*, NStZ 1989, 379. Ähnlich *Hüls*, ZIS 2009, 163.

<sup>1119</sup> Z.B. Rechtsprechung: BGHSt 24, 125, 130; BGH NStZ 1989, 375, 376; OLG Celle NStZ 1989, 385, 286; OLG Zweibrücken NJW 1994, 810, 810 f.; Literatur: *Kleinknecht*, NJW 1966, 1538. Kritik an der abstrakten Hypothesenbildung in der Rechtsprechung bei *Harris*, StV 1991, 322.

<sup>1120</sup> BGHSt 32, 68, 71.

<sup>1121</sup> BGHSt 34, 362, 365.

<sup>1122</sup> *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, S. 122; *Schröder*, Beweisverwertungsverbote und die Hypothese rechtmäßiger Beweis-erlangung im Strafprozess, S. 112 f.; *Beulke*, ZStW 103 (1991), 673 f. und 676; *Pelz*, Beweisverwertungsverbote und hypothetische Ermittlungsverläufe, S. 151; SK-StPO/*Rogall*, 5. Aufl., § 136a Rn. 121; *Reichert-Hammer*, JuS 1989, 450; *Rogall*, NStZ 1988, 392.



lem Wege.<sup>1123</sup> In anderen Beiträgen wird die Höchstwahrscheinlichkeit bestimmt,<sup>1124</sup> also eine hohe Wahrscheinlichkeit<sup>1125</sup> mit besonders ernsthafter Chance<sup>1126</sup> der rechtmäßigen Beweiserlangung oder ein Angelegtsein<sup>1127</sup> der rechtmäßigen Beweiserlangung zum Zeitpunkt der fehlerhaften Verfahrenshandlung.

#### IV. Zwecke der Beweisverwertungsverbote

Der Zweck, der Sinn, die Aufgabe oder die Funktion der Beweisverwertungsverbote gehören zu den wichtigsten Themen dieser Verbote.<sup>1128</sup> Wenn der Zweck der Beweisverwertungsverbote ermittelt wird, lässt sich das Kriterium des Beweisausschlusses unschwer herausfinden und die Entscheidung über die Verwertbarkeit der Beweise im Einzelfall wird somit leicht getroffen werden können.<sup>1129</sup>

Daher tangieren in Deutschland die theoretischen Erörterungen, die seit langem versuchen, die Beweisverwertungsverbote theoretisch aufzuarbeiten und in einem dogmatischen Gebäude zu vereinigen,<sup>1130</sup> unvermeidlich die Frage des Zwecks. Eine Gruppe von „Funktionslehren“ widmet sich speziell der Suche nach der allgemeinen Funktion der Beweisverwertungsverbote und dem Aufbau einer Systematik anhand dieser Funktion. Diese Gruppe hat verschiedene Ansichten hervorgebracht, die allerdings jeweils nur eine Seite der Funktion oder gewollten Auswirkung von Beweisverwertungsverböten reflektieren. Unter den Funktionslehren wird *Rogalls* Sicherung der Individual- und Grundrechte am wenigsten kritisiert.<sup>1131</sup>

Die „Schutzzwecklehren“ untersuchen die Schutzzwecke der Erhebungsvorschriften und leiten Beweisverwertungsverbote aus dem Schutzzweck der verletzten Norm her. Der Schutzzweck einer Rechtsnorm bezieht sich auf dasjenige geschützte Interesse, für das der Gesetzgeber bei der Interessenabwägung für diese Rechtsnorm entschieden hat. Unter den Schutzzwecklehren haben die Rechtskreistheorie, die Prozesszieltheorie und die Lehre von der Schutzzweckhierarchie die

<sup>1123</sup> *Schlüchter*, JR 1984, 520.

<sup>1124</sup> *Fezer*, JR 1991, 87; *Wolter*, NSTZ 1984, 277; *Rogall*, NSTZ 1988, 392; *Reichert-Hammer*, JuS 1989, 450.

<sup>1125</sup> *Schröder*, Beweisverwertungsverbote und die Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung im Strafprozess, S. 123.

<sup>1126</sup> *Wolter*, NSTZ 1984, 277. Vgl. auch *Welp*, Die strafprozessuale Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, S. 217.

<sup>1127</sup> *Fezer*, JR 1991, 87 f.; *Reichert-Hammer*, JuS 1989, 450; *Rogall*, NSTZ 1988, 392 f.; SK-StPO/*Rogall*, 5. Aufl., § 136a Rn. 121. Ablehnend *Pelz*, Beweisverwertungsverbote und hypothetische Ermittlungsverläufe, S. 154 f.

<sup>1128</sup> *Rogall*, ZStW 91 (1979), 11.

<sup>1129</sup> *Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozess, S. 33; *Rogall*, ZStW 91 (1979), 11 f.

<sup>1130</sup> *Herrmann*, FS für Jescheck, S. 1291.

<sup>1131</sup> Vgl. *Fezer*, Grundfrage der Beweisverbote, S. 18.

Beweisverwertungsverbote aus Sicht des Schutzes der Individualrechte betrachtet und systematisiert.<sup>1132</sup> *Rogalls* Abwägungslehre und seine normative Fehlerfolgenlehre lassen das Individualinteresse gegen das Strafverfolgungsinteresse abwägen; bei einem überwiegenden Individualinteresse wird ein Verwertungsverbot angenommen. Dabei werden Verwertungsverbote als Instrumente des Individualrechtsschutzes betrachtet.<sup>1133</sup> In *Amelungs* Lehre von den Informationsbeherrschungsrechten werden die Beweisverwertungsverbote ebenfalls als Schutz individueller Rechte angesehen.<sup>1134</sup> Die Theorie des informationellen Unterlassungsanspruchs, die von der Lehre von den Informationsbeherrschungsrechten nicht weit entfernt ist, lässt die Verwertungsverbote gleichfalls dem Individualschutz und den Individualinteressen dienen.<sup>1135</sup> Nach den obigen Darstellungen zeigt sich, dass die Beweisverwertungsverbote wesentlich den Schutz individueller Rechte bezwecken, wie in der Literatur überwiegend vertreten wird.<sup>1136</sup>

Auch in der Rechtsprechung findet man Anhaltspunkte dafür, dass die Beweisverwertungsverbote dem Schutz individueller Rechte dienen. Das BVerfG hat geäußert, dass die in der Rechtsprechung entwickelten und anerkannten Beweisverwertungsverbote im Zusammenhang mit der Durchsuchung und Beschlagnahme teilweise vor unerlaubten Eingriffen in Grundrechte schützen.<sup>1137</sup> Ein aussagekräftiges und viel zitiertes Beispiel ist das Erhebungs- und Verwertungsverbot bei Tagebuchaufzeichnungen. Durch das Verbot will das deutsche Recht die Unantastbarkeit der Menschenwürde und das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit gewährleisten.<sup>1138</sup>

Das Verbot gilt unabhängig davon, ob die Tagebuchaufzeichnungen durch Durchsuchung und Beschlagnahme erlangt wurden oder durch Privatpersonen zur Kenntnis der Strafverfolgungsbehörde gebracht worden sind.<sup>1139</sup> Ein Erhebungsfehler des Staates ist keine Voraussetzung für ein Verwertungsverbot. Der Blick-

---

<sup>1132</sup> Die Kernfrage der Rechtskreistheorie ist, ob die Rechtsverletzung den Rechtskreis des Beschuldigten wesentlich berührt hat (siehe oben Erster Teil, III.A.1.; nach *Petrys* Prozesszieltheorie haben prozessrechtliche Beweisverbote die zwingende Folge des Verwertungsverbots, und die den prozessrechtlichen Beweisverboten zugeordneten Rechtsnormen sollen der Subjektrolle des Beschuldigten dienen (siehe oben Erster Teil, III.A.3.; der die Schutzzweckhierarchie begründende *Beulke* hat anerkannt, dass die Beweisverbote bzw. Beweisverwertungsverbote Instrumente zur Sicherung der Individualrechte sind (siehe *Beulke*, Strafprozessrecht, 13. Aufl., Rn. 454).

<sup>1133</sup> *Rogall*, NStZ 1988, 391.

<sup>1134</sup> *Störmer*, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, S. 208; *Fezer*, Grundlagen der Beweisverwertungsverbote, S. 25 f. Vgl. auch *Muthorst*, Das Beweisverbot, S. 68.

<sup>1135</sup> Vgl. *Störmer*, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, S. 224.

<sup>1136</sup> Vgl. *Rogall*, JZ 1996, 947; *Harris*, StV 1991, 321; *Herrmann*, FS für Jescheck, S. 1292; *Gless*, in: Thaman (Hrsg.), Exclusionary Rules in Comparative Law, S. 140.

<sup>1137</sup> BVerfGE 113, 29, 61.

<sup>1138</sup> BGHSt 19, 325, 326.

<sup>1139</sup> BGHSt 19, 325, 331.

winkel ist der Schutz der materiellen Grundrechte.<sup>1140</sup> Die restriktive Auslegung der Vorschriften bezüglich der Telekommunikationsüberwachung wegen eventueller Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht<sup>1141</sup> und die Beweisverwertungsverbote bei Grundrechtsverstößen, insbesondere bei Eingriffen in den Kernbereich privater Lebensgestaltung, können zusätzlich den Rechtsschutz für das Individuum im deutschen Recht stärken.

Allerdings kann der Schutz individueller Rechte nicht als einziger Erklärungsgrund alle Konstellationen der Beweisverwertungsverbote abdecken. Dem entspricht auch das Feld der Theorien, in dem keine einheitliche Theorie zu finden ist, nach der man die Beweisverwertungsverbote in allen Konstellationen bestimmen könnte. In den deutschen Beweisverwertungsverböten kommen unter Umständen auch andere Gründe als der Schutz individueller Rechte zum Ausdruck. Ein Beispiel ist die Fernwirkung. Nach allgemeiner Ansicht wird eine solche im deutschen Recht nicht anerkannt. Dafür wird als wichtiger Grund genannt, dass ein Fehler nicht ohne Weiteres dazu führen darf, dass das gesamte Verfahren lahmgelegt wird.<sup>1142</sup> Damit wird das staatliche Interesse an einer effektiven Strafverfolgung unterstrichen. Die materielle Wahrheitsforschung geht hier also dem Schutz individueller Rechte vor. Auch das ist ein denkbare Ergebnis einer Interessenabwägung;<sup>1143</sup> das individuelle Interesse kann nicht in allen Fällen das staatliche Interesse im Strafverfahren übertreffen. Der Zweck der Beweisverwertungsverbote – der Schutz der individuellen Rechte – stößt bei der effektiven Strafverfolgung an seine Grenzen.

Daher lässt sich insgesamt bezüglich des Zweckes der Beweisverwertungsverbote sagen, dass das deutsche Recht bei Beweisverwertungsverböten wesentlich auf den Schutz der individuellen Rechte abzielt. Dieser Zweck lässt sich unter drei Aspekten des deutschen Rechts betrachten oder interpretieren: dem Vertrauen der Bevölkerung in den Staat, der staatlichen Vorsorge- und Fürsorgeobliegenheit und der staatlichen Selbstbeschränkung.

Im Vergleich zur US-amerikanischen *Exclusionary Rule*<sup>1144</sup> wird bei den deutschen Beweisverwertungsverböten großes Vertrauen in die Strafverfolgungsbehörden gesetzt. Das Bundesverfassungsgericht hat angedeutet, dass der Gesetzgeber sowohl dem Rechtsanwender als auch den Strafverfolgungsbehörden zutraut, dass sie sich an die Regelungen halten können.<sup>1145</sup> Diese Ansicht wird auch von *Kramer* geteilt. Er meint, dass im Rechtsstaat von der Grundannahme auszugehen ist, dass

---

<sup>1140</sup> *Herrmann*, FS für Jescheck, S. 1293.

<sup>1141</sup> BGHSt 48, 240, 247.

<sup>1142</sup> BGHSt 22, 129, 136; BGHSt 27, 355, 358; BGHSt 32, 68, 71; BGHSt 51, 1, 8.

<sup>1143</sup> Vgl. unten Erster Teil, V.

<sup>1144</sup> Siehe unten Zweiter Teil, IV.

<sup>1145</sup> BVerfG NJW 2007, 2753, 2755.

die Gesetze grundsätzlich von den Strafverfolgungsorganen eingehalten werden.<sup>1146</sup> Nicht nur den Strafverfolgungsbehörden wird vertraut, sondern auch den Berufsrichtern. Das deutsche Recht räumt bei Strafsachen Berufsrichtern Vorrang vor Laienrichtern ein. Deshalb wird die deutsche Strafrechtspflege wesentlich von Berufsrichtern getragen, denen man zutraut, dass sie den Wert der Beweise und den Sachverhalt hinreichend erkennen können.<sup>1147</sup> Das Vertrauen in die Strafverfolgungsbehörden und die Berufsrichter spiegelt vielleicht das in der deutschen Mentalität unbewusst verborgene Vertrauen in die Staatsmacht wider.

Ein kurzer Einblick in die deutsche Geschichte kann das Vertrauensverhältnis ein wenig verdeutlichen. Der preußische König *Friedrich II.* (1712-1786) verkörpert als erster deutscher Herrscher Aufklärung und Absolutismus in einer Person.<sup>1148</sup> Anders als seine Vorgänger hat er sich als Monarch nicht mehr mit dem Staatswesen gleichgesetzt.<sup>1149</sup> Er bezeichnete sich als ersten Diener des Staates, und der Beruf der Fürsten war in seinen Augen, für das Glück ihrer Völker zu wirken.<sup>1150</sup> In diesem Sinne war der Monarch in der Ausübung der Regierungsgewalt nicht völlig frei, sondern unterlag auch Pflichten, die durch die Staatszwecke wie Ruhe und Sicherheit im Innern und nach außen sowie die Beförderung der allgemeinen Wohlfahrt bestimmt wurden.<sup>1151</sup> So hat sich im 18. Jahrhundert die Tendenz in Deutschland abgezeichnet, dass der Staat an sich die Pflichten gegenüber der Bevölkerung zu deren Gunsten zu erfüllen hatte. Tatsächlich hat der Staat Preußen unter dem Einfluss *Friedrichs II.* fortschrittlich Recht gesprochen.<sup>1152</sup> Der Staatsmacht wurde wiederum von der Bevölkerung oder zumindest der Mittelschicht Vertrauen geschenkt. Das lässt sich bis zu einem gewissen Grad auch aus der Aussage des Republikaners *Immanuel Kant* ablesen:<sup>1153</sup> „Ein Staat kann sich auch schon republikanisch regieren, wengleich er noch, der vorliegenden Konstitution nach, despotische Herrschermacht besitzt.“<sup>1154</sup> Im 19. und 20. Jahrhundert bestand in Deutschland eine satisfaktionsfähige Gesellschaft, wie sie der Soziologe *Norbert Elias* in seiner Analyse bezeichnet.<sup>1155</sup> Seiner Beobachtung zufolge waren die damaligen Adligen und Bürgerlichen, hierarchisch abgestuft, durch die gleichen Verkehrsformen, durch den gleichen Kanon der Selbststeuerung miteinander ver-

<sup>1146</sup> *Kramer*, Grundlagen des Strafverfahrensrechts, Rn. 162.

<sup>1147</sup> Vgl. *Roxin/Arzt/Tiedemann*, Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht, S. 98.

<sup>1148</sup> *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, Rn. 123.

<sup>1149</sup> *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, Rn. 126.

<sup>1150</sup> *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, Rn. 134.

<sup>1151</sup> *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, Rn. 126.

<sup>1152</sup> *Kriele*, ARSP Beiheft 44, S. 205.

<sup>1153</sup> Vgl. *Kriele*, ARSP Beiheft 44, S. 205.

<sup>1154</sup> *Kant*, Zum ewigen Frieden, S. 72.

<sup>1155</sup> *Elias*, Studien über die Deutschen, S. 61–158.

bunden.<sup>1156</sup> Satisfaktionsfähige Gesellschaft bedeutet, dass die Schichten der Gesellschaft, damals vor allem das Bürgertum und der Adel, miteinander Kompromisse zu schließen in der Lage waren.<sup>1157</sup> Bestätigt wurde dies durch die bürgerliche Revolution von 1848, die zwar die liberale Stimmung in der Bevölkerung zum Ausdruck brachte, jedoch schließlich einen Kompromiss mit dem Adel erzielen wollte – eine Art von monarchischem Konstitutionalismus.<sup>1158</sup> Zugleich verlangt die konstitutionelle Monarchie wiederum eine freiwillige rechtliche Selbstbindung des Herrschers.<sup>1159</sup> Zu *Bismarcks* Zeit bildete der deutsche Liberalismus nicht mehr die in den Zeiten des Vormärz von der monarchischen Staatsgewalt so gefürchtete Opposition, die Liberalen gingen vielmehr ein Bündnis mit *Bismarck* ein, also mit der ausgesprochen konservativen preußischen Staatsführung.<sup>1160</sup> Das hat auch *Elias* aus soziologischer Sicht beobachtet: Zwischen 1871 und 1914 konnte die Mehrheit der deutschen Mittelschicht ihren Frieden mit dem privilegierten höheren Stand machen;<sup>1161</sup> Bürgertum und Adel näherten sich an.<sup>1162</sup> Der Staat hat bestimmte liberale Forderungen nach größerer Berechenbarkeit staatlichen Handelns, insbesondere bei der Ausübung der Rechtspflege, und nach der Erweiterung von Freiheitsspielräumen erfüllt.<sup>1163</sup> Dies erwies sich als ein Mittel zur Integration der Gesellschaft.<sup>1164</sup> Angesichts der obigen Darstellung und Analyse lässt sich im Ergebnis sagen: Die im Sozialkonflikt stehenden Schichten haben Erfahrungen miteinander gesammelt und gelernt, miteinander Kompromisse zu schließen; die Gesellschaft wurde entsprechend satisfaktionsfähig. Es ist in der deutschen Geschichte kaum passiert, dass „das Volk“ mit der Staatsmacht in extreme Konflikte geraten ist, so dass selbst die Erhebung der Bevölkerung gegen die Staatsmacht der DDR als eine sogenannte friedliche Revolution gilt.

Der Zweck der Beweisverwertungsverbote, individuelle Rechte zu schützen, geht auch mit der staatlichen Vorsorge- und Fürsorgeobliegenheit im deutschen Strafverfahren einher. Die deutsche Strafprozessordnung nimmt im Strafverfahren eine sanfte paternalistische Haltung gegenüber den betroffenen Bürgern ein.<sup>1165</sup>

Beides kommt vor allem durch den in der Rechtsprechung abzulesenden Gedanken zum Ausdruck, dass der Staat aus der Unkenntnis des Beschuldigten oder des

---

<sup>1156</sup> *Elias*, Studien über die Deutschen, S. 80 f.

<sup>1157</sup> Vgl. *Raphael*, in: Dipper (Hrsg.), Rechtskultur, Rechtswissenschaft, Rechtsberufe im 19. Jahrhundert, S. 36.

<sup>1158</sup> Vgl. *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, Rn. 328; *Zippelius*, Allgemeine Staatslehre, § 21 I 2.

<sup>1159</sup> *Zippelius*, Allgemeine Staatslehre, § 21 I 2.

<sup>1160</sup> *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, Rn. 412.

<sup>1161</sup> *Elias*, Studien über die Deutschen, S. 82.

<sup>1162</sup> *Elias*, Studien über die Deutschen, S. 83.

<sup>1163</sup> *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, Rn. 453.

<sup>1164</sup> *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, Rn. 453.

<sup>1165</sup> Vgl. *Roxin*, JZ 1997, 344 f.; *Ventzke*, StV 1996, 525.

Zeugen keine Vorteile ziehen will, um Gesetze durchzusetzen. In diesem Sinne sieht das deutsche Recht Rechtsbelehrungen als staatliche Pflicht an. Schon zur Schweigerechtsbelehrungspflicht wird in BGHSt 25, 325 ff. geäußert, dass eine solche Belehrung Vorsorge- und Fürsorgecharakter hat.<sup>1166</sup> Angesichts der allgemeinen Unkenntnis des Schweigerechts und der Bedeutung des Schweigerechts für ein faires Verfahren ist eine Schweigerechtsbelehrung rechtsstaatlich notwendig, damit einer Benachteiligung für den beschuldigten Staatsbürger vorgebeugt wird.<sup>1167</sup> Ähnlich ist es bei der körperlichen Untersuchung anderer. Aus familiären Gründen kann eine dritte Person eine körperliche Untersuchung verweigern. Der Staat hat sie über ihr Weigerungsrecht zu belehren. Der BGH hat zu dieser Belehrung erklärt, dass das Gesetz nicht will, dass jemand zu einem freiwilligen Beweisakt gegen einen mit ihm verwandten Beschuldigten veranlasst werden darf, ohne dass er über sein Weigerungsrecht belehrt wird.<sup>1168</sup> Das Fehlen solcher Rechtsbelehrungen könnte zu Beweisverwertungsverböten führen. Unter Umständen werden bei den mit Vorsorge und Fürsorge charakterisierten Rechtsbelehrungen noch weitere ausreichende Erklärungen benötigt.

Ein Beispielfall ist AG Neumünster StV 2001, 498 f. Der Beschuldigte besaß erkennbar eine deutlich unterdurchschnittliche intellektuelle Befähigung und wünschte sich einen Verteidiger, sofern die Kostenfrage geklärt wäre. Er erhielt jedoch lediglich rechtsfehlerhafte Hinweise auf die Möglichkeit einer Prozesskostenhilfe. Das Gericht hat im Beschluss dazu gemeint, dass die vernehmenden Beamten bei einem solchen Beschuldigten aufgrund der prozessualen Fürsorgepflicht die Pflicht zu besonderer Sorgfalt bei ihren Hinweisen haben und weiterführende Hinweise notwendig gewesen wären.<sup>1169</sup> Die mangelhaften Erklärungen und fehlenden Erläuterungen in diesem Fall stellten eine Verletzung der prozessualen Fürsorgepflicht dar.<sup>1170</sup> Außerdem offenbart sich der Gedanke, dass der Staat die Unkenntnis der Betroffenen nicht ausnutzen will, z.B. im Zusammenhang mit der Frage, ob es als Verzicht auf die individuellen Rechte angesehen wird, wenn sich die Betroffenen in Unkenntnis der individuellen Rechte verhalten. In BGHSt 34, 397 ff.<sup>1171</sup> hat sich der noch nicht anwaltlich beratene Angeklagte mit der Sicherstellung der Tagebuchaufzeichnungen und ihrer Verwertung durch einen Sachverständigen einverstanden erklärt. Der BGH hat aber befunden, dass der Angeklagte keine Rechts Erfahrung hatte und die Bedeutung der Grundwerte in seinem Fall nicht kannte. Ein Verzicht auf Persönlichkeitsschutz durch Einverständnis mit der Sicherstellung und

---

<sup>1166</sup> BGHSt 25, 325, 330.

<sup>1167</sup> Vgl. BGHSt 25, 325, 330.

<sup>1168</sup> BGHSt 13, 394, 399.

<sup>1169</sup> AG Neumünster StV 2001, 498, 499.

<sup>1170</sup> AG Neumünster StV 2001, 498, 499.

<sup>1171</sup> Fallbeschreibung siehe oben Erster Teil, II.D.2.c)aa).

Verwertung durch einen Sachverständigen ist dem allgemeinen Rechtsbewusstsein fremd und wird daher vom BGH abgelehnt.

Der Gedanke der staatlichen Pflicht zur Vorsorge und Fürsorge für die betroffenen Bürger im Strafverfahren wird auch im Täuschungsverbot bei der Vernehmung deutlich. Dem Staat wird nicht nur die von ihm veranlasste Täuschung gegenüber dem Beschuldigten verboten, sondern unter Umständen auch die Duldung der von Privatpersonen veranlassten Täuschung in der Zelle. Der bei den Zellenspitzen-Fällen erwähnte Fall BGH wistra 1998, 310 ff.<sup>1172</sup> ist hierfür ein Beispiel. Der BGH führt in diesem Fall aus: Müssen Untersuchungsgefangene im Interesse einer geordneten Strafrechtspflege Einschränkungen ihrer physischen und psychischen Freiheit hinnehmen, so trifft den Staat im Gegenzug die Verpflichtung, sie vor massiven Eingriffen nicht nur in ihre körperliche Integrität, sondern auch in die Freiheit selbstbestimmten Verhaltens zu schützen, denen sie infolge der Haftsituation – anders als bei der Wahl sozialer Kontakte im freien Leben – nur begrenzt ausweichen können.<sup>1173</sup> In diesem Fall hätten die staatlichen Behörden von den massiven Übergriffen oder gar Straftaten im Zusammenhang mit der Ausforschung Tatverdächtiger durch einen Zellenspitzen – eine selbsternannte „Wahrsagerin“ – Kenntnis haben müssen; doch erfüllten sie ihre Verpflichtung nicht.<sup>1174</sup> Angesichts der sonstigen Umstände, die besagen, dass die „Wahrsagerin“ schriftliche Selbstbelastungen gesammelt und jahrelang mit der Polizei kooperiert hat, ist das Verhalten der „Wahrsagerin“ den staatlichen Behörden zuzurechnen.<sup>1175</sup> Die von den Behörden geduldete Täuschung hat in diesem Fall eine schwerwiegende Zwangswirkung und ist laut § 136a StPO verboten.<sup>1176</sup> Zwar kommt im Wortlaut die staatliche Fürsorgepflicht nicht zum Ausdruck, aber der BGH hat in dem Urteil eine staatliche Schutzpflicht gegenüber Untersuchungsgefangenen gesehen, die der Fürsorgepflicht seitens des Staates entspricht.

Die Beweisverwertungsverbote im deutschen Recht implizieren staatliche Selbstbeschränkung. Dies lässt sich aus den in vielen Urteilen<sup>1177</sup> deutlich werdenden Grenzziehungen des fairen, rechtsstaatlichen Verfahrens ablesen. Diese Grenzen richten sich auf die staatlichen Handlungen und haben den Spielraum des staat-

---

<sup>1172</sup> Fallbeschreibung siehe oben Erster Teil, II.B.3.b)cc).

<sup>1173</sup> BGH wistra 1998, 310, 312.

<sup>1174</sup> BGH wistra 1998, 310, 312.

<sup>1175</sup> BGH wistra 1998, 310, 312.

<sup>1176</sup> BGH wistra 1998, 310, 312.

<sup>1177</sup> BGHSt 32, 345, 346 und 347; BGHSt 45, 321, 324; BGH wistra 1998, 310, 311; BGHSt 52, 11, 21; BGHSt 51, 285, 290 und 293; LG Bad Kreuznach StV 1993, 629, 631; BGH NStZ 1998, 309, 310; OLG Hamburg NJW 2008, 2597, 2599; OLG Bamberg NJW 2009, 2146, 2148; OLG Dresden NJW 2009, 2149, 2150; OLG Celle NJW 2009, 3524, 3526; BGHSt 24, 125, 131; BGHSt 41, 30, 31; BGHSt 51, 1, 2; BGHSt 31, 304, 309; BVerfG NStZ 1988, 32, 33; BGHSt 53, 112, 115; BVerfG NJW 2008, 3053, 3054. Vgl. auch BGH NStZ 1984, 78, 79; BGHSt 42, 139, 154–156.

lichen Verhaltens bei der Wahrheitserforschung im Strafverfahren markiert. Wenn der Staat die Grenzen des fairen rechtsstaatlichen Verfahrens überschritten hat, ist ein Beweisverwertungsverbot anzuerkennen; der Staat kann wiederum durch Beweisverwertungsverbote Sicherheit und Vertrauen in die Rechtmäßigkeit seines Handelns<sup>1178</sup> schaffen und sich als Rechtsstaat präsentieren.<sup>1179</sup> In dieser Hinsicht sind Beweisverwertungsverbote eine Folge davon, dass der Staat durch seine Rechtsprechung die Handlungen seiner Ermittlungsbehörden beschränkt. In der Literatur kommt dieser Gedanke durch die Lehre von der staatlichen Selbstbeschränkungsfunktion zum Ausdruck.<sup>1180</sup> *Spendel* findet, dass Beweisverbote wirksame Garantien gegen richterliche Schrankenlosigkeit sein können, die bei der Wahrheitserforschung zur Maßlosigkeit und damit zum Machtmissbrauch führen könnte.<sup>1181</sup> Nach *Spendel* sind Beweisverbote Zeichen staatlicher Selbstbescheidung und „der Gradmesser der rechtsstaatlichen Grundeinstellung“.<sup>1182</sup> *Fezer* sieht in den Beweiserhebungsvorschriften sowohl die notwendigen Aufklärungsmöglichkeiten für die Strafverfolgungsorgane als auch den Schutz individueller Rechte und anderer staatlicher Belange gewährleistet.<sup>1183</sup> Jedoch erschöpfen sich die unvermeidlichen Beschränkungen der Aufklärungsmöglichkeiten nicht in ihrer Schutz- und Abwehrfunktion zugunsten des betroffenen Bürgers; vielmehr stellen sie gleichzeitig eine bewusste Selbstbeschränkung des Staates bei der Wahrnehmung der Strafverfolgungsaufgaben dar.<sup>1184</sup> *Fezer* geht noch weiter und will die Frage der Anwendung eines Beweisverwertungsverbotes danach entscheiden, ob die Beweiserhebungsvorschrift ganz oder zum Teil die Funktion der staatlichen Selbstbeschränkung hat oder ob der Zweck der Vorschrift außerhalb einer solchen Beschränkungsfunktion liegt.<sup>1185</sup>

Abschließend ist im Rahmen des Zwecks der Beweisverwertungsverbote die im US-amerikanischen Recht viel gelobte Disziplinierung der Polizei zu erwähnen. Grundsätzlich kommt den Beweisverwertungsverböten im deutschen Recht keine Disziplinierungsfunktion zu.<sup>1186</sup> Allenfalls ist die Disziplinierung als erwünschte

---

<sup>1178</sup> Vgl. LG Darmstadt StV 1993, 573, 574.

<sup>1179</sup> *Rogall*, JZ 1996, 947.

<sup>1180</sup> Ausführliche Darstellung siehe oben Erster Teil, III.B.5.

<sup>1181</sup> *Spendel*, NJW 1966, 1108.

<sup>1182</sup> *Spendel*, NJW 1966, 1108.

<sup>1183</sup> *Fezer*, Grundfragen der Beweisverwertungsverbote, S. 22; *ders.*, Strafprozessrecht, S. 220.

<sup>1184</sup> *Fezer*, Grundfragen der Beweisverwertungsverbote, S. 22 f.; *ders.*, Strafprozessrecht, S. 220.

<sup>1185</sup> *Fezer*, Grundfragen der Beweisverwertungsverbote, S. 28; *ders.*, Strafprozessrecht, S. 220.

<sup>1186</sup> BGHSt 32, 345, 355 f.; BGHSt 33, 283, 284; *Rogall*, JZ 1996, 947; *Kramer*, Grundlagen des Strafverfahrensrechts, Rn. 165a. Vgl. auch *Hellmann*, Strafprozessrecht, Rn. 784.



Nebenwirkung, nicht aber als Zweck der Beweisverwertungsverbote anzusehen.<sup>1187</sup> Das deutsche Recht zieht es vor, Beweiserhebungsverbote missachtende Strafverfolgungspersonen im Einzelfall disziplinarischen, haftungsrechtlichen und materiell-strafrechtlichen Folgen zu unterwerfen.<sup>1188</sup>

## V. Kriterien der Beweisverwertungsverbote

In Bezug auf die Beweisverwertungsverbote hat die deutsche Rechtsprechung bis jetzt noch keine erschöpfenden Kriterien dafür aufgestellt, wann und unter welchen Voraussetzungen ein Verwertungsverbot anzunehmen ist. Generell ist die Rechtsprechung gehalten, Verwertungsverbote nur anhand des konkreten Einzelfalls zu bestimmen.<sup>1189</sup> In manchen Fällen hat die Rechtsprechung den Schutzzweck der verletzten Vorschrift herangezogen, um das Verwertungsverbot zu erwirken. Dazu zählen Beweisverwertungsverbote bei Verstoß gegen die Schweigerechtsbelehrungspflicht (BGHSt 38, 214 ff.) und bei Verstoß gegen die Benachrichtigungspflicht gegenüber dem Beschuldigten und seinem Verteidiger bei der Zeugenvernehmung im Vorverfahren (BGHSt 26, 332 ff.). Beispiele für die Verneinung von Beweisverwertungsverböten finden sich im Verstoß gegen die Belehrungspflicht über das Auskunftsverweigerungsrecht (BGHSt 11, 213 ff.) sowie bei Verstößen gegen Zeugnisverweigerungsrechte aus beruflichen oder dienstlichen Gründen (BGHSt 18, 146 ff.; BGHSt 9, 59 ff.) und bei der Blutentnahme durch einen Nichtarzt (BGHSt 24, 125 ff.<sup>1190</sup>).

Jedoch hat die Rechtsprechung, wie dargelegt, in der überwiegenden Zahl der Fälle eine Interessenabwägung zur Entscheidung über das Vorliegen eines Beweisverwertungsverbötes vorgenommen,<sup>1191</sup> bei der das individuelle Interesse am Rechtsschutz gegen das staatliche Interesse an der Strafverfolgung nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls, z.B. der Schwere des Verfahrensverstößes und der Straftat, abgewogen wird. Dazu wird gegebenenfalls noch ein hypothetischer Ermittlungsverlauf in Betracht gezogen. Manchmal wird der Schutzzweck der verletzten Rechtsnorm auch bei der Abwägung zur Würdigung des Individualinteresses herangezogen.<sup>1192</sup> Die über-

---

<sup>1187</sup> *Finger*, JA 2006, 530. Ähnlich *Beulke*, ZStW 103 (1991), 664.

<sup>1188</sup> Vgl. *Kramer*, Grundlagen des Strafverfahrensrechts, Rn. 162.

<sup>1189</sup> BGHSt 38, 214, 219; BGHSt 27, 355, 357; BGHSt 44, 243, 249.

<sup>1190</sup> In diesem Fall wird nur teilweise aus Sicht des Schutzzwecks diskutiert.

<sup>1191</sup> OLG Hamm NStZ 2007, 355, 356. Vgl. auch *Bradley*, GA 1985, 102.

<sup>1192</sup> *Jahn*, Beweisverbote im deutschen Strafverfahrensrecht, Gutachten für den 67. DJT, Band I, Teil C, S. 46. Vgl. auch *Störmer*, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, S. 183.

wiegende Anwendung der Interessenabwägung hat das BVerfG gebilligt.<sup>1193</sup> Die eine Interessenabwägung vornehmenden Entscheidungen sind vor allem BGHSt 38, 214 ff. und BGHSt 42, 170 ff. bezüglich des Verteidigerkonsultationsrechts; OLG Frankfurt a.M. NJW 1997, 1647 ff. bezüglich der zwangsweisen Verabreichung von Brechmitteln; BGHSt 2, 99 ff. bezüglich der Vernehmung des Richters über den Inhalt früherer Zeugenaussagen; LG Bremen StV 2006, 571 ff., OLG Hamm NStZ 2007, 355 ff., LG Baden-Baden wistra 1990, 118 ff., LG Bremen StV 1984, 505 f., LG Berlin StV 1987, 97 ff. und LG Berlin NStZ 2004, 571 ff. bezüglich der Durchsuchung sowie der Zufallsfunde; BGH NStZ 1998, 309 ff. bezüglich der Beschlagnahme der Verteidigungsunterlagen; ferner verdienen Hervorhebung BGHSt 19, 325 ff., BVerfG StV 1990, 1 ff., BVerfGE 44, 353 ff. und BVerfGE 34, 238 ff. bezüglich der Beschlagnahme der Tagebuchaufzeichnung und Tonbandaufnahme; BGHSt 24, 125 ff., BVerfG NJW 2008, 3053 f., OLG Celle NJW 2009, 3524 ff., OLG Dresden NJW 2009, 2149 ff., OLG Hamburg NJW 2008, 2597 ff., KG NJW 2009, 3527, OLG Bamberg NJW 2009, 2146 ff. bezüglich der körperlichen Untersuchung; BGHSt 44, 243 ff., BGHSt 31, 304 ff., LG Ulm StV 2006, 8 f. und BGH NStZ 2003, 668 ff. bezüglich der Telekommunikationsüberwachung und des Eingriffs in den Kernbereich privater Lebensgestaltung. Außerdem hat die Rechtsprechung bei der Problematik der Fernwirkung der Beweisverwertungsverbote ebenfalls häufig eine Interessenabwägung vorgenommen, z.B. BGH StV 2007, 450 ff. und BGHSt 51, 1 ff.

In der Literatur gibt es seit jeher Versuche, eine allgemein gültige Theorie aufzustellen, nach der über Beweisverwertungsverbote im Einzelfall zu entscheiden ist. Bisher ist dies nicht gelungen.<sup>1194</sup> Die theoretischen Ansätze stehen miteinander im Widerstreit, und bei jedem lassen sich Schwächen erkennen. Die Theorien sind entweder zu komplex und kompliziert, so dass es schwerfällt, sie auf konkrete Fälle anzuwenden,<sup>1195</sup> oder sie bergen die Gefahr in sich, dass aus jeder Rechtsverletzung ein Beweisverwertungsverbot zu folgern ist;<sup>1196</sup> andere bieten nur einen Teilaspekt der Beweisverwertungsverbote an.<sup>1197</sup> Lediglich die Schutzzwecklehre und die Abwägungslehre werden in der Rechtsprechung in konkreten Fällen umgesetzt. Generell hat *Rogalls* Abwägungslehre unter den zahlreichen Rechtslehren zu Beweisverboten bzw. Beweisverwertungsverboten die größte Zustimmung erhalten.

---

<sup>1193</sup> Vgl. BVerfGE 34, 238, 250.

<sup>1194</sup> *Hellmann*, Strafprozessrecht, Rn. 782; *Conen*, FS für Eisenberg, 462.

<sup>1195</sup> Z.B. *Jägers* beweisgegenständliche Verwertungsverbote und *Amelungs* Lehre von den Informationsbeherrschungsrechten.

<sup>1196</sup> Z.B. die meisten Funktionslehren. Siehe *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 908.

<sup>1197</sup> Z.B. hypothetische Ermittlungsverläufe.

Auf sie wird zur Bestimmung der Beweisverwertungsverbote überwiegend zurückgegriffen.<sup>1198</sup> Die Abwägung als ein Mittel zur Beurteilung der Beweisverwertungsverbote im Einzelfall wurde von *Nüse* schon 1966, zu Beginn der heftigen Diskussionen und der langjährigen Suche nach Kriterien, antizipiert. Er hat nicht nur die Schwierigkeit bezüglich der Beweisverbote prognostiziert, dass allgemeine Regeln für einzelne Beweismittel oder auch nur die richtige Entscheidung im Einzelfall schwer zu finden sind, sondern er hat auch bereits die Suchrichtung für die Lösung des schwierigen Problems darin gesehen, dass in Zweifelsfällen die rechtsstaatlichen Grundsätze der Abwägung zwischen Gemeinwohl und Individualinteresse und der Verhältnismäßigkeit von Mittel und Zweck für die Beurteilung maßgebend sind.<sup>1199</sup> Nach der von *Rogall* vertretenen Abwägungslehre wird bei der Einzelprüfung des jeweiligen Falls das Interesse des Staates an der Tataufklärung gegen das Individualinteresse des Bürgers an der Bewahrung seiner Rechtsgüter gemäß dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz abgewogen.<sup>1200</sup> Wenn das Individualinteresse mehr Gewicht als das Strafverfolgungsinteresse hat, wird ein Verwertungsverbot anerkannt. *Rogall* hat weitere bewertungsrelevante Elemente zum Individual- und Staatsinteresse vorgebracht: auf der Seite des Staatsinteresses die Schwere der Straftat, auf der Seite des Individualinteresses die Qualität und Art des verletzten Rechts, die Schutzbedürftigkeit des Betroffenen und die Schwere des Fehlers.<sup>1201</sup> Diese Abwägungsformel lässt den Richter durch das Freibeweisverfahren im konkreten Fall zum Ergebnis über die Beweisverwertbarkeit kommen. *Rogall* empfiehlt weder allgemeine Regelungen zur Beweiserhebung noch zur Beweisverwertung.<sup>1202</sup> Aus seiner Sicht müsste eine Regelung angesichts der Vielgestaltigkeit denkbarer Fehler und Fehlertypen notwendigerweise differenziert ausfallen und vor allem auch Ausnahmen zulassen.<sup>1203</sup> Eine Differenzierungen berücksichtigende Fehlerfolgenlehre könnte sich nach seiner Ansicht aus dem Richterrecht heraus bilden.<sup>1204</sup> Mit einer allgemeinen Rahmenregelung könnte nichts oder nur wenig gegenüber der gegenwärtig praktizierten richterrechtlichen Lösung gewonnen werden, die immerhin den Vorteil der Flexibilität für sich hat.<sup>1205</sup> Nach seiner Analyse stellt sich die Abwägung nicht nur als eine weltweit geübte juristische Methode, sondern auch als eine allgemeine Denkmethode dar.<sup>1206</sup> Abwägungen finden sich in

---

<sup>1198</sup> *Harris*, StV 1991, 318; *Hellmann*, Strafprozessrecht, Rn. 784; *Ellbogen*, NStZ 2010, 465; *Klug*, Referat zum 46. DJT, Band II, Teil F, S. 43; *Kramer*, Grundlagen des Strafverfahrensrechts, Rn. 163b; *Alsberg/Güntge*, Der Beweisantrag im Strafprozess, Rn. 917; einschränkend *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 909.

<sup>1199</sup> *Nüse*, JR 1966, 287.

<sup>1200</sup> Siehe oben Erster Teil, III.C.1.

<sup>1201</sup> Siehe oben Erster Teil, III.C.1.

<sup>1202</sup> *Rogall*, JZ 2008, 830.

<sup>1203</sup> *Rogall*, JZ 2008, 830.

<sup>1204</sup> Vgl. *Rogall*, JZ 2008, 830.

<sup>1205</sup> *Rogall*, JZ 2008, 830.

<sup>1206</sup> *Rogall*, FS für Hanack, S. 297.

allen Beweisverbotstheorien und keine der am wissenschaftlichen Diskurs beteiligten Lehren kann auf Abwägungen verzichten, vorausgesetzt sie sucht differenzierte Lösungen bei den Verwertungsverboten.<sup>1207</sup> Ein Beispiel dafür ist nach *Rogall* der Schutzzweck der Norm. Bei den Analysen des Schutzzwecks der Norm werden in Wahrheit Abwägungsentscheidungen getroffen.<sup>1208</sup> Die Normzwecke sind regelmäßig komplex und bestehen zum Teil aus gegenläufigen und nur schwer miteinander zu vereinbarenden Zielsetzungen.<sup>1209</sup> Daher muss zwangsläufig darüber befunden werden, welche Zielsetzungen wann und unter welchen Voraussetzungen Vorrang gegenüber anderen genießen.<sup>1210</sup> Davon werden die Schutzzwecklehren direkt getroffen, z.B. *Beulkes* Schutzzweckhierarchie. Bei der dritten Gruppe der Verwertungsverbote, die sich aus der Verfassung ergeben, hat *Beulke* es der auf den Einzelfall bezogenen Interessenabwägung überlassen, die Verwertungsverbote zu bestimmen.<sup>1211</sup> Um die Abwägung kommt auch *Amelungs* Lehre von den Informationsbeherrschungsrechten nicht herum. Er meint zwar, dass der informationelle Abwehrenspruch durch das Gesetz, nämlich durch die vom Gesetzgeber vorgenommene Interessenabwägung, eingeschränkt wird; jedoch lässt er drei Ausnahmen zu, die durch Interessenabwägung den Abwehrenspruch bestimmen lassen, der ein Verwertungsverbot auslösen kann.<sup>1212</sup> *Kühne* befindet schlicht und plausibel zur Bedeutung der Abwägung in den Beweisverbotstheorien: „Alle Ansätze münden letztlich in einer Abwägung...“<sup>1213</sup>

Das bestimmende Kriterium des Beweisverwertungsverbotes ist angesichts der obigen Darstellungen daher die Interessenabwägung im Einzelfall. Das Kriterium weist allerdings noch Schwächen auf, wie beispielsweise Rechtsunsicherheit und mögliche Irrationalität.<sup>1214</sup> Jedoch kann dies der Interessenabwägung als Kriterium nicht schaden. *Peters* hat schon 1966 die Notwendigkeit der Abwägung im Einzelfall bei der Problematik der Beweisverbote angedeutet, obwohl nach seiner Ansicht Beweisverwertungsverbote zuweilen eindeutig vorliegen.<sup>1215</sup> Er findet, dass Wertungen und Verständnis für den Bedeutungssinn des Vorgangs eine umfassende geistige Leistung vom Juristen verlangen.<sup>1216</sup> Solche wertende und abwägende Arbeit durchziehe den gesamten Strafprozess; sie stelle auf dem Gebiet des Beweis-

---

<sup>1207</sup> *Rogall*, FS für Hanack, S. 295. Vgl. auch *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 908–908.3.

<sup>1208</sup> *Rogall*, FS für Hanack, S. 297.

<sup>1209</sup> *Rogall*, FS für Hanack, S. 297.

<sup>1210</sup> *Rogall*, FS für Hanack, S. 297.

<sup>1211</sup> Siehe oben Erster Teil, III.A.4.

<sup>1212</sup> Siehe oben Erster Teil, III.D.1.

<sup>1213</sup> *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 908.3.

<sup>1214</sup> Für Kritik an der Abwägungslehre siehe oben Erster Teil, III.C.1.

<sup>1215</sup> *Peters*, Beweisverbote im deutschen Strafverfahren, Gutachten für den 46. DJT, Band I Teil 3A, S. 147.

<sup>1216</sup> *Peters*, Beweisverbote im deutschen Strafverfahren, Gutachten für den 46. DJT, Band I Teil 3A, S. 147.

verbotsrechts nichts grundsätzlich Neues dar.<sup>1217</sup> Die richterliche Überzeugungs- bildung und die Strafzumessungserwägungen sind bereits ältere Beispiele hierfür.<sup>1218</sup> Die daraus sich ergebende Ungewissheit bzw. die hier genannte Rechtsunsicherheit ist notwendigerweise mit der richterlichen Tätigkeit verbunden.<sup>1219</sup> Daher kann nach *Peters*<sup>1220</sup> die Ungewissheit bzw. Rechtsunsicherheit kein überzeugender Ein- wand gegen die Interessenabwägung sein. *Klug* hat seinerzeit ähnliche Ansichten wie *Peters* geäußert. Er meint, dass die „allgemeinen Gesetze“ mit einschränkender Funktion nichts daran ändern, dass die Gerichte gezwungen sind, in Fällen dieser oder einer ähnlichen Art anhand einer Rechtsgüterabwägung zu einer Entscheidung zu gelangen.<sup>1221</sup> Eine prozessuale Entscheidung auf der Grundlage einer Güter- abwägung zu treffen, ist gewiss ein erhebliches Risiko, jedoch bedeutet ein solches Vorgehen kein Zurückweichen auf unberechtigte irrationale Faktoren, sondern bleibt rational kontrollierbar.<sup>1222</sup> Die Strafgerichte müssen schon seit langem nach Güterabwägungsprinzipien entscheiden und ihre Begründungen hierbei so fundie- ren, dass sie in der Rechtsmittelinstanz überprüfbar sind.<sup>1223</sup> Die Gerichtspraxis zeigt, dass die Hindernisse in Bezug auf die bei Güterabwägung in Kauf zu neh- menden Schwierigkeiten überwindbar sind.<sup>1224</sup>

Obwohl *Rogall* seine Abwägungslehre aufgrund der Interessenabwägung errichtet hat, sehen es viele Rechtswissenschaftler als nicht erwünscht an, aus der fallgebun- denen Rechtsprechung das entscheidende Kriterium der Beweisverwertungsverbote herauszuarbeiten. Dies lässt sich schon in der Kritik an der Abwägungslehre ver- deutlichen. Sie wird kritisch als pure Rhetorik bezeichnet oder gar als Deckmantel für eine fehlende Theorie.<sup>1225</sup> Die Bedeutung der Rechtsprechung für die Theorien zu den Beweisverboten bzw. Beweisverwertungsverboten ist allerdings nicht zu unterschätzen.<sup>1226</sup> Vielleicht unbewusst, aber deutlich haben sich einige theore-

---

<sup>1217</sup> *Peters*, Beweisverbote im deutschen Strafverfahren, Gutachten für den 46. DJT, Band I Teil 3A, S. 147.

<sup>1218</sup> *Peters*, Beweisverbote im deutschen Strafverfahren, Gutachten für den 46. DJT, Band I Teil 3A, S. 147.

<sup>1219</sup> *Peters*, Beweisverbote im deutschen Strafverfahren, Gutachten für den 46. DJT, Band I Teil 3A, S. 147.

<sup>1220</sup> Vgl. *Peters*, Beweisverbote im deutschen Strafverfahren, Gutachten für den 46. DJT, Band I Teil 3A, S. 147.

<sup>1221</sup> *Klug*, Referat zum 46. DJT, Band II, Teil F, S. 41.

<sup>1222</sup> *Klug*, Referat zum 46. DJT, Band II, Teil F, S. 42.

<sup>1223</sup> *Klug*, Referat zum 46. DJT, Band II, Teil F, S. 43.

<sup>1224</sup> *Klug*, Referat zum 46. DJT, Band II, Teil F, S. 43.

<sup>1225</sup> *Schröder*, Beweisverwertungsverbote und die Hypothese rechtmäßiger Beweis- erlangung im Strafprozess, S. 48; *Neuhaus*, StV 2010, 50.

<sup>1226</sup> Vgl. *Conen*, FS für Eisenberg, S. 462. Dieser Autor meint zur Wirkung der Recht- sprechung auf die Beweisverbotstheorien, dass „die mutmaßlich eher rechtspolitisch als dogmatisch motivierte Ausrichtung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ... dazu beitragen wird, Versuche, wissenschaftlich und dogmatisch stringente Konzepte der Erklä- rung und Ordnung von Beweisverboten zu entwickeln, mindestens im Abgleich mit der

tische Ansätze schon teilweise der Rechtsprechung zu bestimmten Sachverhalten angepasst. *Grünwald* hat bei der Blutentnahme durch einen Nichtarzt ausnahmsweise kein Verwertungsverbot anerkannt, obwohl nach seiner Schadensvertiefungstheorie die Verwertung des Ergebnisses der Blutuntersuchung die Verletzung des geschützten Interesses vertieft und folglich ein Verwertungsverbot angenommen werden sollte.<sup>1227</sup> Auch *Beulkes* Schutzzweckhierarchie hat für den Blutentnahmefall kein Verwertungsverbot angenommen.<sup>1228</sup> Nach *Jäger* kann der Verstoß gegen das Arzterfordernis wegen des fehlenden eigenständigen beweisgegenständlichen Schutzbereichs des § 81a StPO grundsätzlich ebenfalls zu keinem Verwertungsverbot führen.<sup>1229</sup> *Amelungs* Lehre von den Informationsbeherrschungsrechten muss anhand der Anleihe bei der von der Rechtsprechung entwickelten Rechtskreistheorie erklären, dass Verstöße gegen Informationsbeherrschungsrechte Dritter, z.B. des Zeugen im Falle der §§ 52, 252 StPO, auf den Angeklagten „durchschlagen“ können.<sup>1230</sup> *Conen* lässt für die Disziplinierungsfunktion der Beweisverwertungsverbote die Ausnahme zu, dass das Disziplinierungsbedürfnis bei unvermeidbaren Versehen oder Fahrlässigkeit bei Normverletzungen zurücktritt,<sup>1231</sup> so dass die Disziplinierungsfunktion nach *Conen* die von den Kritikern erwähnte Schwäche bewältigt und sich mit der gängigen Ansicht der Rechtsprechung assoziiert.<sup>1232</sup> Dabei beobachtet man das merkwürdige Phänomen, dass die theoretischen Ansätze nicht selten kritisiert werden,<sup>1233</sup> weil nach ihren Regeln die Ergebnisse über die Beweisverwertbarkeit nicht mit der gefestigten Rechtsprechung übereinstimmen, obwohl die Herausarbeitung eines geeigneten Kriteriums auf der Grundlage der Rechtsprechung bei vielen deutschen Wissenschaftlern auf Ablehnung stößt. Die Rechtsprechung hat somit in Wirklichkeit für die Theorien doch große Bedeutung. Die Interessenabwägung in der Rechtsprechung kann daher zweifellos als ein Kriterium für Beweisverwertungsverbote herangezogen werden.

---

Rechtsprechung scheitern zu lassen.“ Dies reflektiert jedoch auch, dass die Erörterungen zum Aufbau einer die Beweisverwertungsverbote bzw. Beweisverbote vereinenden Theorie nicht völlig frei von Kriterien der Rechtsprechung sein können. *Gless*, in: Thaman (Hrsg.), *Exclusionary Rules in Comparative Law*, S. 113 ff., S. 117, hat der Interessenabwägung zugestimmt und zugegeben, dass die Rechtsprechung für die Kriteriumsfrage maßgebend ist.

<sup>1227</sup> Siehe oben Erster Teil, III.A.2.

<sup>1228</sup> Siehe oben Erster Teil, III.A.4.

<sup>1229</sup> Siehe oben Erster Teil, III.A.5.

<sup>1230</sup> Dazu *Jahn*, Beweisverbote im deutschen Strafverfahrensrecht, Gutachten für den 67. DJT, Band I, Teil C, S. 66 und Fn. 275 in diesem Gutachten.

<sup>1231</sup> *Conen*, FS für Eisenberg, S. 471.

<sup>1232</sup> Vgl. Kritik von *Jäger* und anderen am Disziplinierungsgedanken, Anm. 907 oben Erster Teil, III.B.2.

<sup>1233</sup> Z.B. Kritik von *Jäger* und anderen am Disziplinierungsgedanken, Anm. 907 oben Erster Teil, III.B.2; Kritik von *Jäger* an der staatlichen Selbstbeschränkungsfunktion oben Erster Teil, III.B.5; Kritik von *Dencker* an der Rechtskreistheorie oben Erster Teil, III.A.1; Kritik von *Küpper* an der Sicherung der Individual- und Grundrechte oben Erster Teil, III.B.6.

## Zweiter Teil

# Beweisverwertungsverbote in den USA

## I. Allgemeine Grundlagen

### A. Historische Entwicklung

Bereits gegen Ende des 19. Jahrhunderts bejahte die amerikanische Rechtsprechung in einigen Fällen die Unverwertbarkeit von Geständnissen, wenn diese durch Drohungen oder Versprechungen beeinflusst worden waren und somit als unglaubwürdig angesehen wurden.<sup>1</sup> Jedoch wurde die *Exclusionary Rule* im heutigen Sinne erst Anfang des 20. Jahrhunderts aufgrund von verfassungswidrigen Durchsuchungen und Beschlagnahmen anerkannt.<sup>2</sup> Davor galt für Durchsuchungen und Beschlagnahmen das englische *Common Law*,<sup>3</sup> nach dem das Gericht die Illegalität der Methoden nicht untersucht, mit denen ein Beweismittel beschafft und angezeigt wird.<sup>4</sup> Dementsprechend heißt es in einem US-amerikanischen Urteil aus dieser Zeit:

[...] the law deliberates not on the mode, by which (evidence) has come to the possession of the party, but on its value in establishing itself as satisfactory proof.<sup>5</sup>

1886 urteilte der Supreme Court in *Boyd v. U.S.*,<sup>6</sup> dass die erzwungene Herausgabe privater Dokumente gegen den 4. Zusatzartikel verstieß. Jedoch wurde ein Ausschluss der Beweismittel noch nicht als notwendige Abhilfe für diesen Verstoß gegen den 4. Zusatzartikel angesehen. Das Gericht hat hier überdies auf eine Verletzung des 5. Zusatzartikels (*privilege against self-incrimination*) erkannt und aufgrund der Kombination des 4. und 5. Zusatzartikels den Ausschluss der Beweismittel angenommen. Von 1914 stammt der Fall *Weeks v. U.S.*,<sup>7</sup> der als Meilenstein gilt und in dem private Dokumente ebenfalls illegal beschlagnahmt wurden. Der Verteidiger beantragte, die Dokumente an den Beschuldigten zurückzugeben statt

---

<sup>1</sup> *Hopt v. Utah*, 110 U.S. 574 (1884); *Bram v. U.S.*, 168 U.S. 532 (1897). Herrmann, FS für Jescheck, S. 1297.

<sup>2</sup> Für einen Überblick über die Entwicklung der Rechtsprechung siehe *Stewart*, (1983) 83 Colum. L. Rev. 1372–1377.

<sup>3</sup> Zwei wichtige Rechtsprechungsfälle sind *Legatt v. Tollervey* (1811) und *Jordan v. Lewis* (1739).

<sup>4</sup> *Hirsch*, (2009) 22 St. Thomas L. Rev. 53, Fn. 113.

<sup>5</sup> *U.S. v. La Jeune Eugenie*, 26 F. Cas. 832, 844 (1822).

<sup>6</sup> *Boyd v. U.S.*, 116 U.S. 616 (1886).

<sup>7</sup> *Weeks v. U.S.*, 232 U.S. 383 (1914).

wie im ähnlich gelagerten Fall *Adams v. New York*<sup>8</sup> wegen der Methode der Erlangung auszuschließen. Der Supreme Court hat die Zulassung der illegal erlangten Beweismittel erneut als eine Verletzung des 4. Zusatzartikels angesehen.<sup>9</sup> Der 4. Zusatzartikel konnte damals noch nicht generell als eigenständiger Grund für den Beweisausschluss herangezogen werden. Wie ein früherer Richter des Supreme Court sagte, war der Ausschluss ein Nebenprodukt des 4. Zusatzartikels, der vorschreibt, dass die Regierung unrechtmäßig beschlagnahmtes Eigentum zurückzugeben hat.<sup>10</sup> Erst fast 50 Jahre nach *Weeks v. U.S.*<sup>11</sup> hat der Supreme Court in *Mapp v. Ohio*<sup>12</sup> erklärt, dass der Ausschluss von aus verfassungswidriger Durchsuchung oder Beschlagnahme erlangten Beweismitteln als Sache der Bundesverfassung im Strafprozess eines Bundesstaates anzusehen ist.<sup>13</sup> Dies gilt für Beweismittel, die unter Verstoß gegen den 4. Zusatzartikel erlangt wurden. Seither ist die *Exclusionary Rule* mit dem 4. Zusatzartikel verbunden;<sup>14</sup> der *sleeping giant*, der 4. Zusatzartikel, ist damit erwacht.<sup>15</sup> Der Anwendungsbereich der *Exclusionary Rule* wurde auch auf andere Zusatzartikel zur US-Bundesverfassung ausgeweitet. Im Jahr 1964 wurde in *Massiah v. U.S.*<sup>16</sup> geurteilt, dass das Recht auf Verteidigerkonsultation aus dem 6. Zusatzartikel den Ausschluss von Aussagen verlangt, die der Angeklagte in Abwesenheit seines Verteidigers nach der formellen Anklage gemacht hat. 1966 forderte der Supreme Court in *Miranda v. Arizona*<sup>17</sup> anhand der Selbstbelastungsfreiheit des Beschuldigten nach dem 5. Zusatzartikel, die Aussagen des Beschuldigten bei einer *custody*-Vernehmung auszuschließen, außer wenn dieser eine Rechtsbelehrung erhalten und freiwillig auf seine Rechte verzichtet hat.

---

<sup>8</sup> *Adams v. New York*, 192 U.S. 585 (1904). Der U. S. Supreme Court wandte das alte *Common Law* auf den *Adams*-Fall an und befand, dass der *Appellate Court* (der Supreme Court des Bundesstaats New York) nicht beachten konnte, wie die Beweismittel erlangt wurden. Der Ausschluss der Beweismittel wurde daher zu Recht vom Supreme Court des Bundesstaats New York abgelehnt.

<sup>9</sup> *Cammack*, in: Thaman (Hrsg.), *Exclusionary Rules in Comparative Law*, S. 8.

<sup>10</sup> *Stewart*, (1983) 83 Colum. L. Rev. 1375.

<sup>11</sup> *Weeks v. U.S.*, 232 U.S. 383 (1914).

<sup>12</sup> *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).

<sup>13</sup> *Cammack*, in: Thaman (Hrsg.), *Exclusionary Rules in Comparative Law*, S. 3.

<sup>14</sup> *Stewart*, (1983) 83 Colum. L. Rev. 1377.

<sup>15</sup> *So Long*, *Mapp v. Ohio*, S. 40.

<sup>16</sup> *Massiah v. U.S.*, 377 U.S. 201 (1964).

<sup>17</sup> *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).



## B. Prozessmodell

Der US-amerikanische Strafprozess ist ein akkusatorisches Verfahren. Der typische Fall,<sup>18</sup> der zum *jury-trial* kommen kann, betrifft zumeist ein Verbrechen (*felony*). Die Ermittlung der Straftat wird in der Regel von der Polizei vorgenommen; in einigen schweren Fällen wie organisierter Kriminalität kann sich die Staatsanwaltschaft auch schon an der Ermittlung beteiligen, wenn z.B. eine *interception of communication* beantragt werden soll und dafür eine Bewilligung der Staatsanwaltschaft benötigt wird. Bei Verbrechen kann der Verdächtige zumeist während der Ermittlung festgenommen werden (*arrest*). Danach wird er möglichst schnell – in Kalifornien z.B. innerhalb von 48 Stunden – dem Richter vorgeführt. Zur gleichen Zeit hat die Polizei die Akten zur Anklageerhebung (*arraignment*) an die Staatsanwaltschaft zu schicken. Im Regelfall arbeitet die Staatsanwaltschaft auf der Grundlage der Erkenntnisse der Polizei.<sup>19</sup> Die Staatsanwaltschaft kann vor einem Richter eine *information* verlesen, damit der Richter die Anklage überprüfen kann. Dieser Prozessabschnitt wird in den USA z.B. als *preliminary hearing*, *initial appearance* oder – in Kalifornien – als *arraignment* bezeichnet.<sup>20</sup> In manchen Fällen findet diese Überprüfung vor der *grand jury*, einer mit Laien besetzten Anklagekammer, statt. Wenn die *grand jury* der Anklage zustimmt, geht ein *indictment* daraus hervor. Danach beginnt das Anklageeröffnungsverfahren (*arraignment*). Im *arraignment* informiert der Richter den Angeklagten über die ihm vorgeworfene Straftat und fragt ihn, ob und wie er plädieren möchte (*plea*). Es handelt sich um ein *plea hearing*, in dem normalerweise ein *plea bargain* stattfindet. Es gibt in der Regel drei Möglichkeiten für den Angeklagten: *plea of guilty*, *plea of nolo contendere* und *plea of not guilty*. Wenn der Angeklagte sich von Anfang an für *plea of guilty* entscheidet oder sich nach einem *plea bargain* mit der Staatsanwaltschaft für *plea of guilty* entscheidet, er also die Schuld eingesteht, erfolgt ein Schuldspruch ohne Beweisaufnahme, und der Prozess geht ohne *trial* in das *sentencing*-Verfahren über. Wenn der Angeklagte zwar die Schuld nicht eingesteht, aber den Tatvorwurf nicht bestreitet (*no contest*), wird dies zum *plea of nolo contendere*, das

---

<sup>18</sup> Für einen Überblick über den Ablauf des US-amerikanischen Verfahrens siehe *Trüg*, Lösungskonvergenzen trotz Systemdivergenzen im deutschen und US-amerikanischen Strafverfahren, S. 31–58; *Paulsen*, ZStW 77 (1965), 637–668; *Schmid*, Strafverfahren und Strafrecht in den Vereinigten Staaten, S. 50–96.

<sup>19</sup> *Trüg*, Lösungskonvergenzen trotz Systemdivergenzen im deutschen und US-amerikanischen Strafverfahren, S. 38.

<sup>20</sup> Dabei ist anzumerken, dass die Beschreibungen oder Definitionen für diese drei Begriffe in der deutschsprachigen Literatur zum Teil verwirrend oder sogar falsch sind. *Preliminary hearing* kann in einigen Bundesstaaten mit *initial appearance* gleichgesetzt sein, die beiden Ausdrücke können in anderen Bundesstaaten aber auch nicht den gleichen Prozessabschnitt meinen. Außerdem kann ein *preliminary hearing* auch nach dem *arraignment* stattfinden. Vgl. auch *LaFave/Israel/King/Kerr*, Criminal Procedure, § 21.4 (a). Eine kurze Darstellung des Strafprozesses in Kalifornien ist abrufbar unter <http://www.courts.ca.gov/1069.htm> [Stand: 15.07.2018].

strafrechtlich faktisch denselben Effekt wie *plea of guilty* hat.<sup>21</sup> In diesem Fall ergeht ein Schuldspruch, und die Strafe wird verhängt. Wenn sich der Angeklagte für nicht schuldig (*not guilty*) erklärt, kommt es zur Hauptverhandlung (*trial*). Beide Parteien können vor der Hauptverhandlung prozessuale Anträge stellen (*pretrial motions*).<sup>22</sup> Wenn ein Beweis verfassungswidrig erlangt wurde, kann jetzt ein Ausschlussantrag bezüglich des Beweises gestellt werden (*motion to suppress evidence*). Es gibt in diesem Stadium noch weitere Arten von Anträgen. Wenn erforderlich, kann eine Verhandlung zu diesen vorgebrachten Anträgen vor der Hauptverhandlung durchgeführt werden (*pretrial hearing*).

Nach dem 6. Zusatzartikel zur US-Bundesverfassung hat der Angeklagte das Recht auf ein *jury-trial*. Verzichtet der Angeklagte nicht darauf, wird die Hauptverhandlung vor einer Jury durchgeführt. Diese Jury soll entscheiden, ob der Angeklagte schuldig oder unschuldig ist. Der Richter ist unabhängig, aber passiv.<sup>23</sup> Er befasst sich kaum mit der Vorbereitung der Hauptverhandlung, lädt keine Zeugen und beantragt keine Sachverständigengutachten.<sup>24</sup> Obwohl Fed. R. Evid. 614 die richterliche Befugnis zur Ladung von Zeugen vorgeschrieben hat, üben die US-amerikanischen Richter diese Befugnis kaum aus.<sup>25</sup> Die Ladung und die Vernehmung von Zeugen durch einen Richter können nämlich ein großes Risiko für die Unabhängigkeit der Jury darstellen.<sup>26</sup> Der Richter hat lediglich dafür zu sorgen, dass die Hauptverhandlung in geordneten Bahnen verläuft.<sup>27</sup> Das US-amerikanische Recht verlässt sich darauf, dass das adversatorische System gerechte Ergebnisse hervorbringt; wenn ein Richter die neutrale Rolle des Schiedsrichters aufgibt und stattdessen die Rolle eines Anwalts übernimmt, kann das System nicht funktionieren, und die Gerechtigkeit geht verloren.<sup>28</sup>

Bezüglich der Beweisaufnahme geht man im US-amerikanischen Verfahren davon aus, dass der Sachverhalt am besten erfasst werden kann, wenn beide Seiten ihre Hypothese vom Tatgeschehen selbstständig entwickeln und dabei die Gegensätze und ungeklärten Punkte möglichst deutlich herausstellen.<sup>29</sup> Die beiden Parteien

---

<sup>21</sup> Der Unterschied zwischen *plea of guilty* und *plea of nolo contendere* besteht nur im späteren Zivilprozess. Da der Angeklagte bei *plea of nolo contendere*, im Gegensatz zu *plea of guilty*, die Schuld nicht eingestanden hat, kann ein *plea of nolo contendere* nicht als Beweis im Zivilprozess, z.B. zum Zweck der Geltendmachung eines Anspruchs auf Schadensersatz, benutzt werden. Vgl. auch *LaFave/Israel/King/Kerr*, Criminal Procedure, § 21.4 (a).

<sup>22</sup> Vgl. *Schmid*, Strafverfahren und Strafrecht in den Vereinigten Staaten, S. 61 f.

<sup>23</sup> *Marcus*, (1992) 57 Brook. L. Rev. 1193.

<sup>24</sup> *Paulsen*, ZStW 77 (1965), 665 f.

<sup>25</sup> *Alschuler*, (1983) 50 U. Chi. L. Rev. 1004 Fn. 338.

<sup>26</sup> *Saltzburg*, (1978) 64 Va. L. Rev. 56.

<sup>27</sup> *Paulsen*, ZStW 77 (1965), 667.

<sup>28</sup> *Bethany v. State*, 814 S.W.2d 455, 462 (1991).

<sup>29</sup> *Herrmann*, Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerikanischen Strafverfahrens, S. 167.

werden als völlig gleichberechtigt betrachtet.<sup>30</sup> Man stellt die anglo-amerikanische Hauptverhandlung, insbesondere das Kreuzverhör, gern als einen Zweikampf dar,<sup>31</sup> in dem es im Ergebnis darum geht, welche der beiden Sachverhaltsdarstellungen die größere Überzeugungskraft besitzt.<sup>32</sup> Der Kampf zwischen den gleichberechtigten Parteien setzt voraus, dass jeder sowohl Positionen des Angriffs als auch der Verteidigung einnehmen und keiner allzu leicht eine überlegene Stellung innehaben kann. So entwickelten sich die Kampfregeln – Beweisregeln – in den USA zu einem komplizierten System, das die Beweisaufnahme erschweren kann.<sup>33</sup> Dies schließt aber die Möglichkeit nicht aus, dass der Richter ausnahmsweise die Beweisaufnahme auf verschiedene Weise ergänzen und vervollständigen lassen kann.<sup>34</sup> Nach der Hauptverhandlung kann der Richter der Jury die Rechtslage in mündlicher oder schriftlicher Form erläutern. Danach zieht sich die Jury zurück und berät die Entscheidung ohne Anwesenheit des Richters. Wenn die Jury den Angeklagten schuldig gesprochen hat, entscheidet der Richter über die Strafe.

Die *Exclusionary Rule* wird grundsätzlich in der Phase vor der Hauptverhandlung angewandt. Der Verteidiger kann eine *motion to suppress evidence* stellen, um die auf verfassungswidrige Weise erlangten Beweise von der Sachverhaltsfeststellung vor der Jury auszuschließen. In manchen Fällen werden die problematischen Beweise durch die *motion to suppress evidence* und eventuell auch das *pretrial hearing* dennoch nicht ausgeschlossen. Der Verteidiger kann diese vom Tatgericht berücksichtigten, aber aus seiner Sicht auszuschließenden Beweise später als Revisionsgrund aufnehmen und Revision einlegen. Es ist außerdem möglich, dass sich erst in der Hauptverhandlung ergibt, dass einige Beweise auszuschließen sind. Eine typische Vorgehensweise in solchen Fällen sieht vor, dass der Richter die Verhandlung einstellt und die Jury in geschlossener Kammer anweist, die Beweise nicht zu berücksichtigen.<sup>35</sup> Wenn diese Anweisung die Voreingenommenheit der Jury, die durch die Einführung der unzulässigen Beweise entstanden ist, nicht beseitigen kann, soll der Richter den Prozess zu einem fehlerhaft geführten Prozess

---

<sup>30</sup> Hirschberg, Das amerikanische und deutsche Strafverfahren in rechtsvergleichender Sicht, S. 5.

<sup>31</sup> Herrmann, Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerikanischen Strafverfahrens, S. 152; Hirschberg, Das amerikanische und deutsche Strafverfahren in rechtsvergleichender Sicht, S. 59.

<sup>32</sup> Herrmann, Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerikanischen Strafverfahrens, S. 168.

<sup>33</sup> Vgl. Hirschberg, Das amerikanische und deutsche Strafverfahren in rechtsvergleichender Sicht, S. 59; Damaska, (1973) 121 U. Pa. L. Rev. 587.

<sup>34</sup> Herrmann, Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerikanischen Strafverfahrens, S. 158, 326. Für eine nähere Erörterung der Einwirkung der US-amerikanischen Richter auf die gerichtliche Verhandlung siehe Pinard, (2000) 33 Conn. L. Rev. 243–301.

<sup>35</sup> Ähnlich Lieberman, (2000) 6 Psych. Pub. Pol. and L. 685.

(*mistrial*) erklären, auch wenn die Einführung dieser Beweise nicht absichtlich oder keiner Partei zurechenbar ist.<sup>36</sup>

Dass die *Exclusionary Rule* grundsätzlich vor der Hauptverhandlung angewandt wird, hängt wesentlich mit dem staatsanwaltschaftlichen Prinzip im akkusatorischen System und dem *jury-trial* zusammen.

Die US-amerikanische Staatsanwaltschaft ist genau wie ihr deutsches Pendant zur Objektivität und Unparteilichkeit verpflichtet.<sup>37</sup> Sie soll weder einen Schuldigen freilassen noch einen Unschuldigen leiden lassen;<sup>38</sup> sie soll nicht nur Prozessgegnerin des Beschuldigten, sondern auch Beschützerin der Verfassungsrechte des Beschuldigten sein.<sup>39</sup> Der US-amerikanische Staatsanwalt soll im Strafprozess nach der Objektivitätspflicht sowohl belastende als auch entlastende Beweise erheben oder durch die Polizei erheben lassen. Er darf Entlastungsbeweise weder unterdrücken noch dem Beschuldigten vorenthalten.<sup>40</sup> Dies verstieße gegen die Bestimmungen der US-Bundesverfassung.<sup>41</sup> Die Staatsanwaltschaft sieht die Ausübung ihrer Pflicht zur Objektivität aber im akkusatorischen System in der Praxis etwas anders.

In der Phase der Überprüfung der Anklage, z.B. im *preliminary hearing* oder *grand jury trial*, hat der Staatsanwalt beim Vorlegen der Beweismittel Ermessensspielraum. Nur der Staatsanwalt hat Zugang zu allen von den Strafverfolgungsbehörden erlangten Beweisen und kann entscheiden, wann und auch welche Informationen freizugeben sind, und zwar ohne richterliche Anordnung.<sup>42</sup> Bei der Überprüfung durch den Richter (*preliminary hearing*)<sup>43</sup> legt der Staatsanwalt Beweismittel vor, soweit er dies für erforderlich hält. Gewöhnlich bringt er nur so viele Beweismittel vor, wie ausreichen, um den Beschuldigten weiter für die Anklagebehörde zur Verfügung zu halten.<sup>44</sup> Der Beschuldigte kann Zeugen befragen oder Beweismittel in Frage stellen, aber er tut dies selten; oft dauert dieses Routineverfahren nur wenige Minuten.<sup>45</sup> Im *grand jury trial* werden üblicherweise nur die vom Staatsanwalt aufgerufenen Zeugen vernommen, und die Verteidigung ist grundsätzlich ausgeschlossen. Die *grand jury* steht damit völlig unter dem Einfluss

<sup>36</sup> Am. Jur. 2d, Criminal Law § 328; *Varner v. State*, 285 Ga. 334, 335 (2009).

<sup>37</sup> *Herrmann*, Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerikanischen Strafverfahrens, S. 193.

<sup>38</sup> *Berger v. U.S.*, 295 U.S. 78, 88 (1935).

<sup>39</sup> *People v. Trevino*, 704 P.2d 719, 725 (1985).

<sup>40</sup> *Paulsen*, ZStW 77 (1965), 655 f.

<sup>41</sup> *Paulsen*, ZStW 77 (1965), 655.

<sup>42</sup> *Caldwell*, (2015) 18 U. Pa. J.L. & Soc. Change 361.

<sup>43</sup> Für Erklärungen zu diesem Begriff siehe unten im Zweiten Teil, II.B.5.

<sup>44</sup> *Paulsen*, ZStW 77 (1965), 648.

<sup>45</sup> *Paulsen*, ZStW 77 (1965), 648.

des Staatsanwalts.<sup>46</sup> Sehr selten wird eine Anklage bei der *grand jury* abgelehnt. Daraus lässt sich schließen, dass die unter die *Exclusionary Rule* fallenden Beweise in den Verfahrensstadien vor der Hauptverhandlung kaum ausgeschlossen werden und der US-amerikanische Staatsanwalt eher dazu neigt, den Prozess weiter zur Hauptverhandlung zu treiben.

Kurz vor oder in der Hauptverhandlung selbst zeigt sich noch stärker, dass der US-amerikanische Staatsanwalt gewissermaßen die Rolle des Anwalts einer Prozesspartei übernommen hat.<sup>47</sup> Auch wenn er schon den vollständig aufgeklärten Sachverhalt zur Kenntnis hat, liegt es im Ermessen des Staatsanwalts, die den Angeklagten entlastenden Beweise nicht einzuführen,<sup>48</sup> er ist nicht verpflichtet, alle Beweise einzuführen oder gar alle Zeugen aufzurufen.<sup>49</sup> Es genügt, wenn er z.B. den Verteidiger auf einen Entlastungszeugen hinweist, damit dieser den Zeugen in dem Prozess aufrufen kann. Jedoch ist es auch möglich, dass der Staatsanwalt entlastende Beweise vorenthält.<sup>50</sup> Er kann auch das Risiko eingehen, problematische Beweismittel in die Hauptverhandlung einzuführen, obwohl ihm deren Verwertbarkeit bereits fragwürdig erscheint.<sup>51</sup> Solange der Angeklagte oder sein Verteidiger keinen Einwand (*motion to suppress evidence*) erhebt, werden alle Beweise, die der Staatsanwalt einführt – auch die an sich unzulässigen – zugelassen.<sup>52</sup> In der Hauptverhandlung versucht der Staatsanwalt ebenso wie der Verteidiger, die Geschworenen auf verschiedene – auch auf emotionale – Weise zu beeinflussen.<sup>53</sup> Das Hauptziel des Staatsanwalts liegt schlicht darin, den Angeklagten zu überführen.<sup>54</sup>

Ein weiterer Grund dafür, dass der Ausschluss von verfassungswidrig erlangten Beweismitteln vor der Hauptverhandlung stattfindet, ist das *jury-trial*. Schon in der

---

<sup>46</sup> Herrmann, Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerikanischen Strafverfahrens, S. 193.

<sup>47</sup> Paulsen, ZStW 77 (1965), 656. Vgl. auch Herrmann, Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerikanischen Strafverfahrens, S. 196.

<sup>48</sup> Herrmann, Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerikanischen Strafverfahrens, S. 196, 215.

<sup>49</sup> Paulsen, ZStW 77 (1965), 655.

<sup>50</sup> Caldwell, (2015) 18 U. Pa. J.L. & Soc. Change 362 erwähnt einen Fall, in dem ein Staatsanwalt entlastende Beweise vorenthalten hatte und ein Unschuldiger deswegen zu Unrecht verurteilt wurde.

Zum Fall: Associated Press, Ex-Prosecutor in Texas is Punished for a Wrongful Conviction, N.Y. Times (9.11.2013); abrufbar unter: [http://www.nytimes.com/2013/11/10/us/ex-prosecutor-is-punished-for-a-wrongful-conviction.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2013/11/10/us/ex-prosecutor-is-punished-for-a-wrongful-conviction.html?_r=0) [Stand: 15.07.2018].

<sup>51</sup> Vgl. Herrmann, Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerikanischen Strafverfahrens, S. 196.

<sup>52</sup> Paulsen, ZStW 77 (1965), 653.

<sup>53</sup> Vgl. Herrmann, Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerikanischen Strafverfahrens, S. 197; Broeder, (1954) 21 U. Chi. L. Rev. 393.

<sup>54</sup> Herrmann, Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerikanischen Strafverfahrens, S. 196; Paulsen, ZStW 77 (1965), 656.

Kolonialzeit hatten die Richter das Vertrauen der Bürger verloren.<sup>55</sup> Die Jury ist deshalb nicht nur das Symbol eines freiheitsdurstigen demokratischen Volkes, sondern auch eine Schutzwehr gegen die Unterdrückung durch die Regierung.<sup>56</sup> Die aus Laien bestehende Jury kann allerdings den Beweiswert unter Umständen nicht richtig erkennen und steht unter dem starken Einfluss persönlicher Eindrücke während der Hauptverhandlung. Daher dürfen der Jury keine Tatsachen zu Ohren kommen, die mit der Sache nichts zu tun haben oder zu Verwirrung, Vorurteilen oder Erregung führen können.<sup>57</sup> Die auf verfassungswidrige Weise erlangten Beweismittel sind somit vor dem *jury-trial* auszuschließen. Der Richter fungiert hier als *gatekeeper* für die Beweismittel und lässt die Jury nur solche Beweismittel hören oder sehen, die rechtlich einwandfrei sind und der Sachverhaltsfeststellung dienen.<sup>58</sup> Unter Umständen kann der Richter die Jury bezüglich der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung sowie des Beweiswerts der eingeführten Beweismittel beraten.<sup>59</sup> Es wird allerdings kritisiert, dass der Richter die Überzeugung der Jury dadurch beeinflussen kann;<sup>60</sup> dennoch bleibt die Institution der Jury ein wichtiger Grund für den Beweisausschluss vor der Hauptverhandlung.

## II. Analyse der Sachverhaltskonstellationen

### A. Abgrenzung zwischen Beweiserhebungsverböten und Beweisverwertungsverböten

*Gerhard O.W. Müller* hat die US-amerikanischen Beweisverböte folgendermaßen definiert:

„Ein Beweisverbot ist eine richterliche Anordnung gegen die Verwendung irgendeines Beweismittels, in jeglichem Stadium des Prozesses, nach ordentlichem, formellem und zeitlichem Antrag eines Beschuldigten, der sich innerhalb des Personenkreises befindet, zu dessen Gunsten die Schutzregel, auf die sich das Beweisverbot stützt, besteht.“<sup>61</sup>

<sup>55</sup> *Herrmann*, Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerikanischen Strafverfahrens, S. 316. Ähnlich *Pinard*, (2000) 33 Conn. L. Rev. 252.

<sup>56</sup> *Broeder*, (1954) 21 U. Chi. L. Rev. 386; *King*, (1999) 62 Law & Contemp. Prob. 41.

<sup>57</sup> *Paulsen*, ZStW 77 (1965), 667.

<sup>58</sup> Vgl. *King*, (1999) 62 Law & Contemp. Prob. 49.

<sup>59</sup> Früher gab es in den USA das sogenannte *no comment*-Gebot; inzwischen ist es aber in einigen Bundesstaaten erlaubt, der Jury den Kommentar des Richters zu Beweismitteln zu übergeben. Siehe *Herrmann*, Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerikanischen Strafverfahrens, S. 318–320.

<sup>60</sup> Z.B. Kritik von *Jones*, in: ders. (Hrsg.), *The Courts, the Public, and the Law Explosion*, S. 134.

<sup>61</sup> *Müller*, Beweisverböte im amerikanischen Strafprozess, Gutachten für den 46. DJT, Teil 3A, S. 38.

Diese Definition zeigt, dass sich die amerikanischen Beweisverbote nur auf die Beweisverwertung beziehen. Eine terminologische Trennung zwischen Beweiserhebungsverboten und Beweisverwertungsverboten, wie in Deutschland, gibt es sinngemäß im US-amerikanischen Recht nicht.

Dabei ist zu betonen, dass die US-amerikanischen Beweisverwertungsverbote von der Zulässigkeit der Beweismittel in der Hauptverhandlung handeln. Wie schon in den Ausführungen zum Prozessmodell dargestellt, ist in der Regel vor der Gerichtsverhandlung eine *motion to suppress evidence* vorzulegen, um ein der *Exclusionary Rule* unterliegendes Beweismittel auszuschließen. Der Richter entscheidet über die *motion to suppress evidence* bzw. die Zulässigkeit des Beweismittels. In diesem Sinne bedeutet im US-amerikanischen Recht die Zulässigkeit eines Beweismittels seine Verwertbarkeit.

Mangels prozessrechtlicher Vorschriften im US-amerikanischen Recht ist die Rechtmäßigkeit polizeilicher Ermittlungshandlungen aus ihrer Übereinstimmung mit den dem Einzelnen in den Zusatzartikeln zur US-amerikanischen Verfassung garantierten Privilegien abzuleiten.<sup>62</sup> Wenn die Polizei oder der Staat gegen die Privilegien oder Rechte aus der Verfassung verstoßen haben, entstehen grundsätzlich Verwertungsverbote der so erlangten Beweise. Im Folgenden werden unterschiedliche Sachverhalte, die Beweisverwertungsverbote betreffen, untersucht.

## **B. Beweisverwertungsverbote im Zusammenhang mit der Beschuldigtenvernehmung**

### **1. Allgemeines**

Die Verwertbarkeit eines Geständnisses setzt im US-amerikanischen Recht die Freiwilligkeit des Beschuldigten bei seiner Äußerung voraus.<sup>63</sup> Dies ist ein Erfordernis der *due process*-Klausel.<sup>64</sup> Für die Bedingung, dass ein Geständnis freiwillig sein muss, gibt es mehrere Gründe. Hierzu zählen z.B. die Vermeidung des Risikos eines falschen Geständnisses und der Ungerechtigkeit bei der Beweisverwertung; die Aufrechterhaltung eines kultivierten Justizsystems; die Bewahrung des akkusatorischen Systems, das besagt, dass der Geist eines Individuums von der Regierung nicht gezwungen werden darf, zum Instrument seiner Selbsterstörung zu werden; der Schutz vor staatlicher Misshandlung sowie die Disziplinierung der Polizei.<sup>65</sup>

---

<sup>62</sup> Honig, ZStW 74 (1964), 351.

<sup>63</sup> Gardner/Anderson, Criminal Evidence, S. 284; Broun (Hrsg.), McCormick on Evidence, Band I, S. 819. Vgl. auch Dressler/Michaels, Understanding Criminal Procedure, 6. Aufl., Band I, S. 397.

<sup>64</sup> Vgl. Dressler/Michaels, Understanding Criminal Procedure, 6. Aufl., Band I, S. 397; Honig, ZStW 74 (1964), 351; Oregon v. Elstad, 470 U.S. 298, 304 (1985).

<sup>65</sup> Dressler/Michaels, Understanding Criminal Procedure, 6. Aufl., Band I, S. 398 f.

Um die Freiwilligkeit eines Geständnisses zu beurteilen, wendeten die Gerichte in den USA früher den sogenannten *totality of the circumstances test* an, bei dem alle Umstände eines Falles zu berücksichtigen waren.<sup>66</sup> Jedoch birgt der *totality of the circumstances test* das große Risiko, dass die Unfreiwilligkeit der Geständnisse aus einer *custody*-Vernehmung nicht erkannt werden könnte, da der der *custody*-Vernehmung innewohnende Zwang die Grenze zwischen freiwilligen und unfreiwilligen Aussagen verschwimmen lässt und sich somit das Risiko der Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit (*privilege against self-incrimination*) erhöht.<sup>67</sup> Um dieses Risiko zu reduzieren,<sup>68</sup> wurde im Jahr 1966 im *Miranda*-Fall das Grundprinzip der sogenannten *bright-line rules*<sup>69</sup> als Maßstab angelegt; es besagt, dass die Aussagen des Beschuldigten in der *custody*-Vernehmung nicht verwertet werden dürfen, es sei denn, es werden prozessuale Garantien zur effektiven Sicherung des *privilege against self-incrimination* gewährt.<sup>70</sup> Bei der Beschuldigtenvernehmung besteht vor allem die Pflicht zur Belehrung über die sogenannten *Miranda*-Rechte (auch: *Miranda Warnings*), die aus dem Gedanken heraus entstand, dass eine *brightline rule* ausreichend vor erzwungener Selbstbelastung schützen könnte.<sup>71</sup> Mit den *Miranda Warnings* hat die Rechtsprechung bei der Regulierung polizeilichen Verhaltens und bei der Entscheidung über die Zulässigkeit eines vor der Hauptverhandlung abgelegten Geständnisses eine klare und einfach anzuwendende Regel eingeführt, um den auf individuelle Umstände bezogenen *case-by-case*-Ansatz entsprechend dem Erfordernis der *due process*-Klausel zu ersetzen.<sup>72</sup>

Die *Miranda Warnings* umfassen im Wesentlichen folgende Rechtsbelehrungen, die dem Beschuldigten vor der polizeilichen *custody*-Vernehmung zu erteilen sind:<sup>73</sup>

---

<sup>66</sup> *Gardner/Anderson*, Criminal Evidence, S. 285; *Dressler/Michaels*, Understanding Criminal Procedure, 6. Aufl., Band I, S. 399.

<sup>67</sup> *Missouri v. Seibert*, 542 U.S. 600, 608 (2004).

<sup>68</sup> *Missouri v. Seibert*, 542 U.S. 600, 608 (2004).

<sup>69</sup> *Bright-line rules* im US-amerikanischen Recht sind Regeln, die sich, unabhängig von den Besonderheiten eines Falls, allein daran orientieren, ob eine Standardsituation, z.B. Beschuldigtenvernehmung, Verhaftung usw., vorliegt. Wo es *bright-line rules* gibt, bleibt wenig oder gar kein Raum für abweichende Interpretationen. Es muss entsprechend den *bright-line rules*, z.B. durch Belehrung über die sogenannten *Miranda*-Rechte (*Miranda Rights* oder *Miranda Warnings*), gehandelt werden. Vgl. auch *Lützner*, Strafprozessuale Zwangs- und Überwachungsmaßnahmen im Recht der USA und der Bundesrepublik Deutschland, S. 113; *Dressler/Michaels*, Understanding Criminal Procedure, 4. Aufl., Band II, S. 29 f.

<sup>70</sup> *Michigan v. Tucker*, 417 U.S. 433, 443, 444 (1974); *Gardner/Anderson*, Criminal Evidence, S. 287; *Dressler/Michaels*, Understanding Criminal Procedure, 6. Aufl., Band I, S. 443 f.

<sup>71</sup> *Baker v. Texas*, 956 S.W.2d 19, 24 (1997).

<sup>72</sup> *Cammack*, in: Thaman (Hrsg.), Exclusionary Rules in Comparative Law, S. 24.

<sup>73</sup> Die Vernehmung im Sinne der *Miranda Warnings* soll in der *custody*-Phase erfolgen, während der sich der Beschuldigte in Polizeigewahrsam befindet. Dazu *Hickey*, Criminal Procedure, S. 270. Zum Begriff *custody* heißt es in *California v. Beheler*, 463 U.S. 1121,



1. er hat das Recht zu schweigen;
2. was er gesagt hat, kann in der gerichtlichen Verhandlung gegen ihn verwendet werden;
3. er hat sowohl das Recht, sich mit einem Rechtsanwalt zu beraten als auch auf dessen Anwesenheit während der Vernehmung;
4. wenn er sich keinen Rechtsanwalt leisten kann, wird ihm auf Wunsch vor der Befragung ein solcher beigeordnet.<sup>74</sup>

## 2. Verstöße gegen die Schweigerechtsbelehrungspflicht gegenüber dem Beschuldigten

Wie oben erwähnt, bestand vor der Einführung der *bright-line rules* im *Miranda*-Fall keine Pflicht zur Belehrung des Beschuldigten über das Schweigerecht.<sup>75</sup> Für das Schweigerecht bzw. das *privilege against self-incrimination* aus dem 5. Zusatzartikel zur US-Bundesverfassung gab es bis zur Einführung der *Miranda Warnings* keine prozessualen Garantien. Daher ist anzuerkennen, dass die *Miranda Warnings* ausschließlich dem *privilege against self-incrimination* dienen.<sup>76</sup>

Die *Miranda Warnings* müssen vor der Vernehmung ausgesprochen werden.<sup>77</sup> Die unter Verstoß gegen die Pflicht zur Erteilung der *Miranda Warnings* gewonnenen Aussagen und das Geständnis des Beschuldigten sind grundsätzlich unverwertbar.<sup>78</sup> Die Belehrungspflicht ist zwingend, auch wenn die Polizei davon ausgeht, dass der Beschuldigte seine Rechte sehr wahrscheinlich kennt.<sup>79</sup> Die ersten drei Belehrungen der *Miranda Warnings* gelten als absolute Vorbedingungen für eine

---

1125 (1983): "Although the circumstances of each case must certainly influence a determination of whether a suspect is 'in custody' for purposes of receiving Miranda protection, the ultimate inquiry is simply whether there is a 'formal arrest or restraint on freedom of movement' of the degree associated with a formal arrest."

<sup>74</sup> *Broun* (Hrsg.), *McCormick on Evidence*, Band I, S. 825.

<sup>75</sup> Vgl. *Inbau/Reid/Buckley/Jayne*, *Criminal Interrogation and Confessions*, S. 553.

<sup>76</sup> *Dressler/Michaels*, *Understanding Criminal Procedure*, 6. Aufl., Band I, S. 390.

<sup>77</sup> *Broun* (Hrsg.), *McCormick on Evidence*, Band I, S. 825.

<sup>78</sup> *Inbau/Reid/Buckley/Jayne*, *Criminal Interrogation and Confessions*, S. 491. Vgl. auch *Dressler/Michaels*, *Understanding Criminal Procedure*, 6. Aufl., Band I, S. 416. Das Verhältnis zwischen den *Miranda Warnings* und der Ausübung von Zwang (*compulsion*), welche im US-amerikanischen Recht ebenfalls zum Verwertungsverbot der Aussagen des Beschuldigten führen kann, wurde im Fall *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298 (1985) erläutert: "Failure to administer Miranda warnings creates a presumption of compulsion. Consequently, unwarned statements that are otherwise voluntary within the meaning of the Fifth Amendment must nevertheless be excluded from evidence under Miranda." (S. 307) "...absent deliberately coercive or improper tactics in obtaining the initial statement, the mere fact that a suspect has made an unwarned admission does not warrant a presumption of compulsion." (S. 314).

<sup>79</sup> *Hickey*, *Criminal Procedure*, S. 269; *Inbau/Reid/Buckley/Jayne*, *Criminal Interrogation and Confessions*, S. 493.

Vernehmung.<sup>80</sup> Wenn eine fehlt, kann dies nicht durch die Annahme geheilt werden, dass der Beschuldigte sein Recht trotz der fehlenden Belehrung kannte.<sup>81</sup> Bei fehlender Belehrung wird also in jedem Fall ein Verwertungsverbot der Aussagen oder des Geständnisses des Beschuldigten angenommen, da die *bright-line rule*, *Miranda Warnings*, nicht eingehalten wurde.<sup>82</sup> Das Fehlen der vierten Belehrungsformel der *Miranda Warnings* wird hingegen nicht als gravierend angesehen, wenn der Beschuldigte dieses Recht bereits kannte und er einen Rechtsanwalt oder genügend Geld für eine Anwaltsbestellung hat.<sup>83</sup> Die *Miranda Warnings* gelten grundsätzlich für die polizeiliche bzw. eventuelle staatsanwaltschaftliche *custody*-Vernehmung. Bei einer späteren Vernehmung, die nach der *custody* z.B. vor dem *magistrate* oder Richter stattfindet, muss der Beschuldigte nicht belehrt werden, wenn ein Rechtsanwalt anwesend ist und den Beschuldigten über seine Rechte informieren kann. Nach Ansicht des Supreme Court kann der Beschuldigte jederzeit während der Vernehmung seine Rechte auf Schweigen und Verteidigerkonsultation in Anspruch nehmen; er muss weder antworten noch aussagen.<sup>84</sup> Dementsprechend steht es dem Beschuldigten – besonders dann, wenn er ohne Rechtsbeistand schon zu seinem Fall ausgesagt hat – jederzeit unter Berufung auf sein Schweigerecht frei, nicht weiter auszusagen.<sup>85</sup> Der Wunsch nach einem Rechtsanwalt reicht aus, um das Schweigerecht in Anspruch zu nehmen.<sup>86</sup> In diesem Fall ist die Vernehmung zu unterbrechen.<sup>87</sup> Alle Aussagen werden ausschließlich als Ergebnis eines Zwangs angesehen, wenn das Schweigerecht in Anspruch genommen wird.<sup>88</sup>

---

<sup>80</sup> *Broun* (Hrsg.), *McCormick on Evidence*, Band I, S. 825; vgl. auch *Erdmann*, Die Ausdehnung der strafprozessualen Garantien der US-Bundesverfassung auf den Strafprozess der Einzelstaaten, S. 289.

<sup>81</sup> *Broun* (Hrsg.), *McCormick on Evidence*, Band I, S. 825.

<sup>82</sup> *Bradley*, GA 1985, 107. *Bradley* ist der Ansicht, dass maßgeblich für die Haltung der Rechtsprechung der Gedanke ist, dass es leichter ist, von den Polizisten eine entsprechende Aufklärung zu ihrem Verhalten in allen Fällen zu verlangen, als zu versuchen, nachträglich festzustellen, ob sich der nicht entsprechend aufgeklärte Beschuldigte seiner Rechte bewusst war.

<sup>83</sup> *Broun* (Hrsg.), *McCormick on Evidence*, Band I, S. 825.

<sup>84</sup> Dies steht zwar neben den *Miranda Warnings* auf einer Karte, die die Polizisten mit sich führen, ist aber selbst keine Belehrungspflicht, sondern eine Ermahnung für den Vernehmenden. Siehe *Inbau/Reid/Buckley/Jayne*, *Criminal Interrogation and Confessions*, S. 491.

<sup>85</sup> *Inbau/Reid/Buckley/Jayne*, *Criminal Interrogation and Confessions*, S. 491.

<sup>86</sup> Vgl. *Minnesota v. Murphy*, 465 U.S. 420, 424 (1984); *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 474 (1966).

<sup>87</sup> *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 474 (1966); *Dressler/Michaels*, *Understanding Criminal Procedure*, 6. Aufl., Band I, S. 443; *Hickey*, *Criminal Procedure*, S. 269. Nach jüngerer Rechtsprechung – z.B. *Berghuis v. Thompkins*, 560 U.S. 370 (2010) – muss der Beschuldigte allerdings eindeutig das Schweigerecht in Anspruch nehmen, sonst wird keine Unterbrechung ausgelöst.

<sup>88</sup> *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 474 (1966); *Tolliver v. Sheets*, 594 F.3d 900, 919 (2010).

Die Polizei soll das Recht des Beschuldigten auf Unterbrechung der Vernehmung gewissenhaft beachten (*scrupulously honor*).<sup>89</sup> Da es zu dem Begriff *scrupulously honor* keine klaren Definitionen gibt,<sup>90</sup> lassen sich die Fragen, ob die Polizei in der Phase nach der Inanspruchnahme des Schweigerechts rechtmäßig gehandelt hat und ob infolgedessen ein Verwertungsverbot entstehen könnte, nicht gemäß einem *bright-line*-Standard, sondern nur unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls beantworten.<sup>91</sup> In *Tolliver v. Sheets*<sup>92</sup> machte der Beschuldigte, der des Mordes an seiner Freundin angeklagt war, explizit von seinem Schweigerecht Gebrauch, nachdem er Rechtsbelehrungen erhalten hatte. Er machte zwar freiwillig einige Angaben gegenüber der Polizei, bestand jedoch zwischendurch auf seinem Schweigerecht. Als er schilderte, wie seine Freundin auf sich schoss, fragte die Polizei, wohin seine Freundin sich selbst geschossen hatte. Daraufhin machte er wieder sein Schweigerecht geltend. Trotzdem stellte die Polizei dem Beschuldigten die Frage, an welcher Stelle des Körpers sich die Wunde der Freundin befand. Das Bundesberufungsgericht (*Sixth Circuit*) urteilte, dass die freiwilligen Angaben des Beschuldigten nach der Inanspruchnahme des Schweigerechts verwertbar waren, die Frage der Polizei, wo sich die Wunde befand, aber eine ausdrückliche Befragung unter Verstoß gegen die *Miranda*-Regel darstellte.<sup>93</sup> Die weitere Vernehmung nach diesem Verstoß ist unverwertbar.

Eine umgehende Unterbrechung der Vernehmung aufgrund der Geltendmachung des Schweigerechts bedeutet allerdings kein Verbot der Vernehmung für unbegrenzte Zeit und unter allen Umständen.<sup>94</sup> Ob der Beschuldigte, der das Schweigerecht in Anspruch genommen hat, zu einem späteren Zeitpunkt wieder vernommen werden kann, hängt davon ab, ob die Polizei die Inanspruchnahme des Schweigerechts gewissenhaft beachtet hat (*scrupulously honor*).<sup>95</sup> Wenn nach einer längeren Zeit der Beschuldigte nochmals über seine *Miranda*-Rechte informiert und von anderen Polizeibeamten zu einer anderen Straftat in einer anderen Umgebung vernommen wird, hat die Polizei das Recht des Beschuldigten auf Unterbrechung der Vernehmung gewissenhaft beachtet.<sup>96</sup> Die Aussagen und das Geständnis des Beschuldigten aus der zweiten Vernehmung sind verwertbar.<sup>97</sup> Um die erneute Vernehmung zu behindern, kann der Beschuldigte nach einem Rechtsanwalt verlangen,

---

<sup>89</sup> *Michigan v. Mosley*, 423 U.S. 96 (1975).

<sup>90</sup> *Broun* (Hrsg.), McCormick on Evidence, Band I, S. 838.

<sup>91</sup> Vgl. *Dressler/Michaels*, Understanding Criminal Procedure, 5. Aufl., Band I, S. 481.

<sup>92</sup> *Tolliver v. Sheets*, 594 F.3d 900 (2010).

<sup>93</sup> *Tolliver v. Sheets*, 594 F.3d 900, 916–922 (2010).

<sup>94</sup> Vgl. *Michigan v. Mosley*, 423 U.S. 96, 102, 103 (1975).

<sup>95</sup> Vgl. *Michigan v. Mosley*, 423 U.S. 96, 103 (1975).

<sup>96</sup> *Michigan v. Mosley*, 423 U.S. 96, 105, 106 (1975).

<sup>97</sup> *Michigan v. Mosley*, 423 U.S. 96, 104 (1975).

bevor er sich zu der Straftat äußert.<sup>98</sup> In diesem Fall muss die Polizei die Vernehmung unterbrechen, bis ein Rechtsanwalt erscheint.<sup>99</sup> Dadurch wird das Schweigerecht geachtet.<sup>100</sup>

### 3. Verstöße gegen das Verteidigerkonsultationsrecht des Beschuldigten

Bei der polizeilichen *custody*-Vernehmung ist der Beschuldigte gemäß Punkt drei der *Miranda Warnings* über sein Recht auf Hinzuziehung eines Verteidigers zu belehren. Wie im vorherigen Abschnitt dargestellt, kann eine fehlende Belehrung über das Verteidigerkonsultationsrecht ungeachtet des Wissens des Beschuldigten um dieses Recht zu einem Verwertungsverbot der Aussagen oder des Geständnisses führen.

Die Grundsätze des Schweigerechts lassen sich meist auch auf die Inanspruchnahme des Verteidigerkonsultationsrechts anwenden.<sup>101</sup> Wenn der Beschuldigte vor oder während der Vernehmung einen Rechtsanwalt als Rechtsbeistand haben will,<sup>102</sup> ist die Vernehmung sofort zu unterbrechen,<sup>103</sup> bis sein Verteidiger erscheint<sup>104</sup> oder der Beschuldigte selbst die Kommunikation mit der Polizei fortsetzt.<sup>105</sup> Aus dieser Vorschrift ging eine weitere *bright-line rule* bei der Beschuldigtenvernehmung hervor, die sogenannte *Edwards rule*: Im Fall *Edwards v. Arizona*<sup>106</sup> hatte der Beschuldigte, *Robert Edwards*, nach der Belehrung über seine *Miranda*-Rechte einen Verteidiger verlangt, und die Vernehmung wurde daher unterbrochen. Am nächsten Tag suchten Polizisten *Edwards* in der Untersuchungshaftanstalt auf, um mit ihm zu sprechen. Als er sagte, dass er nicht aussagen wolle, bekam er zur Antwort, dass er dies müsse. Sein Wunsch nach einem Verteidiger wurde ihm verwehrt. Daraufhin äußerte er sich gegenüber zwei Kriminalbeamten zu dem Fall. Angesichts der *totality of the circumstances* erklärte der Supreme Court den Verzicht auf das Verteidigerkonsultationsrecht in diesem Fall für ungültig, was zur Unverwertbarkeit der Aussagen führte. Der Supreme Court stellte nicht nur fest, dass die Vernehmung zu unterbrechen ist, wenn der Beschuldigte

<sup>98</sup> Vgl. *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 474 (1966) und *Edwards rule* unten Zweiter Teil, II.B.3.

<sup>99</sup> Vgl. *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 474 (1966) und unten Zweiter Teil, II.B.3.

<sup>100</sup> Vgl. *Minnesota v. Murphy*, 465 U.S. 420, 424 (1984).

<sup>101</sup> *Berghuis v. Thompkins*, 560 U.S. 370, 381 (2010).

<sup>102</sup> *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 470 (1966).

<sup>103</sup> *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 474 (1966); *Edwards v. Arizona*, 451 U.S. 477, 485 (1981).

<sup>104</sup> *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 473, 474 (1966); *Broun* (Hrsg.), *McCormick on Evidence*, Band I, S. 832; *Dressler/Michaels*, *Understanding Criminal Procedure*, 6. Aufl., Band I, S. 443, 474; *Hickey*, *Criminal Procedure*, S. 277.

<sup>105</sup> *Edwards v. Arizona*, 451 U.S. 477, 484, 485 (1981); *Oregon v. Bradshaw*, 462 U.S. 1039 (1983); *Dressler/Michaels*, *Understanding Criminal Procedure*, 6. Aufl., Band I, S. 474.

<sup>106</sup> *Edwards v. Arizona*, 451 U.S. 477 (1981).

sein Verteidigerkonsultationsrecht in Anspruch nimmt, sondern erkannte auch den zusätzlichen Schutz für den Beschuldigten an: Ein gültiger Verzicht auf das Verteidigerkonsultationsrecht kann nicht nur mit der Darlegung begründet werden, dass der Beschuldigte in einer weiteren von der Polizei initiierten *custody*-Vernehmung antwortet, obwohl er schon Rechtsbelehrungen erhalten hat.<sup>107</sup> Die Ratio der *Edwards rule* ist: wenn der Beschuldigte behauptet, dass er nicht in der Lage sei, sich ohne Verteidigerkonsultation der *custody*-Befragung zu unterziehen, ist der sich danach anschließende Rechtsverzicht, der auf polizeiliches Drängen statt auf Initiative des Beschuldigten zustande kommt, Ergebnis eines Zwangsdrucks und bedeutet keine freiwillige Wahl des Beschuldigten.<sup>108</sup> Die *Edwards rule* soll verhindern, dass die Polizei mit dem wiederholten Versuch, den auf seinem Verteidigerkonsultationsrecht bestehenden Beschuldigten zu befragen, aus dem zunehmenden Zwangsdruck bei der *custody*-Vernehmung Vorteil zieht und ihn schließlich zum Rechtsverzicht drängt.<sup>109</sup>

Wie bei der Inanspruchnahme des Schweigerechts muss der Beschuldigte auch sein Recht auf Verteidigerkonsultation eindeutig geltend machen, da ansonsten die Vernehmung weitergeführt werden darf.<sup>110</sup> Der Grund hierfür liegt in der Gewährleistung der Effektivität der Rechtsdurchsetzung.<sup>111</sup> Die *Edwards rule* als eine *bright-line rule* dient der Klarstellung und Vereinfachung der Rechtsanwendung,<sup>112</sup> spart justizielle Ressourcen und setzt den Schutz der *Miranda Warnings* in praktische und geradlinige Regeln um.<sup>113</sup> Wird nach unklarer Geltendmachung des Verteidigerkonsultationsrechts die Vernehmung unterbrochen, so kann demzufolge nur schwer eine polizeiliche Entscheidung darüber getroffen werden, ob der Beschuldigte wirklich einen Verteidiger hinzuziehen wollte.<sup>114</sup>

Anders als bei der Berufung auf das Schweigerecht darf die Vernehmung überhaupt nicht fortgesetzt werden, wenn der Beschuldigte zwar sein Verteidigerkonsultationsrecht in Anspruch nimmt, aber keinen Rechtsbeistand hat. Initiiert die Polizei in einer solchen Situation die weitere Vernehmung, so führt dies zur Annahme der Unfreiwilligkeit der danach getätigten Aussagen, auch wenn der Beschuldigte den Rechtsverzicht geltend gemacht hat und seine Aussagen nach tradi-

---

<sup>107</sup> *Edwards v. Arizona*, 451 U.S. 477, 484 (1981).

<sup>108</sup> *Maryland v. Shatzer*, 559 U.S. 98, 104, 105 (2010).

<sup>109</sup> *Maryland v. Shatzer*, 559 U.S. 98, 105 (2010); *Minnick v. Mississippi*, 498 U.S. 146, 150 (1990).

<sup>110</sup> *Davis v. U.S.*, 512 U.S. 452, 462 (1994).

<sup>111</sup> Vgl. *Davis v. U.S.*, 512 U.S. 452, 461 (1994).

<sup>112</sup> *Davis v. U.S.*, 512 U.S. 452, 461 (1994).

<sup>113</sup> *Minnick v. Mississippi*, 498 U.S. 146, 151 (1990).

<sup>114</sup> *Davis v. U.S.*, 512 U.S. 452, 461 (1994); *Minnick v. Mississippi*, 498 U.S. 146, 151 (1990).

tionellen Standards als freiwillig betrachtet werden können.<sup>115</sup> Die Berufung auf das Verteidigerkonsultationsrecht muss von der Polizei gewissenhaft beachtet werden (*scrupulously honor*).

Im Fall *Carr v. Indiana*<sup>116</sup> nahm der Beschuldigte viermal sein Verteidigerkonsultationsrecht eindeutig in Anspruch. Im Zuge dessen sicherte der Kriminalbeamte zwar dem Beschuldigten die Hilfe eines Gefängniswärters zu, wies ihn aber auch auf die Möglichkeit, einen Anwalt anzurufen, hin und darauf, dass die Polizei bei Geltendmachung des Verteidigerkonsultationsrechts dieses respektieren und die Vernehmung unterbrechen würde.<sup>117</sup> Daraufhin nutzte der Kriminalbeamte jedoch den mentalen Zustand des Beschuldigten aus und führte die Vernehmung weiter, bis der Beschuldigte detailliert zur Sache aussagte. Der Supreme Court von *Indiana* erkannte hierauf einen Verstoß gegen die *Edwards rule* und führte aus, dass die Fortsetzung der Vernehmung mit weiterführender Befragung zur Untergrabung des Willens des Vernommenen ausgenutzt wurde, um offensichtlich die Zwecke der *Miranda Warnings* zu vereiteln.<sup>118</sup> Infolgedessen durften die Aussagen des Beschuldigten nicht verwertet werden. Auch wenn der Beschuldigte sich mit dem Verteidiger beraten hat, darf die Polizei keine Befragung des Beschuldigten in Abwesenheit seines Verteidigers initiieren (*Minnick rule*).<sup>119</sup> Der Schutz endet auch nicht, wenn der Beschuldigte sich mit seinem Verteidiger beraten hat.<sup>120</sup> Der Beschuldigte hat sowohl das Recht, sich vor der Vernehmung von einem Verteidiger beraten zu lassen, als auch das Recht, während der Vernehmung diesen Verteidiger dabeizuhaben, wenn er einen Rechtsbeistand fordert.<sup>121</sup> Durch die Anwesenheit des Verteidigers kann gewährleistet werden, dass die in der von der Regierung eingerichteten Umgebung gemachten Aussagen kein Ergebnis eines Zwangs sind.<sup>122</sup> Eine einmalige Beratung mit dem Verteidiger kann den Beschuldigten nicht des Risikos entheben, dass die Polizeibeamten hartnäckig versuchen, den Beschuldigten zum Rechtsverzicht zu überreden.<sup>123</sup> Somit lässt sich die *Edwards rule* dergestalt zusammenfassen, dass die Vernehmung unterbrochen werden muss, sobald der Beschuldigte einen Verteidiger verlangt. In einem solchen Fall darf die Polizei die Vernehmung in Abwesenheit des Verteidigers nicht fortsetzen, gleichgültig, ob sich der Beschuldigte vorher bereits mit seinem Verteidiger beraten hat oder nicht.<sup>124</sup>

---

<sup>115</sup> *U.S. v. Scott*, 693 F.3d 715, 720 (2012).

<sup>116</sup> *Carr v. Indiana*, 934 N.E.2d 1096 (2010).

<sup>117</sup> *Carr v. Indiana*, 934 N.E.2d 1096, 1104 (2010).

<sup>118</sup> *Carr v. Indiana*, 934 N.E.2d 1096, 1107 (2010).

<sup>119</sup> *Minnick v. Mississippi*, 498 U.S. 146, 152 (1990).

<sup>120</sup> *Minnick v. Mississippi*, 498 U.S. 146, 151, 152 (1990).

<sup>121</sup> *Minnick v. Mississippi*, 498 U.S. 146, 154 (1990).

<sup>122</sup> *Minnick v. Mississippi*, 498 U.S. 146, 152 (1990).

<sup>123</sup> *Minnick v. Mississippi*, 498 U.S. 146, 153 (1990).

<sup>124</sup> *Minnick v. Mississippi*, 498 U.S. 146, 153 (1990).

Weiterhin ist es nach der *Edwards rule* nicht ausgeschlossen, dass der Beschuldigte nach der Inanspruchnahme seines Verteidigerkonsultationsrechts auf dieses Recht wieder verzichtet; jedoch wird für diesen Verzicht vorausgesetzt, dass er selbst Gespräche mit den Polizeibeamten initiiert hat.<sup>125</sup>

Ein weiterer Unterschied zu den Grundsätzen bei der Inanspruchnahme des Schweigerechts besteht darin, dass nach der *Edwards rule* die Polizei den sich auf sein Verteidigerkonsultationsrecht berufenden Beschuldigten auch nicht zu einer anderen Strafsache vernehmen darf.<sup>126</sup> Deshalb ist die *Edwards rule* im Vergleich zu den Grundsätzen bei der Inanspruchnahme des Schweigerechts relativ rigoros.

Die Prinzipien der *Edwards rule* gelten nicht nur für die *custody*-Vernehmung. Ihr Anwendungsbereich wurde durch die *Jackson rule*, die dem Schutz des Rechts auf Verteidigerkonsultation aus dem 6. Zusatzartikel zur US-Bundesverfassung dient, auf spätere Verfahrensphasen erweitert.<sup>127</sup> Die *Jackson rule* verlangt, dass jeder Verzicht auf ein Verteidigerkonsultationsrecht für die von der Polizei initiierte Vernehmung ungültig ist, wenn der Beschuldigte bei der Anklageerhebung (*arraignment*) oder während vergleichbarer Prozessphasen<sup>128</sup> sein Recht auf Verteidigerkonsultation in Anspruch genommen und die Polizei danach die Vernehmung dennoch initiiert hat.<sup>129</sup> Allerdings wurde die *Jackson rule* vor einigen Jahren durch *Montejo v. Louisiana*<sup>130</sup> verworfen. Im *Montejo*-Fall hatte der Beschuldigte nach der Anklageerhebung durch gerichtliche Bestellung einen Pflichtverteidiger erhalten. Jedoch verzichtete der Beschuldigte in Anwesenheit der Polizei auf sein Verteidigerkonsultationsrecht, als er die Polizisten auf der Suche nach der Mordwaffe begleitete. Vor der Fahrt war der Beschuldigte nochmals über seine *Miranda*-Rechte belehrt worden. Der Supreme Court urteilte, dass der Rechtsverzicht gültig und die Initiierung der Vernehmung durch die Polizei nicht rechtswidrig war, da seitens des Beschuldigten kein Anspruch auf das Verteidigerkonsultationsrecht

---

<sup>125</sup> *Minnick v. Mississippi*, 498 U.S. 146, 156 (1990).

<sup>126</sup> *Maryland v. Shatzer*, 559 U.S. 98, 109 (2010).

<sup>127</sup> Die *Edwards rule* wirkt in der *custody*-Vernehmung und dient dem Schutz des Verteidigerkonsultationsrechts aus dem 5. Zusatzartikel; die Anwendung der *Jackson rule* steht im Kontext des Verteidigerkonsultationsrechts aus dem 6. Zusatzartikel, auf das sich der Beschuldigte nach dem formalen Beginn des akkusatorischen Verfahrens berufen kann. Ausführlich zur Differenzierung zwischen diesen beiden *rules* siehe *Dressler/Michaels*, *Understanding Criminal Procedure*, 6. Aufl., Band I, S. 509–511. Zum Beginn des akkusatorischen Prozesses siehe nächste Anm.

<sup>128</sup> Diese Beschreibung bezeichnet den Anfang des akkusatorischen Prozesses. Von diesem Zeitpunkt an ist das Verteidigerkonsultationsrecht aus dem 6. Zusatzartikel zur Verfassung anzuwenden. Der Supreme Court definiert in *Kirby v. Illinois*, 406 U.S. 682, 689 (1972), dass der akkusatorische Prozess durch „formal charge, preliminary hearing, indictment, information, or arraignment“ begonnen werden kann. Im Allgemeinen beginnt der akkusatorische Prozess mit dem ersten Erscheinen des Beschuldigten vor dem *magistrate* oder *judge*.

<sup>129</sup> *Michigan v. Jackson*, 475 U.S. 625, 636 (1986).

<sup>130</sup> *Montejo v. Louisiana*, 556 U.S. 778 (2009).

erhoben wurde<sup>131</sup> und der Beschuldigte auf das Recht verzichten kann, ungeachtet dessen, ob er einen Verteidiger hat oder nicht.<sup>132</sup> Der Supreme Court nahm dabei eine Abwägung von Kosten und Nutzen (*cost-benefit balancing*) vor, um zu entscheiden, ob die *Jackson rule* noch angewendet werden konnte.<sup>133</sup> Das Gericht erkannte, dass der Schutz aus der *Jackson rule*, der als Nutzen angesehen wird, für die Prozessphasen nach dem Beginn des akkusatorischen Prozesses schon durch andere überschneidende vorbeugende Maßnahmen, wie die *Miranda Warnings*, die *Edwards rule* und die *Minnick rule*, ausreichend gewährleistet werde.<sup>134</sup> Dabei sind die Kosten der *Jackson rule*, also die mögliche Freilassung des Beschuldigten aufgrund der Anwendung der *Exclusionary Rule*, größer als die der *Edwards rule* und anderer vorhandener Maßnahmen.<sup>135</sup> Aufgrund dessen hat der Supreme Court die Anwendung der *Jackson rule* abgelehnt. Nach den Begründungen zu diesem Fall kann weder die Inanspruchnahme des Verteidigerkonsultationsrechts durch den Beschuldigten bei der Anklageerhebung oder während vergleichbarer Prozessphasen noch die Bestellung eines Verteidigers durch das Gericht Anlass zu der Annahme bieten, dass alle nachfolgenden Rechtsverzichte des Beschuldigten in der von der Polizei initiierten Vernehmung ungültig sind.<sup>136</sup> Somit wird dem grundlegenden Gedanken der *Edwards rule* eine Grenze zugunsten des Aufklärungsinteresses gezogen.

#### 4. Anwendung verbotener Vernehmungsmethoden

In Bezug auf verbotene Vernehmungsmethoden spielt die Freiwilligkeit der Aussagen eine entscheidende Rolle bei der Bestimmung der Verwertbarkeit. Angesichts der Vielfältigkeit der Vernehmungspraxis kann eine einheitliche *bright-line rule* für alle verbotenen Vernehmungsmethoden nicht festgelegt werden. Die Frage der Verwertbarkeit von Aussagen bei der Anwendung verbotener Vernehmungsmethoden hängt nicht davon ab, ob eine *bright-line rule* verletzt wird, sondern von der Freiwilligkeit der Aussagen, über die unter Berücksichtigung der *totality of the circumstances*<sup>137</sup> zu entscheiden ist. Mit anderen Worten: Eine Aussage des Beschuldigten darf nicht als tatsächlich erzwungen betrachtet werden, nur weil die

<sup>131</sup> Vgl. *Montejo v. Louisiana*, 556 U.S. 778, 789, 790 (2009).

<sup>132</sup> *Montejo v. Louisiana*, 556 U.S. 778, 786 (2009).

<sup>133</sup> *Montejo v. Louisiana*, 556 U.S. 778, 793 (2009).

<sup>134</sup> *Montejo v. Louisiana*, 556 U.S. 778, 794–796 (2009).

<sup>135</sup> Vgl. *Montejo v. Louisiana*, 556 U.S. 778, 796 (2009).

<sup>136</sup> Leitsatz zum *Montejo*-Fall in der *Westlaw* Datenbank.

<sup>137</sup> *Illinois v. Dennis*, 373 Ill. App. 3d 30, 45 (2007). Nach dieser Rechtsprechung kommen bei der Berücksichtigung der *totality of the circumstances* folgende Faktoren in Betracht: Alter, Intelligenz, Ausbildung und Berufserfahrung des Beschuldigten, sein körperlicher Zustand, die Dauer der Vernehmung, ob er schon über seine *Miranda*-Rechte belehrt und ob er körperlich oder seelisch misshandelt worden ist, sowie Rechtmäßigkeit und Zeitdauer der Verhaftung.



*bright-line rule* der *Miranda Warnings* unterlassen wurde.<sup>138</sup> Nach US-amerikanischem Recht stellt eine unfreiwillige Aussage auch eine Verletzung der *due process*-Klausel dar, die zwingend zu einem Verwertungsverbot führt.

#### a) Zwang

Bei der Beurteilung der Freiwilligkeit, die für die Verwertbarkeit der Aussagen vorausgesetzt wird, spielt unvermeidlich ein gewisser Zwang (*coercion*) bei der polizeilichen Vernehmung eine Rolle.<sup>139</sup> Daher befassen sich die US-amerikanischen Diskussionen über verbotene Vernehmungsmethoden vornehmlich mit dem Zwang und weiteren Kategorien, die in der deutschen Rechtsordnung als selbstständige verbotene Methoden betrachtet und dem Zwang zugeordnet werden. Als physischer Zwang werden u.a. Misshandlung und körperliche Eingriffe, Prügel<sup>140</sup> und der Entzug von Nahrung, Wasser oder Schlaf über lange Zeit<sup>141</sup> angesehen; dadurch entstandene Aussagen dürfen nicht verwertet werden, weil sie unfreiwillig gemacht wurden und die *due process*-Klausel dadurch verletzt wurde.<sup>142</sup> Kategorisch verboten<sup>143</sup> sind auch Drohungen mittels physischen Zwangs wie z.B. ein Gewehr neben dem Ohr des Beschuldigten abzufeuern,<sup>144</sup> den Beschuldigten der physischen Misshandlung anderer Vernommener beiwohnen zu lassen<sup>145</sup> oder den Beschuldigten einer schmerzhaften Untersuchung zu unterziehen.<sup>146</sup> Dazu gehören selbstverständlich auch Formen des psychologischen und gleichzeitig physischen Zwangs,<sup>147</sup> herbeigeführt z.B. durch Ermüdung infolge einer 36-stündigen Vernehmung ohne Unterbrechung<sup>148</sup> oder auch durch emotionale Manipulation des Beschuldigten, indem dieser mitten in der Nacht von einem Polizisten vernommen wurde, mit dem ihn seit Jahren eine enge Freundschaft verband.<sup>149</sup> Die daraus re-

<sup>138</sup> *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298, 310 (1985).

<sup>139</sup> Vgl. *Inbau/Reid/Buckley/Jayne*, Criminal Interrogation and Confessions, S. 594.

<sup>140</sup> *Brown v. Mississippi*, 297 U.S. 278, (1936): In diesem Fall wurden drei Schwarze der Tat beschuldigt, ausgepeitscht und brutal geprügelt. Einer von ihnen wurde an einen Baum gehängt und so lange ausgepeitscht, bis er ein Geständnis abgab; *Fikes v. Alabama*, 352 U.S. 191 (1957): Der Beschuldigte wurde mit einem Knüppel auf den Kopf geschlagen.

<sup>141</sup> *Brooks v. Florida*, 389 U.S. 413 (1967); *Reck v. Pate*, 367 U.S. 433 (1961).

<sup>142</sup> Vgl. *Gardner/Anderson*, Criminal Evidence, S. 284.

<sup>143</sup> Vgl. *Cammack*, in: Thaman (Hrsg.), Exclusionary Rules in Comparative Law, S. 23.

<sup>144</sup> *Beecher v. Alabama*, 389 U.S. 35 (1967).

<sup>145</sup> *Inbau/Reid/Buckley/Jayne*, Criminal Interrogation and Confessions, S. 598.

<sup>146</sup> *Dressler/Michaels*, Understanding Criminal Procedure, 6. Aufl., Band I, S. 403 f.

<sup>147</sup> *Dressler/Michaels*, Understanding Criminal Procedure, 6. Aufl., Band I, S. 404 f.

<sup>148</sup> *Ashcraft v. Tennessee*, 322 U.S. 143 (1944). Nach Ansicht von *Inbau/Reid/Buckley/Jayne*, Criminal Interrogation and Confessions, S. 597, gibt es keine festgelegte zeitliche Grenze für Vernehmungen. Es wird jedoch akzeptiert, dass eine vier Stunden dauernde Vernehmung innerhalb der angemessenen Grenzen liegt.

<sup>149</sup> *Spano v. New York*, 360 U.S. 315 (1959).

sultierenden Aussagen dürfen nicht verwertet werden. Auch der durch Drohung mit unzulässigen Maßnahmen erzeugte Zwang ist verboten und das daraus folgende Geständnis aufgrund der Verletzung der *due process*-Klausel unverwertbar.<sup>150</sup> Dabei ist nicht nur das durch Zwang erlangte verbale Geständnis unzulässig; darüber hinaus sind zur Erlangung eines Geständnisses auch weitere physische, den Körper des Beschuldigten beeinträchtigende Zwänge, wie z.B. die zwangsweise Verabreichung von Brechmitteln, unzulässig, und die gewonnenen Resultate sind unverwertbar, weil das Verhalten zur Geständnisgewinnung besonders ungerecht sowie willkürlich erscheint (*shock the conscience*) und diese Methode das Gerechtigkeitsempfinden verletzt, so dass eine Verletzung der *due process*-Klausel anzunehmen ist.<sup>151</sup>

Das Versprechen von Vorteilen führte früher zur Unverwertbarkeit der Aussagen, weil der Beschuldigte dadurch indirekt zu einer Äußerung „gezwungen“ wurde.<sup>152</sup> Der Supreme Court ist in *Arizona v. Fulminante*<sup>153</sup> von dieser Auffassung abgewichen und hat dies damit begründet, dass das Versprechen von Vorteilen nur einen Teil der *totality of the circumstances* zur Bestimmung der Freiwilligkeit darstellt.<sup>154</sup> Nur das Versprechen von Vorteilen allein kann nicht zur Unverwertbarkeit der Aussagen führen, und heutzutage neigen im Vergleich zu früher weniger Gerichte dazu, das hierauf basierende Geständnis als ungültig zu werten.<sup>155</sup> Der empirische Grund liegt darin, dass ein Versprechen von Vorteilen die Entscheidung des Beschuldigten nicht in solchem Maße beeinflussen kann, dass von einem unfreiwilligen Geständnis ausgegangen werden muss.<sup>156</sup> Der Supreme Court hat diesbezüglich sogar befunden: “police are free to solicit confessions by offering to reduce the charges, so an offer of leniency was not coercion”.<sup>157</sup> Allerdings wird allgemein anerkannt, dass eine komplette Immunität von der Klageerhebung als Gegenleistung für ein Geständnis Unfreiwilligkeit bewirken kann und somit ein Verwertungsverbot entsteht.<sup>158</sup>

<sup>150</sup> *Lynumn v. Illinois*, 372 U.S. 528 (1963). In diesem Fall wurde der Beschuldigten damit gedroht, dass sie keine staatliche finanzielle Unterstützung mehr bekommen und die Vormundschaft für ihre Kinder verlieren würde, wenn sie kein Geständnis ablegte.

<sup>151</sup> *Rochin v. California*, 342 U.S. 165, 172–174 (1952).

<sup>152</sup> *Bram v. U.S.*, 168 U.S. 532 (1897); *Dressler/Michaels*, *Understanding Criminal Procedure*, 6. Aufl., Band I, S. 405. Vgl. auch *Broun* (Hrsg.), *McCormick on Evidence*, Band I, S. 845.

<sup>153</sup> *Arizona v. Fulminante*, 499 U.S. 279 (1991).

<sup>154</sup> *Broun* (Hrsg.), *McCormick on Evidence*, Band I, S. 846.

<sup>155</sup> *Dressler/Michaels*, *Understanding Criminal Procedure*, 6. Aufl., Band I, S. 405. Ähnlich *Cammack*, in: Thaman (Hrsg.), *Exclusionary Rules in Comparative Law*, S. 23.

<sup>156</sup> *Broun* (Hrsg.), *McCormick on Evidence*, Band I, S. 847.

<sup>157</sup> *U.S. v. Harris*, 914 F.2d 927, 933 (1990).

<sup>158</sup> *Broun* (Hrsg.), *McCormick on Evidence*, Band I, S. 847.

## b) Täuschung

Ein Wandel der Rechtsprechung macht sich bei der Anwendung von Täuschung im Rahmen der Vernehmung bemerkbar. Schon im *Miranda*-Fall wurde erklärt, dass ein unter Täuschung erreichter Verzicht des Beschuldigten auf seine *Miranda*-Rechte als unfreiwillig gilt.<sup>159</sup> Allerdings haben sich nicht alle darauf folgenden Entscheidungen daran gehalten.<sup>160</sup> Demzufolge macht die Anwendung von Täuschung das daraus stammende Geständnis nicht zwingend unfreiwillig.<sup>161</sup> Erlaubt sind falsche Tatsachenbehauptungen, die sich z.B. auf das Vorhandensein belastender Sachbeweise im Besitz der Polizei,<sup>162</sup> das Auffinden von Fingerabdrücken<sup>163</sup> oder das Ablegen von Geständnissen durch Mitbeschuldigte beziehen.<sup>164</sup> Es kann außerdem kein Verwertungsverbot entstehen, wenn die Vernehmung ursprünglich wegen einer leichten Straftat initiiert wurde und später einen Mord zum Gegenstand hatte.<sup>165</sup> Unrichtige Behauptungen zu Rechtsfragen, z.B. wenn dem Beschuldigten erklärt wurde, dass er sich bei seiner Aussage im Strafverfahren gegen einen anderen nicht in Anklagegefahr befand, wurden weder als Zwang in solchem Maße angesehen, dass seine Aussage als unfreiwillig galt, noch als Zeichen so unerhörten polizeilichen Verhaltens, dass *shock the conscience* vorlag und die *due process rights* des Beschuldigten verletzt wurden; Verwertungsverbote aufgrund der unrichtigen Behauptungen zu Rechtsfragen können daher nicht entstehen.<sup>166</sup>

Dass Täuschung nicht als verbotene Vernehmungsmethode angesehen wurde, gründet darauf, dass das US-amerikanische Recht bisher noch nicht einheitlich und klar die Frage beantwortet hat, warum eine durch Rechtsdurchsetzungsorgane gegenüber dem Beschuldigten ausgeübte Täuschung unangemessen ist.<sup>167</sup> Im Allgemeinen vertreten die unteren Gerichte in ihren Entscheidungen die Ansicht, dass die Täuschung allein für den Ausschluss der Aussagen nicht ausreichend ist und daher nur einen von mehreren zu berücksichtigenden Faktoren bei der Beurteilung der Freiwilligkeit darstellt.<sup>168</sup> Dabei ist die *totality of the circumstances* einzu- beziehen.<sup>169</sup> Allerdings hat die Rechtsprechung auch nicht klargestellt, unter welchen Umständen eine Täuschung als schwer genug gilt, um Unfreiwilligkeit nahe-

---

<sup>159</sup> *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 476 (1966).

<sup>160</sup> *Broun* (Hrsg.), McCormick on Evidence, Band I, S. 852.

<sup>161</sup> *Cammack*, in: Thaman (Hrsg.), Exclusionary Rules in Comparative Law, S. 23.

<sup>162</sup> *State v. Kelekolio*, 849 P.2d 58 (1993).

<sup>163</sup> *Lucero v. Kerby*, 133 F.3d 1299 (1998).

<sup>164</sup> *Frazier v. Cupp*, 394 U.S. 731 (1969).

<sup>165</sup> *Colorado v. Spring*, 479 U.S. 564 (1987).

<sup>166</sup> Vgl. *U.S. v. Byram*, 145 F.3d 405 (1998).

<sup>167</sup> *Broun* (Hrsg.), McCormick on Evidence, Band I, S. 851.

<sup>168</sup> *Broun* (Hrsg.), McCormick on Evidence, Band I, S. 852.

<sup>169</sup> *Inbau/Reid/Buckley/Jayne*, Criminal Interrogation and Confessions, S. 609.

zulegen.<sup>170</sup> Dazu existieren verschiedene Ansätze in der Rechtsprechung.<sup>171</sup> Beispielsweise ist der Supreme Court von *South Carolina* der Ansicht, dass eine Täuschung keine derartige Auswirkung auf das Aussageverhalten des Beschuldigten haben kann, solange der Beschuldigte die Entscheidung für ein Geständnis nach Abwägung konkurrierender Interessen getroffen hat.<sup>172</sup> Obwohl Täuschung in den USA allgemein zulässig ist, darf ihre Anwendung durch die Polizei nicht als besonders ungerecht und willkürlich erscheinen (*shock the conscience*), z.B. wenn ein Polizist vorgibt, Pfarrer oder Rechtsanwalt zu sein.<sup>173</sup>

Im Folgenden werden einige Einzelthemen aus dem Bereich der Täuschung erörtert.

#### aa) Lockspitzel-Fälle

Den Lockspitzel-Fällen im Sinne des deutschen Rechts entspricht im US-amerikanischen Recht die Verleitung zu einer Straftat (*entrapment*). Der Einsatz eines Lockspitzels ist im Zuge der Ermittlungen erlaubt, soweit gegen den Beschuldigten ein begründeter Verdacht (*reasonable suspicion*)<sup>174</sup> vorliegt, was als Voraussetzung für den Schutz für private Interessen und Freiheit dient.<sup>175</sup> In den USA können Spitzel bei Ermittlungen wegen unterschiedlichster Straftaten eingesetzt werden; jedoch betreffen die meisten Fälle Drogendelikte.<sup>176</sup> Die Lockspitzel-Aktivität darf keine zu starke Verleitung oder Beteiligung (*overinvolvement*) bezüglich einer Straftat implizieren; deshalb hat die Rechtsprechung dafür die Grenze des *due process* gezogen.<sup>177</sup> Nach Ansicht der Rechtsprechung ist bei der Grenzziehung zu berücksichtigen, ob *reasonable suspicion* besteht und ob eine noch extremere Ermittlungsmethode verfassungsrechtlich erlaubt wäre.<sup>178</sup> Folglich kann der Beschuldigte, wenn durch den Lockspitzel-Einsatz diese Grenze überschritten wurde, nicht verurteilt werden.<sup>179</sup>

<sup>170</sup> Broun (Hrsg.), McCormick on Evidence, Band I, S. 852 f.

<sup>171</sup> Näheres dazu siehe Broun (Hrsg.), McCormick on Evidence, Band I, S. 853–855.

<sup>172</sup> *State v. Register*, 476 S.E.2d 153, 158 (1996).

<sup>173</sup> *Inbau/Reid/Buckley/Jayne*, Criminal Interrogation and Confessions, S. 486.

<sup>174</sup> Beim Ergreifen einer Maßnahme soll die Polizei einen gewissen Verdacht gegen den Beschuldigten haben. *Reasonable suspicion* ist in diesem Zusammenhang schwächer als *probable cause*, aber stärker als ein unvollständiger und nicht spezifizierter Verdacht oder eine Vermutung. Der Begriff *reasonable suspicion* stammt aus *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968). Vgl. auch die Erörterung zu diesem Fall unten im Zweiten Teil, II.D.2.b)aa).

<sup>175</sup> Vgl. *LaFave/Israel/King/Kerr*, Criminal Procedure, § 5.4(b).

<sup>176</sup> *LaFave/Israel/King/Kerr*, Criminal Procedure, § 5.1(c).

<sup>177</sup> Fälle, in denen die Grenze des *due process* nicht verletzt wurde, sind z.B. *U.S. v. Russell*, 411 U.S. 423 (1973) und *Hampton v. U.S.*, 425 U.S. 484 (1976). Ein Fall, in dem diese Grenze überschritten wurde, ist z.B. *U.S. v. Twigg*, 588 F.2d 373 (1978).

<sup>178</sup> Vgl. *LaFave/Israel/King/Kerr*, Criminal Procedure, § 5.4(c); *U.S. v. Twigg*, 588 F.2d 373 (1978).

<sup>179</sup> *U.S. v. Twigg*, 588 F.2d 373 (1978).

## bb) Hörfälle

Im US-amerikanischen Recht könnte die Hörfälle, sprich das Abhören eines fernmündlichen Gespräches zwischen dem Beschuldigten und seiner Bezugs- oder Kontaktperson mit Hilfe eines Zweithörers oder am Telefonhörer der Bezugs- oder Kontaktperson, die Problematik der *interception of communication* tangieren, welche *wiretapping* und *eavesdropping* umfasst und in späteren Abschnitten<sup>180</sup> thematisiert wird. Allerdings stellt ein Abhören am Zweithörer kein *wiretapping* dar, weil 18 U.S.C. § 2510 (5) klar vorgeschrieben hat, dass Telefone oder Fernsprechapparate, die von Telekommunikationsdiensten im gewöhnlichen Geschäftsverkehr oder vom Teilnehmer oder Anschlussinhaber zwecks Anschluss an die Telefonleitung installiert und vom Teilnehmer oder Anschlussinhaber im gewöhnlichen Betriebsablauf benutzt werden, keine Vorrichtungen zur *interception of communication* sind.<sup>181</sup> Das Mithören am selben Telefonhörer, der von der Bezugs- oder Kontaktperson des Beschuldigten benutzt wird, ist ebenfalls kein *eavesdropping*, weil das Telefon nach 18 U.S.C. § 2510 (5) keine Abhörvorrichtung ist, sondern es um ein Abhören mit dem bloßen Ohr geht.<sup>182</sup>

Diese beiden Möglichkeiten der Hörfälle stellen auch keine *search* im Sinne des 4. Zusatzartikels dar, welche als Oberbegriff für die *interception of communication* dient. Der Grund für diesen Ausschluss ist darin zu sehen, dass ein Abhören mit Zustimmung eines der Kommunikationsbeteiligten keinen Eingriff in die Privatsphäre bzw. keine *search* im Sinne des 4. Zusatzartikels darstellt.<sup>183</sup> er begründet sich aber auch dadurch, dass niemand seinen Gesprächspartner zur Verheimlichung des Gesprächsinhalts zwingen darf<sup>184</sup> und folglich mit dem Risiko gerechnet werden muss, dass der Gesprächspartner, auch ohne Informant zu sein, das Gespräch von anderen über einen Zweithörer abhören lässt<sup>185</sup> oder den Inhalt des Gesprächs der Polizei mitteilen kann.<sup>186</sup> In einem solchen Fall darf der Gesprächspartner des Beschuldigten auch gleichzeitig Tonaufzeichnungen anfertigen.<sup>187</sup>

---

<sup>180</sup> Vgl. unten Zweiter Teil, II.D.5.a).

<sup>181</sup> Dies wird im US-amerikanischen Recht als *extension telephone exception* bezeichnet.

<sup>182</sup> *People v. Giannopoulos*, 20 Ill.App.3d 338, 342 (1974).

<sup>183</sup> *Clark v. State*, 2 Md.App. 756, 766 (1968); *Olney v. U.S.*, 380 F.2d 28 (1967).

<sup>184</sup> *State v. Hulsey*, 15 Ohio App.2d 153, 157 (1968).

<sup>185</sup> *Commonwealth v. Douglas*, 354 Mass. 212, 221 (1968); *Amsler v. U.S.*, 381 F.2d 37, 49 (1967). Ähnlich *Hoffa v. U.S.*, 385 U.S. 293, 303 (1966).

<sup>186</sup> *People v. Giannopoulos*, 20 Ill.App.3d 338, 342 (1974). Ähnlich *Hoffa v. U.S.*, 385 U.S. 293, 303 (1966).

<sup>187</sup> *People v. Giannopoulos*, 20 Ill.App.3d 338, 342 (1974); *Commonwealth v. Douglas*, 354 Mass. 212, 221, 222 (1968); *Amsler v. U.S.*, 381 F.2d 37, 50 (1967). Es gibt weitere Fälle, in denen eine Tonbandaufnahme als *interception of communication* gilt. Dazu *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 3:29.

Im Kontext der Beschuldigtenvernehmung könnte die Hörfalle den 5. Zusatzartikel zur US-Bundesverfassung betreffen. Allerdings hat der Supreme Court schon 1966 deutlich hervorgehoben, dass die selbstbelastenden Aussagen des Beschuldigten keineswegs ein Ergebnis von Zwangsausübung sind, wenn er die Aussagen freiwillig aus falschem Vertrauen zu einer Person gemacht hat.<sup>188</sup> Es wird außerdem vertreten, dass eine erfolgreiche Täuschung nicht mit Zwang gleichgestellt werden kann.<sup>189</sup>

### cc) Zellenspitzel-Fälle

Zellenspitzel-Fälle werden im US-amerikanischen Recht mit Hilfe des 6. Zusatzartikels über das Verteidigerkonsultationsrecht entschieden. Im Fall *Massiah v. U.S.*<sup>190</sup> agierte ein Mitbeschuldigter später als Informant der Polizei und führte mit dem gegen Kautio freigelassenen Beschuldigten Gespräche, die Letzteren belasteten. Diese Gespräche wurden abgehört. Obwohl es sich im *Massiah*-Fall um ein abgehörtes Gespräch außerhalb des Gefängnisses handelte, wiederholte der Supreme Court in der Folge seine Meinung zur Zellenspitzel-Problematik. Seiner Ansicht nach wird das Recht auf Verteidigerkonsultation aus dem 6. Zusatzartikel verletzt, wenn die Polizei dem Beschuldigten die belastenden Aussagen in Abwesenheit seines Verteidigers vorsätzlich entlockt (*deliberate elicitation*), nachdem die Anklage erhoben wurde bzw. ein akkusatorischer Prozess begonnen hat<sup>191</sup> (sogenannte *Massiah rule*).<sup>192</sup> Die belastenden Aussagen dürfen nicht als Beweise benutzt werden. In Zellenspitzel-Fällen greift nach dem Supreme Court der 6. Zusatzartikel erst, wenn die Polizei die Aussagen des Beschuldigten durch *deliberate elicitation* herbeiführt.<sup>193</sup> Mit anderen Worten: Ein Verwertungsverbot kann aufgrund der Verletzung des 6. Zusatzartikels entstehen, wenn die polizeilichen Handlungen zum Erheben der Beschuldigtenaussagen einer *deliberate elicitation* entsprechen. Dieser Maßstab wurde später durch die Rechtsprechung weiter ausgeführt.<sup>194</sup> Hat ein Informant nur passiv zugehört und keine Fragen gestellt und sind die Gegebenheiten keiner direkten polizeilichen Vernehmung gleichgestellt, so handelt es sich demnach nicht um *deliberate elicitation* und der 6. Zusatzartikel wird demzu-

<sup>188</sup> *Hoffa v. U.S.*, 385 U.S. 293, 302–304 (1966).

<sup>189</sup> *Powers v. Coe*, 728 F.2d 97, 106 (1984).

<sup>190</sup> *Massiah v. U.S.*, 377 U.S. 201 (1964).

<sup>191</sup> Siehe dazu Anm. 128 oben Zweiter Teil, II.B.3).

<sup>192</sup> *Massiah v. U.S.*, 377 U.S. 201, 206 (1964). Die *Massiah rule* verkörpert sinngemäß auch die Prinzipien der *Edwards rule*. Dazu vgl. *U.S. v. Jacques*, 684 F.3d 324, 330 (2012).

<sup>193</sup> *Dressler/Michaels*, Understanding Criminal Procedure, 6. Aufl., Band I, S. 504.

<sup>194</sup> *U.S. v. Henry*, 447 U.S. 264 (1980) und *Maine v. Moulton*, 474 U.S. 159 (1985); für eine Zusammenfassung siehe *Dressler/Michaels*, Understanding Criminal Procedure, 6. Aufl., Band I, S. 504–506.

folge nicht berührt.<sup>195</sup> In einem solchen Fall ist kein Verwertungsverbot anzunehmen.<sup>196</sup> Das US-amerikanische Recht erkennt in dieser Fallgruppe außerdem eine Verpflichtung des Staates an, den sich aus der Berufung auf das Verteidigerkonsultationsrecht ergebenden Schutz für den Beschuldigten durch einen Zellenspitzel-Einsatz nicht zu umgehen.<sup>197</sup>

Wenn eine Person dem Beschuldigten aus eigener Initiative heraus belastende Aussagen entlockt und zwischen ihr und der Regierung keine Beziehung besteht, lassen die Bundesgerichte die Anwendung der dargestellten Grundsätze nicht zu.<sup>198</sup>

### 5. Verstöße gegen Anwesenheitsrechte des Beschuldigten bzw. seines Verteidigers

Grundsätzlich sind alle Zeugen, die von Seiten der Anklage und der Verteidigung aufgerufen werden, in der Hauptverhandlung durch Kreuzverhör von beiden Parteien zu vernehmen, außer wenn die Zeugen unerreichbar sind. Eine mit dem deutschen Recht vergleichbare richterliche Vernehmung des Zeugen im Vorverfahren, an der sich der Beschuldigte bzw. sein Verteidiger beteiligen kann, gibt es in den USA nicht. Gelegentlich kann eine Zeugenvernehmung vor einem Richter im Rahmen einer Überprüfung der Anklage im Zuge eines *preliminary hearing* stattfinden. Voraussetzung dafür ist allerdings eine schwere Straftat.<sup>199</sup> Doch das entspricht nicht der richterlichen Zeugenvernehmung im deutschen Recht, weil die Zeugenvernehmung in den USA nur vor dem Richter und nicht durch diesen durchgeführt wird.

Als *preliminary hearing* wird eine akkusatorische Prozessphase vor dem Richter oder dem *magistrate* bezeichnet, in welcher der Staatsanwalt und der Beschuldigte ihre Beweise präsentieren können.<sup>200</sup> Dieser Vorgang dient der Überprüfung, ob *probable cause* zur Annahme vorliegt, dass der Beschuldigte die Straftat begangen hat, und ob Anklage gegen ihn vor Gericht zu erheben ist.<sup>201</sup> Beide Parteien sind zur Beweisführung berechtigt; jedoch ist diese Präsentation ungleichmäßig und

---

<sup>195</sup> *Kuhlmann v. Wilson*, 477 U.S. 436, 459 (1986).

<sup>196</sup> Vgl. *U.S. v. Jacques*, 684 F.3d 324, 330, 331 (2012).

<sup>197</sup> *Maine v. Moulton*, 474 U.S. 159, 176 (1985).

<sup>198</sup> Am. Jur. 2d, Criminal Law § 1013.

<sup>199</sup> In den USA kommen nur wenige der schweren Fälle für diese Überprüfung der Anklage in Betracht, da sich die meisten Fälle während des Prozesses anderweitig erledigen. Für einen Überblick siehe *Steury/Frank*, Criminal Court Process (Chinesische Übersetzung), S. 45.

<sup>200</sup> Vgl. *Steury/Frank*, Criminal Court Process (Chinesische Übersetzung), S. 399; Corpus Juris Secundum, Criminal Procedure and Rights of Accused § 21.

<sup>201</sup> Vgl. *Steury/Frank*, Criminal Court Process (Chinesische Übersetzung), S. 399; Corpus Juris Secundum, Criminal Procedure and Rights of Accused § 21.

sogar einseitig.<sup>202</sup> In den meisten Fällen präsentiert nur die Anklageseite ihre Beweise.<sup>203</sup> Die Rechte des Beschuldigten im *preliminary hearing* können durch Lockerung der Beweis- und Prozessregeln und durch Beschränkung des Rechts auf ein Kreuzverhör des Zeugen sowie des Rechts auf Beweisführung auf die Frage des *probable cause* beschnitten werden.<sup>204</sup> Dabei ist die Praxis in den USA unterschiedlich.<sup>205</sup> Weil einige Bundesstaaten *hearsay*-Beweise im *preliminary hearing* akzeptieren, wird die Zeugenvernehmung besonders dadurch eingespart, dass die Ermittlungsbeamten die außergerichtlichen Zeugnisse wichtiger Zeugen verlesen dürfen.<sup>206</sup> Der Verteidiger kann in einem solchen Fall die Ermittlungsbeamten befragen; jedoch wird meist darauf verzichtet.<sup>207</sup> In einigen Bundesstaaten, die in dieser Prozessphase die Beweisregeln streng einhalten und *hearsay*-Beweise somit als unzulässig erachten, ist die Phase des *preliminary hearing* in der Praxis oft kurz, da die Verteidigung keine Einwände erhebt, keine Beweise führt, keine Zeugen benennt und sogar auf das Kreuzverhör verzichtet.<sup>208</sup>

Ob ein Zeuge im *preliminary hearing* ohne Anwesenheit des Beschuldigten Zeugnis abgelegt hat, berührt grundsätzlich nicht die Frage der Verwertbarkeit des Zeugnisses in der Hauptverhandlung. Zum einen hat der Beschuldigte nach der noch jungen Entscheidung des *United States Court of Appeals for the 9th Circuit*<sup>209</sup> kein Recht auf Konfrontation mit dem Zeugen im *preliminary hearing*. Wenn das Anwesenheitsrecht des Beschuldigten bei der Zeugenvernehmung also im *preliminary hearing* nicht gewährleistet wird, besteht kein Rechtsverstoß gegen das Anwesenheitsrecht, und die Möglichkeit eines Verwertungsverbots aufgrund eines Rechtsverstoßes ist ausgeschlossen, weil das durch den 6. Zusatzartikel garantierte Konfrontationsrecht des Beschuldigten nicht für das *preliminary hearing* gilt.<sup>210</sup> Zum anderen darf die Zeugenaussage aus dem *preliminary hearing* aufgrund der *confrontation clause* nicht als Beweis in das Hauptverfahren eingeführt und verwertet werden, außer wenn der Zeuge unerreichbar ist und der Beschuldigte zuvor eine Chance zum Kreuzverhör des Zeugen hatte.<sup>211</sup>

---

<sup>202</sup> *Steury/Frank*, Criminal Court Process (Chinesische Übersetzung), S. 400; Corpus Juris Secundum, Criminal Procedure and Rights of Accused § 35.

<sup>203</sup> Corpus Juris Secundum, Criminal Procedure and Rights of Accused § 35.

<sup>204</sup> Corpus Juris Secundum, Criminal Procedure and Rights of Accused § 33.

<sup>205</sup> *Steury/Frank*, Criminal Court Process (Chinesische Übersetzung), S. 400.

<sup>206</sup> *Steury/Frank*, Criminal Court Process (Chinesische Übersetzung), S. 400.

<sup>207</sup> *Steury/Frank*, Criminal Court Process (Chinesische Übersetzung), S. 400.

<sup>208</sup> *Steury/Frank*, Criminal Court Process (Chinesische Übersetzung), S. 400. Vgl. auch *Paulsen*, ZStW 77 (1965), 648.

<sup>209</sup> *Peterson v. California*, 604 F.3d 1166 (2010).

<sup>210</sup> Zu dieser Ansicht gibt es neben *Peterson v. California*, 604 F.3d 1166 (2010) auch andere Entscheidungen, wie *U.S. v. Harris*, 458 F.2d 670, 677–78 (1972); *U.S. v. Andrus*, 775 F.2d 825, 836 (1985).

<sup>211</sup> *Peterson v. California*, 604 F.3d 1166, 1170 Fn. 2 (2010).



Ein Verwertungsverbot aufgrund eines Verstoßes gegen das Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der Zeugenvernehmung könnte im US-amerikanischen Strafverfahrensrecht dann entstehen, wenn die frühere Zeugenaussage wegen der Unerreichbarkeit des Zeugen zum Hauptverfahren zugelassen wird. Grundsätzlich erfordert dies die Befriedigung des Konfrontationsrechts des Beschuldigten und verlangt unter Umständen, dass der Beschuldigte durch einen Verteidiger bei der früheren Zeugenvernehmung ausreichende Chancen zum Kreuzverhör des Zeugen gehabt hat.<sup>212</sup> Im Fall *Pointer v. Texas*<sup>213</sup> hatte der Beschuldigte keinen Verteidiger beim Kreuzverhör des Zeugen im *preliminary hearing*. Der Supreme Court befand in diesem Fall, dass bei Zulassung der Zeugenaussage als Beweis im Hauptverfahren wegen der Unerreichbarkeit des Zeugen dem Beschuldigten die Vorteile des Kreuzverhörs durch den Verteidiger entzogen würden.<sup>214</sup> Das Verfassungsrecht in Form des Konfrontationsrechts des Beschuldigten wird dadurch verletzt; daher ist die Zeugenaussage unverwertbar.

In Bezug auf die Beschuldigtenvernehmung unterscheidet das US-amerikanische Recht grundsätzlich zwischen dem Ermittlungsverfahren und der Hauptverhandlung. Im Ermittlungsverfahren gilt der 5. Zusatzartikel im Verein mit den *Miranda Warnings* als rechtliche Grundlage für das Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der Beschuldigtenvernehmung. Das Anwesenheitsrecht des Verteidigers beruht in der Hauptverhandlung, genauer gesagt nach dem Beginn des akkusatorischen Prozesses, typischerweise nach Erhebung der Anklage auf dem 6. Zusatzartikel.<sup>215</sup>

Vor Beginn der Diskussion ist es notwendig zu erwähnen, dass die Vernehmung des Beschuldigten im Vorverfahren nicht durch einen Richter durchgeführt wird, sondern vor einem Richter, wie bei der Zeugenvernehmung im *preliminary hearing* durch die Prozessparteien. Da sich die Diskussion zum Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der Beschuldigtenvernehmung hierbei auf das Vorverfahren beschränkt, ist vor allem die *custody*-Vernehmung durch die Polizei oder eventuell durch die Staatsanwaltschaft betroffen. Dabei ist der Beschuldigte durch die *Miranda Warnings* über seine *Miranda*-Rechte zu belehren. Fehlt die Belehrung über sein Recht auf Verteidigerkonsultation, darf wie bereits erwähnt die Aussage oder das Geständnis des Beschuldigten nicht verwertet werden. Wenn das Verteidigerkonsultationsrecht verwehrt oder verhindert würde und der Verteidiger dadurch bei der *custody*-Vernehmung nicht anwesend sein kann, käme ein Verwertungsverbot aufgrund der Verletzung der *Edwards rule* bzw. der Verletzung des 5. und 14. Zusatzartikels in Betracht.<sup>216</sup>

---

<sup>212</sup> *Pointer v. Texas*, 380 U.S. 400, 407 (1965).

<sup>213</sup> *Pointer v. Texas*, 380 U.S. 400 (1965).

<sup>214</sup> *Pointer v. Texas*, 380 U.S. 400, 403 (1965).

<sup>215</sup> Am. Jur. 2d, Criminal Law § 1093.

<sup>216</sup> *Edwards v. Arizona*, 451 U.S. 477, 480 (1981).

Obwohl der 6. Zusatzartikel im Wesentlichen in der Hauptverhandlung Anwendung findet, gibt es im Vorverfahren doch einige Prozessphasen bezüglich der Beschuldigtenvernehmung, in denen das Anwesenheitsrecht des Verteidigers aus dem 6. Zusatzartikel hervorgeht, weil der akkusatorische Prozess initiiert wird<sup>217</sup> oder es um eine kritische Phase – *critical stage*<sup>218</sup> – des Prozesses geht.<sup>219</sup> Im Vorverfahren kann der akkusatorische Prozess durch das *preliminary hearing* und unter Umständen sogar durch die *initial appearance*<sup>220</sup> initiiert werden. Was die *critical stage* betrifft, existiert noch keine einheitliche Meinung darüber, zu welchem Zeitpunkt sich der Prozess in dieser kritischen Phase befindet.<sup>221</sup> Es wurde vorgebracht, dass es bei der Bestimmung der *critical stage* nicht nur auf die Form des Prozesses ankommt, sondern auch auf die Umstände des Falles.<sup>222</sup> Folglich kann die *critical stage* nicht nur nach dem offiziellen Verlesen der Anklageschrift, sondern unter Umständen auch während der Ermittlung vorliegen.<sup>223</sup> Im Fall *Escobedo v. Illinois*,<sup>224</sup> zwei Jahre vor dem *Miranda*-Fall, wurde dem Beschuldigten bei der *custody*-Vernehmung mitgeteilt, dass ein Tatverdacht gegen ihn besteht und er in diesen Fall verwickelt sein könnte. Der Wunsch des Beschuldigten, sich mit seinem Rechtsanwalt zu beraten, wurde aber abgelehnt. Der Supreme Court führte dazu aus, dass der Prozess keine allgemeine Ermittlung und der Beschuldigte nunmehr Angeklagter war, als sein Wunsch nach einem Rechtsanwalt abgelehnt wurde. Angesichts der Unkenntnis des Beschuldigten über das Anwesenheitsrecht des Verteidigers hat der Supreme Court angenommen, dass ein Rechtsbeistand für den Beschuldigten notwendig gewesen sei. Daher stellte diese Vernehmung sich als eine

---

<sup>217</sup> Der akkusatorische Prozess wird durch *formal charge*, *preliminary hearing*, *indictment*, *information*, or *arraignment* initiiert. Siehe *Moore v. Illinois*, 434 U.S. 220, 226–227 (1977); Am. Jur. 2d, Criminal Law § 1093.

<sup>218</sup> In der Rechtsprechung wurde schon vor *Moore v. Illinois*, 434 U.S. 220 (1977) der *critical stage*-Test angewandt. Siehe *Agabin*, A.L.R.3d 1269, § 3. In Am. Jur. 2d, Criminal Law § 1094 wird zu *critical stage* Folgendes gesagt: “The term “critical stage” has been defined as any stage of the prosecution, formal or informal, in court or out, where the absence of counsel might derogate from the accused’s right to a fair trial. The term has alternately been defined as any stage where the defendant’s substantial rights may be affected or where assistance of counsel is necessary to ensure a meaningful defense, or to cope with legal problems, or to assist in meeting the adversary.”

<sup>219</sup> *Montejo v. Louisiana*, 556 U.S. 778, 786 (2009). Vgl. auch *U.S. v. Mitlo*, 714 F.2d 294, 296 (1983).

<sup>220</sup> *Rothgery v. Gillespie County*, 554 U.S. 191, 213 (2008): “a criminal defendant’s initial appearance before a judicial officer, where he learns the charge against him and his liberty is subject to restriction, marks the start of adversary judicial proceedings that trigger attachment of the Sixth Amendment right to counsel.”

<sup>221</sup> Am. Jur. 2d, Criminal Law § 1093 hat dafür beispielhaft die konkreten Möglichkeiten aufgelistet, es gibt jedoch keine einstimmige Definition. Die Rechtsprechung hat hierbei viel Interpretationsspielraum.

<sup>222</sup> *Agabin*, A.L.R.3d 1269, § 3.

<sup>223</sup> *Agabin*, A.L.R.3d 1269, § 3.

<sup>224</sup> *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964).

*critical stage* dar. Wenn ein akkusatorischer Prozess initiiert wird oder eine *critical stage* erreicht ist, soll dem Beschuldigten bei seiner Vernehmung ein Rechtsanwalt gemäß dem 6. Zusatzartikel gewährleistet sein; bei Verletzung des Anwesenheitsrechts folgt daraus ein Verwertungsverbot. Das Recht auf Verteidigung ist ein grundlegendes Recht im Strafverfahren und wird von der *due process*-Klausel umfasst. Die Ablehnung dieses Rechts stellt eine Versagung fundamentaler Gerechtigkeit dar und erscheint nach dem allgemeinen Gerechtigkeitsempfinden als besonders ungerecht und willkürlich (*shocking to the universal sense of justice*).<sup>225</sup> In einer anderen Strafsache wird dazu erläutert, dass die Abwesenheit des Verteidigers in einer *critical stage* ein verfassungsrechtlicher Fehler sei, obwohl es noch nicht um die Hauptverhandlung ging.<sup>226</sup> In Bezug auf *preliminary hearing* wird außerdem anerkannt, dass der Rechtsbeistand für den Schutz vor falscher oder unangebrachter Anklage notwendig ist.<sup>227</sup>

Noch nicht klar begründet und bestimmt ist indes, ob im Vorverfahren bei der Vernehmung des Beschuldigten, in der das Anwesenheitsrecht seines Verteidigers auf dem 6. Zusatzartikel beruht, eine Pflicht zur Belehrung des Beschuldigten über sein Recht auf Rechtsbeistand besteht, wie dies auch bei den *Miranda Warnings* in der *custody*-Vernehmung der Fall ist.

## C. Ausschluss der Zeugenvernehmung

### 1. Allgemeines

Aufgrund der US-amerikanischen Prozessstruktur und ihrer Prinzipien finden sich in dieser Rechtsordnung kaum Verwertungsverbote im Zusammenhang mit der Zeugenvernehmung, sondern mehrere Beweiserhebungsverbote im Sinne der deutschen Definition. Abweichend gegenüber dem vorherigen Abschnitt wird dieser in Bezug auf Zeugenvernehmung „Ausschluss der Zeugenvernehmung“ betitelt. Die Gründe dafür sind folgende: Zum einen gibt es im US-amerikanischen Recht grundsätzlich keine Beweiserhebung hinsichtlich des Zeugnisses im Vorverfahren. Alle Zeugen müssen prinzipiell persönlich in der Hauptverhandlung Zeugnis ablegen. Die Zeugenaussagen aus den vorherigen Befragungen oder Vernehmungen von Zeugen durch Polizei, Staatsanwaltschaft oder Verteidiger und Beschuldigten sind im US-amerikanischen Recht keine Beweise, sondern eher Materialien zur Vorbereitung des Hauptverfahrens. Daher gibt es im US-amerikanischen Recht kein (unselbstständiges) Verwertungsverbot im Sinne des deutschen Rechts, da nach der deutschen Definition der Grund für die Unverwertbarkeit der Beweise in der rechtswidrigen Beweiserhebung entsteht, und konkret im deutschen Recht bei

---

<sup>225</sup> Vgl. *Betts v. Brady*, 316 U.S. 455, 462 (1942).

<sup>226</sup> *French v. Jones*, 332 F.3d 430, 438 (2003).

<sup>227</sup> *Coleman v. Alabama*, 399 U.S. 1, 9 (1970).

Zeugnissen häufig im Zusammenhang mit der rechtswidrigen Zeugenvernehmung durch Polizei oder Staatsanwaltschaft im Vorverfahren.

Zum anderen hat die Beweiserhebung durch Zeugenvernehmung im Hauptverfahren mit einer Belehrungspflicht grundsätzlich nichts zu tun. Es gibt in den USA für Zeugen rechtlich geschützte Privilegien, die sich aus dem *Common Law* herausgebildet haben und gelegentlich auf Bundesebene oder bundesstaatlicher Ebene kodifiziert sind.<sup>228</sup> Gemäß solchen Privilegien muss ein Zeuge nicht aussagen, wenn ein besonderes Vertrauensverhältnis besteht, und sich vor allem nicht über „privilegierte Kommunikation“ äußern. Die Geltendmachung solcher Privilegien setzt grundsätzlich keine Rechtsbelehrungen bzw. keine amtliche Belehrungspflicht voraus, sondern die Inanspruchnahme der Privilegien durch die Rechtsinhaber, z.B. durch den Einwand gegen die Vernehmung. Wird ein Privileg erfolgreich geltend gemacht, findet die Zeugenvernehmung nicht statt. Ausgeschlossen ist dadurch die mit dem deutschen Recht vergleichbare Möglichkeit, dass ein Verwertungsverbot aufgrund eines Erhebungsfehlers – typischerweise aufgrund einer fehlenden Rechtsbelehrung – entstehen kann. Häufig kann der Zeuge schon auf sein Privileg verzichtet haben, indem er bereits im Vorverfahren über seine privilegierte Kommunikation ausgesagt hat. Diesen Rechtsverzicht kann er grundsätzlich später, auch im Hauptverfahren, nicht widerrufen. Die Privilegien, aus denen sich Zeugnisverweigerungsrechte im US-amerikanischen Recht ergeben, betreffen wie im deutschen Recht familiäre, berufliche oder dienstliche Verhältnisse.

## **2. Ausschluss der Zeugenvernehmung aufgrund des Zeugnisverweigerungsrechts aus familiärem Grund**

In den USA ist das Zeugnisverweigerungsrecht aus familiärem Grund auf Bundesebene und auf Bundesstaatenebene unterschiedlich anerkannt oder gesetzlich geregelt. Eine generelle Privilegierung für Familienmitglieder besteht bei den meisten Gerichten nicht.<sup>229</sup> Aufgrund der kulturellen Traditionen gibt es familiäre Privilegien nur in geringem Umfang.<sup>230</sup> In manchen Bundesstaaten ist das *parent-child privilege* anerkannt, welches aber nicht für erwachsene Kinder gilt.<sup>231</sup> In den *Federal Rules of Evidence* ist das *parent-child privilege* nicht niedergeschrieben. Die meisten Gerichte sowohl auf Bundesebene als auch auf Bundesstaatenebene haben

---

<sup>228</sup> Im Allgemeinen gilt für die Privilegien das *Common Law*. Die gesetzlichen Vorschriften stellen sich nur als Deklaration der Privilegien dar. Es gibt auch Privilegien, die nicht vorgeschrieben sind, aber in der Rechtsprechung angewandt werden können. Vgl. auch Am. Jur. 2d, Witnesses § 274 und § 275; *Commonwealth v. Barroso*, 122 S.W.3d 554, 558 Fn. 1 (2003).

<sup>229</sup> *Imwinkelried*, *The New Wigmore: A Treatise on Evidence: Evidentiary Privileges* § 6.2.2.

<sup>230</sup> *Bradley*, GA 1985, 112.

<sup>231</sup> *People v. Johnson*, 84 N.Y.2d 956, 957 (1994).

in ihrer Praxis ein solches Privileg abgelehnt.<sup>232</sup> Auch ein Zeugnisverweigerungsrecht für Geschwister besteht im Allgemeinen nicht;<sup>233</sup> begründet wird dies damit, dass bei der Veröffentlichung der Kommunikation von Geschwistern kein verfassungsrechtlich geschützter Wert beeinträchtigt wird.<sup>234</sup> Nur das *husband-wife privilege* ist allgemein anerkannt, um die eheliche Harmonie und Stabilität zu fördern.<sup>235</sup>

Im US-amerikanischen Strafverfahren wird der Ehegatte des Beschuldigten aufgrund des *husband-wife privilege* grundsätzlich nicht als kompetenter Zeuge angesehen.<sup>236</sup> Die Rechtsprechung hat zwei Rechte innerhalb des *husband-wife privilege* entwickelt: das Recht zur Weigerung, ein für den Ehegatten ungünstiges Zeugnis abzulegen (*privilege against adverse spousal testimony*) und das Recht auf vertrauliche eheliche Kommunikation (*privilege for confidential marital communications*).<sup>237</sup> Auf Bundesstaatenebene ist das Vorgehen bezüglich dieser beiden aus dem *husband-wife privilege* stammenden Rechte unterschiedlich geregelt.<sup>238</sup> Die *Federal Rules of Evidence* schreiben in § 505 beide Rechte fest.

Das Recht zur Weigerung, ein für den Ehegatten ungünstiges Zeugnis abzulegen, gilt nach Meinung der meisten Gerichte für den Fall, in dem einer der Ehepartner der Beschuldigte ist.<sup>239</sup> Im Fall *Trammel v. U.S.*<sup>240</sup> wird aber anerkannt, dass nur der Zeuge, also der Ehegatte des Beschuldigten, Rechtsinhaber ist und dass der Beschuldigte keinen Anspruch auf Ausschluss des für ihn ungünstigen Zeugnisses hat, wenn sich sein Ehegatte freiwillig zur Äußerung gegen den Beschuldigten entscheidet.<sup>241</sup> Der Ehegatte darf in diesem Fall als Zeuge gegen den Beschuldigten mit Ausnahme der vertraulichen Kommunikation des Ehepaares über alles aussagen.<sup>242</sup>

<sup>232</sup> Am. Jur. 2d, Witnesses § 491.

<sup>233</sup> Am. Jur. 2d, Witnesses § 492.

<sup>234</sup> Vgl. Am. Jur. 2d, Witnesses § 492.

<sup>235</sup> Am. Jur. 2d, Witnesses § 281.

<sup>236</sup> *Broun* (Hrsg.), McCormick on Evidence, Band I, S. 437.

<sup>237</sup> *Weissenberger/Duane*, Federal Rules of Evidence: Rules, Legislative History, Commentary and Authority, S. 277–287; *Weinstein/Berger*, Weinstein's Federal Evidence, Band III, Stand: 2014, § 505.04–§ 505.15.

<sup>238</sup> Z.B. haben die Bundesstaaten Florida und Illinois nur das Recht auf vertrauliche eheliche Kommunikation festgelegt. In Texas ist außer dem Recht auf vertrauliche eheliche Kommunikation noch vorgeschrieben, dass die Ehefrau nicht als Zeugin vom Staat benannt werden darf. In Washington sind beide Rechte vorgesehen.

<sup>239</sup> *Weissenberger/Duane*, Federal Rules of Evidence: Rules, Legislative History, Commentary and Authority, S. 280.

<sup>240</sup> *Trammel v. U.S.*, 445 U.S. 40 (1980).

<sup>241</sup> *Weissenberger/Duane*, Federal Rules of Evidence: Rules, Legislative History, Commentary and Authority, S. 278; *Weinstein/Berger*, Weinstein's Federal Evidence, Band III, Stand: 2014, § 505.04; vgl. auch *Broun* (Hrsg.), McCormick on Evidence, Band I, S. 438; *U.S. v. Koehler*, 790 F.2d 1256 (1986); *U.S. v. Espino*, 317 F.3d 788 (2003); *U.S. v. Ramos-Oseguera*, 120 F.3d 1028 (1997); *Corn v. Zant*, 708 F.2d 549 (1982).

<sup>242</sup> *Weinstein/Berger*, Weinstein's Federal Evidence, Band III, Stand: 2014, § 505.05[1].

Das Recht auf vertrauliche eheliche Kommunikation verbietet es dem Ehepartner, über in der Ehe stattfindende vertrauliche Kommunikation Zeugnis abzulegen,<sup>243</sup> es sei denn, diese Kommunikation findet zur Förderung einer Straftat statt.<sup>244</sup> Das Recht ist stets gültig, auch wenn die Ehe geschieden ist.<sup>245</sup> Obwohl die Literatur darunter teilweise umfassende Formen der vertraulichen ehelichen Kommunikation versteht, die nicht nur mündlich oder schriftlich ablaufen, sondern auch aus anderen Kommunikationsformen wie Verhalten oder Tatsachen bestehen kann,<sup>246</sup> haben viele Gerichte die Beachtung der nonverbalen Formen abgelehnt.<sup>247</sup> Die Rechtsberechtigten sind die Ehepartner,<sup>248</sup> d.h. der Beschuldigte kann mit dem Argument der vertraulichen ehelichen Kommunikation zum Ausschluss der Zeugenvernehmung das Recht in Anspruch nehmen, auch wenn sein Ehegatte als Zeuge über eine solche Kommunikation aussagen will.<sup>249</sup>

Da die Zeugenvernehmung in den USA grundsätzlich von den Prozessparteien durchgeführt wird, findet hier nur ausnahmsweise eine richterliche Rechtsbelehrung gegenüber dem Zeugen über sein Zeugnisverweigerungsrecht statt. Die Praxis der Rechtsprechung zur Frage, ob der Zeuge vor seiner Vernehmung (inklusive seiner Vernehmung im Vorverfahren) eine Belehrung über das *husband-wife privilege* erhalten soll, ist unterschiedlich.<sup>250</sup> Wenn das *husband-wife privilege* geltend gemacht wird, findet eine Zeugenvernehmung nicht statt, was grundsätzlich in der Hand des Rechtsinhabers liegt. Der Rechtsinhaber soll demgemäß das Zeugnisverweigerungsrecht aus dem *husband-wife privilege* durch rechtzeitigen Einwand in Anspruch nehmen. Diese Inanspruchnahme des *husband-wife privilege* geschieht

<sup>243</sup> *Weinstein/Berger*, Weinstein's Federal Evidence, Band III, Stand: 2014, § 505.09.

<sup>244</sup> *Broun* (Hrsg.), McCormick on Evidence, Band I, S. 506.

<sup>245</sup> *Weinstein/Berger*, Weinstein's Federal Evidence, Band III, Stand: 2014, § 505.09; *Broun* (Hrsg.), McCormick on Evidence, S. 522; *Weissenberger/Duane*, Federal Rules of Evidence: Rules, Legislative History, Commentary and Authority, S. 283.

<sup>246</sup> Vgl. *Broun* (Hrsg.), McCormick on Evidence, Band I, S. 504; *Imwinkelried*, The New Wigmore: A Treatise on Evidence: Evidentiary Privileges § 6.7.3.

<sup>247</sup> *Broun* (Hrsg.), McCormick on Evidence, Band I, S. 505.

<sup>248</sup> *U.S. v. Lea*, 249 F.3d 632, 641 (2001); *Weissenberger/Duane*, Federal Rules of Evidence: Rules, Legislative History, Commentary and Authority, S. 283; *Weinstein/Berger*, Weinstein's Federal Evidence, Band III, Stand: 2014, § 505.09; *Broun* (Hrsg.), McCormick on Evidence, Band I, S. 517.

<sup>249</sup> *Weinstein/Berger*, Weinstein's Federal Evidence, Band III, Stand: 2014, § 505.09. Vgl. auch § 57-3-4 des *West Virginia Code*: "neither husband nor wife shall, without the consent of the other, be examined in any case as to any confidential communication made by one to the other while married, nor shall either be permitted, without such consent, to reveal in testimony after the marriage relation ceases any such communication made while the marriage existed"; *State v. Serrano*, 210 P.3d 892, 902 (2009).

<sup>250</sup> Bejaht wird dies z.B. in *Egbuka v. U.S.*, 968 A.2d 511, 520 (2009); *State v. Adamson*, 72 Ohio St. 3d 431, 434 (1995); vgl. auch *State v. Karwoski*, 1985 R.I. Super. LEXIS 209 (1985). Verneint wird die Frage z.B. in *State v. Okubo*, 99 Haw. 219, 221, 224 (2002); vgl. auch *U.S. v. McVeigh*, 940 F. Supp. 1541, 1565, 1566 (1996).

in Abwesenheit der Jury.<sup>251</sup> Der Staatsanwalt darf den Ehegatten nicht als Zeugen benennen, wenn er schon zuvor Kenntnis darüber hat, dass der Ehegatte kein Zeugnis ablegen möchte.<sup>252</sup> Andernfalls muss vor der Vereidigung des Zeugen ein Einwand gegen die Kompetenz des Zeugen (*voir dire examination*) eingelegt werden.<sup>253</sup> Gibt es keinen rechtzeitigen Einwand gegen die Zeugenvernehmung, wird dies als Verzicht auf das Privileg angesehen.<sup>254</sup> Der Richter ist nicht verpflichtet, das *husband-wife privilege* betreffende Zeugenaussagen auszuschließen.<sup>255</sup> Unter Umständen – in wenigen Fällen – kann der Richter das *husband-wife privilege* nach seinem Ermessen anwenden.<sup>256</sup>

### 3. Ausschluss der Zeugenvernehmung aufgrund des Auskunftsverweigerungsrechts

Den Begriff des Auskunftsverweigerungsrechts, das im deutschen Recht die Interessen des Zeugen betrifft, gibt es im US-amerikanischen Recht nicht. Jedoch darf ein Zeuge in den USA wegen der Selbstbelastungsfreiheit oder aus familiärem Grund eine Aussage verweigern. Das entspricht inhaltlich dem Auskunftsverweigerungsrecht.

Des Weiteren darf sich der Zeuge auf die Selbstbelastungsfreiheit aus dem 5. Zusatzartikel berufen, die ursprünglich dem Schutz des Beschuldigten dient.<sup>257</sup> Doch hat der Zeuge nicht das gleiche Recht auf Selbstbelastungsfreiheit wie der Beschuldigte, weil er als Zeuge nur auf Fragen, die zur Selbstbelastung führen könnten, nicht antworten muss.<sup>258</sup> Schon während der Ermittlung kann dem Zeugen der Schutz vor Selbstbelastung gemäß dem 5. Zusatzartikel zukommen.<sup>259</sup> Grundsätzlich hat er aber kein Recht darauf, sich über das Recht auf Selbstbelastungs-

---

<sup>251</sup> *Tallo v. U.S.*, 344 F. 2d 467, 470 (1965); *Weinstein/Berger*, Weinstein's Federal Evidence, Band III, Stand: 2014, § 505.08[1]; *Weissenberger/Duane*, Federal Rules of Evidence: Rules, Legislative History, Commentary and Authority, S. 281.

<sup>252</sup> *Weissenberger/Duane*, Federal Rules of Evidence: Rules, Legislative History, Commentary and Authority, S. 281; *Weinstein/Berger*, Weinstein's Federal Evidence, Band III, Stand: 2014, § 505.08[1].

<sup>253</sup> Vgl. *Broun* (Hrsg.), McCormick on Evidence, Band I, S. 460. Rechtsprechung z.B. *State v. Karwoski*, 1985 R.I. Super. LEXIS 209 (1985).

<sup>254</sup> *Broun* (Hrsg.), McCormick on Evidence, Band I, S. 517 f.

<sup>255</sup> *Kerlin v. State*, 352 So. 2d 45, 52 (1977).

<sup>256</sup> *Broun* (Hrsg.), McCormick on Evidence, Band I, S. 518.

<sup>257</sup> Der Supreme Court hat den Anwendungsbereich des 5. Zusatzartikels im Jahr 1924 auf den Zeugen erweitert. Siehe *Broun* (Hrsg.), McCormick on Evidence, Band I, S. 519.

<sup>258</sup> *Broun* (Hrsg.), McCormick on Evidence, Band I, S. 746.

<sup>259</sup> *Erdmann*, Die Ausdehnung der strafprozessualen Garantien der US-Bundesverfassung auf den Strafprozess der Einzelstaaten, S. 134; *The Georgetown Law Journal Annual Review of Criminal Procedure*, (2009) 38 Geo. L.J. Ann. Rev. Crim. Proc. 252; *U.S. v. Gillespie*, 974 F.2d 796, 803 (7th Cir. 1992).

freiheit belehren zu lassen.<sup>260</sup> Er muss bei der Beantwortung der Einzelfragen darauf achten, ob er sich mit seinen Antworten selbst belasten könnte und ob er sein Recht auf Selbstbelastungsfreiheit in Anspruch nehmen darf.<sup>261</sup> Macht der Zeuge das Recht geltend, so findet die Vernehmung bezüglich der selbstbelastenden Tatsachen nicht statt.

Seitens des Vernehmenden gibt es keine gesetzliche Belehrungspflicht über das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit,<sup>262</sup> und der Umgang mit der Belehrung variiert in der Praxis.<sup>263</sup> Eine Richtlinie (*policy*) des US-amerikanischen *Department of Justice* fordert die Staatsanwälte auf, die Zeugen durch die sogenannte *Advice of Rights* zu belehren.<sup>264</sup> Dies umfasst die Rechtsstellung des Zeugen sowie die Information über seine Rechte wie das Schweigerecht bezüglich selbstbelastender Tatsachen, wenn dieser die Zielperson der Ermittlung (*target*) ist oder in den Ermittlungsumfang gerät (*subject*) und er sich allem Anschein nach einer Vernehmung vor der *grand jury* zu unterziehen hat.<sup>265</sup> Allerdings sind solche Belehrungen nur interne Regeln, und es entsteht bei einer Verletzung der *Advice of Rights* kein Ausschluss des Zeugnisses.<sup>266</sup> Der Supreme Court hat gezeigt, dass die vollständigen *Miranda Warnings* für die Vernehmung des Zeugen nicht notwendig sind.<sup>267</sup> Die Bundesgerichte gehen davon aus, dass für die Zeugenvernehmung im *grand jury*-Prozess

<sup>260</sup> *Broun* (Hrsg.), *McCormick on Evidence*, Band I, S. 749.

<sup>261</sup> *Broun* (Hrsg.), *McCormick on Evidence*, Band I, S. 746.

<sup>262</sup> *Erdmann*, Die Ausdehnung der strafprozessualen Garantien der US-Bundesverfassung auf den Strafprozess der Einzelstaaten, S. 136.

<sup>263</sup> *Wigmore*, *Evidence in Trials at Common Law*, Band VIII, § 2269, S. 412; *Maguire*, *Evidence of Guilt*, S. 44; vgl. auch *Holderman/Redfern*, Symposium 2006: The changing face of white-collar crime: preindictment prosecutorial conduct in the federal system revisited, (2006) 96 *J. Crim. L. & Criminology* 555 f.

<sup>264</sup> *United States Attorneys' Manual*, title 9-11.151: "Advice of Rights: (1) The grand jury is conducting an investigation of possible violations of Federal criminal laws involving: (State here the general subject matter of inquiry, e.g., conducting an illegal gambling business in violation of 18 U.S.C. § 1955). (2) You may refuse to answer any question if a truthful answer to the question would tend to incriminate you. (3) Anything that you do say may be used against you by the grand jury or in a subsequent legal proceeding. (4) If you have retained counsel, the grand jury will permit you a reasonable opportunity to step outside the grand jury room to consult with counsel if you so desire. – Additional Advice to be Given to Targets: If the witness is a target, the above advice should also contain a supplemental warning that the witness's conduct is being investigated for possible violation of federal criminal law." Abrufbar unter [http://www.justice.gov/usao/eousa/foia\\_reading\\_room/usam/title9/11mcrim.htm#9-11.151](http://www.justice.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/title9/11mcrim.htm#9-11.151) [15.07.2018].

<sup>265</sup> *Holderman/Redfern*, Symposium 2006: The changing face of white-collar crime: preindictment prosecutorial conduct in the federal system revisited, (2006) 96 *J. Crim. L. & Criminology* 554.

<sup>266</sup> *U.S. v. Myers*, 123 F.3d 350, 355, 356 (1997); ähnlich *U.S. v. Quam*, 367 F.3d 1006 (2004).

<sup>267</sup> *Holderman/Redfern*, Symposium 2006: The changing face of white-collar crime: preindictment prosecutorial conduct in the federal system revisited, (2006) 96 *J. Crim. L. & Criminology* 555 f.



schon eine *Advice of Rights* genügt.<sup>268</sup> Die Belehrungen: „you have the right to refuse to answer any question if it would incriminate you...you have a right to consult with an attorney“ werden als ausreichende Information über das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit aus dem 5. Zusatzartikel akzeptiert.<sup>269</sup>

Im Hauptverfahren oder im *grand jury*-Prozess unterliegt die Belehrung über das Auskunftsverweigerungsrecht wegen Selbstbelastung dem Ermessen des Richters oder der *grand jury*.<sup>270</sup> Wenn der Richter befürchtet, dass sich der Zeuge durch seine Antwort auf die Frage selbst bezichtigen könnte, kann der Richter die Vernehmung anhalten, eine Belehrung erteilen und so dem Zeugen einen Widerruf seiner Aussagen ermöglichen.<sup>271</sup> Weder der Beschuldigte selbst noch der Staatsanwalt darf stellvertretend für den Zeugen das Recht in Anspruch nehmen;<sup>272</sup> sie können jedoch die Aufmerksamkeit des Gerichts darauf lenken, dass ihre Zeugen das Recht in Anspruch nehmen wollen.<sup>273</sup> Die Inanspruchnahme des Rechts durch den Zeugen oder die richterliche Ermittlung in Bezug auf die Berechtigung des Zeugen zum Recht auf Selbstbelastungsfreiheit hat in Abwesenheit der Jury, nämlich im *pretestimonial hearing*, stattzufinden.<sup>274</sup> Dabei wird ein Verzicht angenommen, wenn der Zeuge das Recht nicht geltend macht oder wenn er Zeugnis bezüglich der selbstbelastenden Tatsachen abgelegt hat.<sup>275</sup>

Wie im vorherigen Abschnitt erwähnt, ist beim Auskunftsverweigerungsrecht aus familiärem Grund hauptsächlich das *husband-wife privilege* betroffen. Das Privileg gilt auch für den Fall, dass ein Dritter Beschuldigter ist.<sup>276</sup> Der Zeuge darf in diesem Fall unter Berufung auf sein *husband-wife privilege* davon absehen, eine Aussage, die eventuell seinen Ehegatten beschuldigen könnte, abzugeben. In diesem Fall könnte dies den Beschuldigten begünstigen. Jedoch kann der Beschuldigte als Dritter gegenüber dem Ehepaar das Privileg zum Ausschluss der Zeugenvernehmung nicht geltend machen, auch wenn ihn das Zeugnis betrifft.<sup>277</sup> Für die

---

<sup>268</sup> *Holderman/Redfern*, Symposium 2006: The changing face of white-collar crime: preindictment prosecutorial conduct in the federal system revisited, (2006) 96 J. Crim. L. & Criminology 554.

<sup>269</sup> *U.S. v. Myers*, 123 F.3d 350, 353, 362 (1997).

<sup>270</sup> *Erdmann*, Die Ausdehnung der strafprozessualen Garantien der US-Bundesverfassung auf den Strafprozess der Einzelstaaten, S. 136; *Broun* (Hrsg.), *McCormick on Evidence*, Band I, S. 749 f.; vgl. auch *Wigmore*, *Evidence in Trials at Common Law*, Band VIII, § 2269, S. 412 f.

<sup>271</sup> *Broun* (Hrsg.), *McCormick on Evidence*, Band I, S. 750.

<sup>272</sup> *Wigmore*, *Evidence in Trials at Common Law*, Band VIII, § 2270, S. 414.

<sup>273</sup> *Broun* (Hrsg.), *McCormick on Evidence*, Band I, S. 749.

<sup>274</sup> *People v. Ford*, 754 P.2d 168, 174 (1988). Vgl. auch *Broun* (Hrsg.), *McCormick on Evidence*, Band I, S. 749.

<sup>275</sup> Vgl. *Broun* (Hrsg.), *McCormick on Evidence*, Band I, S. 749; *Wigmore*, *Evidence in Trials at Common Law*, Band VIII, § 2269, S. 456.

<sup>276</sup> *Am. Jur. 2d, Witnesses* § 291.

<sup>277</sup> *Martin v. State*, 203 Miss. 187, 192 (1948).

Geltendmachung dieses Auskunftsverweigerungsrechts aufgrund des *husband-wife privilege*, das zum Ausschluss der Zeugenvernehmung führen kann, gilt dasselbe wie beim Zeugnisverweigerungsrecht aufgrund des *husband-wife privilege*.

#### 4. Ausschluss der Zeugenvernehmung aufgrund der Zeugnisverweigerungsrechte aus beruflichen oder dienstlichen Gründen

Nach h.M.<sup>278</sup> darf der Zeuge, was das Zeugnisverweigerungsrecht aus beruflichen Gründen anbelangt, aufgrund folgender Privilegien die Aussage verweigern: *attorney-client privilege*, *clergy-parishioner privilege*, *physician-patient privilege* und *psychotherapist-patient privilege*. Wie das *husband-wife privilege* ist der überwiegende Teil der hier genannten Privilegien durch *Common Law* zustande gekommen. Zwar wurden die meisten dieser Privilegien nicht in die *Federal Rules of Evidence* aufgenommen und gelten als Supreme Court-Standard,<sup>279</sup> jedoch können sie in der Rechtsprechung Anwendung finden und sind teilweise auf Bundesstaatenebene kodifiziert.<sup>280</sup> Nur § 502 der *Federal Rules of Evidence* hat besonders über das *attorney-client privilege* hinsichtlich der *work-product protection* zu einer pragmatischen Lösung der Probleme aus der Praxis geführt.<sup>281</sup> Das *physician-patient privilege* wurde wegen der allgemein anerkannten zahlreichen Ausnahmen nicht in die *Federal Rules of Evidence* aufgenommen,<sup>282</sup> in der Rechtsprechung auf Bundesebene wird dieses Privileg abgelehnt.<sup>283</sup> Die meisten Bundesstaaten haben zwar das *physician-patient privilege* anerkannt,<sup>284</sup> aber die Anwendung wird durch Ausnahmeregelungen beschränkt,<sup>285</sup> und das Privileg wird sogar in einigen Bundesstaaten im Strafverfahren gar nicht angewandt.<sup>286</sup> Für den Zweck des Rechtsvergleichs ist hier neben den genannten Privilegien noch zu erwähnen, dass *news-gatherers*, *newspersons* oder *news reporters*, also Journalisten, in den USA aus

<sup>278</sup> Broun (Hrsg.), McCormick on Evidence, Band I, § 87–113; Weinstein/Berger, Weinstein's Federal Evidence, Band III, § 502, § 503, § 504, § 506 und § 514; Weissenberger/Duane, Federal Rules of Evidence: Rules, Legislative History, Commentary and Authority, § 501–502.

<sup>279</sup> Weinstein/Berger, Weinstein's Federal Evidence, Band III, Vorbemerkungen zu den §§ 503, 504, 506 der *Federal Rules of Evidence*.

<sup>280</sup> Z.B. das *clergy-parishioner privilege* und das *physician-patient privilege*. Siehe Weinstein/Berger, Weinstein's Federal Evidence, Band III, Vorbemerkungen zu § 506, § 514 der *Federal Rules of Evidence*.

<sup>281</sup> Vgl. Weinstein/Berger, Weinstein's Federal Evidence, Band III, Stand: 2013, § 502.02.

<sup>282</sup> Weinstein/Berger, Weinstein's Federal Evidence, Band III, Stand: 1998, § 514.01[2].

<sup>283</sup> Am. Jur. 2d, Witnesses § 398. Vgl. auch Weinstein/Berger, Weinstein's Federal Evidence, Band III, Stand: 2014, § 514.02.

<sup>284</sup> Weinstein/Berger, Weinstein's Federal Evidence, Band III, Stand: 2012 und 1998, § 514.11.

<sup>285</sup> Weinstein/Berger, Weinstein's Federal Evidence, Band III, Stand: 1998, § 514.11.

<sup>286</sup> Am. Jur. 2d, Witnesses § 415; Weinstein/Berger, Weinstein's Federal Evidence, Band III, Stand: 2008, § 514.13[2].

Sicht des Supreme Court kein absolutes Recht auf Antwortverweigerung zu relevanten und sachlichen Fragen bezüglich ihres Berufs haben.<sup>287</sup> Ein solches Privileg ergibt sich nach Ansicht des Supreme Court auch nicht aus dem 1. Zusatzartikel zur US-Bundesverfassung.<sup>288</sup> Allerdings erkennen einige Gerichte auf Bundesebene oder Bundesstaatenebene das Privileg an.<sup>289</sup> Hinsichtlich der Gesetzgebung haben einige Bundesstaaten ein sogenanntes *shield law* statuiert, welches es dem *news-gatherer* erlaubt, über die Herkunft aller von ihm beruflich erhaltenen Informationen zu schweigen.<sup>290</sup>

Allgemein gesagt dürfen Rechtsanwälte, Geistliche, Ärzte<sup>291</sup> und Psychotherapeuten<sup>292</sup> als Zeugen aufgrund ihrer Privilegien die Aussage über die Kommunikation verweigern, die zu Berufszwecken im Vertrauen stattgefunden hat.<sup>293</sup> Die Kommunikation mit solchen Berufsträgern unterliegt jedoch nicht dem Schutz der Privilegien, wenn sie Straftaten begünstigt.<sup>294</sup> Die vertrauliche Kommunikation kann der Rechtsprechung zufolge mündlich oder schriftlich ablaufen, aber nicht in Form einer Tatsache vorliegen, die ein Berufsträger aufgrund seiner beruflichen Beziehung zu dem Beschuldigten erfahren hat,<sup>295</sup> z.B. der Tatsache, wie die Handschrift des Beschuldigten aussieht.<sup>296</sup> Grundsätzlich können solche Privilegien nicht automatisch<sup>297</sup> auf das Strafverfahren Einfluss nehmen, sondern müssen durch rechtzeitigen Einwand gegen die die Privilegien betreffenden Aussagen geltend gemacht werden. Mandanten, Patienten und Gesprächspartner von Geistlichen können als Rechtsinhaber die Privilegien zur Verhinderung der Offenbarung der

---

<sup>287</sup> *U.S. v. Criden*, 633 F.2d 346, 357 (1980).

<sup>288</sup> Am. Jur. 2d, Witnesses § 496.

<sup>289</sup> Am. Jur. 2d, Witnesses § 496.

<sup>290</sup> Am. Jur. 2d, Witnesses § 494.

<sup>291</sup> Das *physician-patient privilege* gilt auch für Krankenschwestern und medizinische Gehilfen. Siehe Am. Jur. 2d, Witnesses § 413.

<sup>292</sup> Das *psychotherapist-patient privilege* gilt auch für lizenzierte Sozialarbeiter bei Psychotherapie, für klinische Sozialarbeiter und für den Fall, dass der Psychotherapeut die Drogenabhängigkeit eines Patienten behandelt. Siehe *Weinstein/Berger*, Weinstein's Federal Evidence, Band III, Stand: 2004, § 504.05[2], Stand: 2012, § 504.06[02]; Am. Jur. 2d, Witnesses § 412; *Weissenberger/Duane*, Federal Rules of Evidence: Rules, Legislative History, Commentary and Authority, S. 292.

<sup>293</sup> §§ 503, 504, 506 des vom Supreme Court vorgeschlagenen Entwurfs für *Federal Evidence Rules*.

<sup>294</sup> Z.B. beim *attorney-client privilege*. Siehe *Broun* (Hrsg.), McCormick on Evidence, Band I, S. 506 f.

<sup>295</sup> *Imwinkelried*, The New Wigmore: A Treatise on Evidence: Evidentiary Privileges § 6.7.1; vgl. auch *Broun* (Hrsg.), McCormick on Evidence, Band I, S. 547 f.

<sup>296</sup> Beispielsweise kann der Anwalt ungeachtet des *attorney-client privilege* aufgefordert werden, die Handschrift des Beschuldigten zu identifizieren. Siehe *Imwinkelried*, The New Wigmore: A Treatise on Evidence: Evidentiary Privileges § 6.7.1.

<sup>297</sup> Vgl. *Weinstein/Berger*, Weinstein's Federal Evidence, Band III, Stand: 2006, § 503.20[2].

vertraulichen Kommunikation in Anspruch nehmen; in ihrem Interesse können Rechtsanwälte, Psychotherapeuten und Geistliche auch die entsprechenden Privilegien geltend machen.<sup>298</sup> Grundsätzlich kann von jedem Beteiligten an der Kommunikation ein Einwand erhoben werden, und kein anderer als die Beteiligten hat das Recht zur Erhebung des Einwands.<sup>299</sup> Beim *attorney-client privilege* kann außerdem jeder Anwesende bei der Hauptverhandlung, wie beispielsweise der betroffene Rechtsanwalt oder eine Prozesspartei, das Gericht auf dieses Privileg aufmerksam machen, wenn der durch das *attorney-client privilege* geschützte Mandant entweder bei der Gerichtsverhandlung nicht zugegen oder keine Prozesspartei ist; der Richter darf – unter bestimmten Bedingungen – die Geltendmachung dieser Privilegien auch von Amts wegen veranlassen.<sup>300</sup> Wenn kein rechtzeitiger Einwand gegen die Aussagen erhoben wird, wird angenommen, dass auf die Privilegien verzichtet wird. Als Verzicht gilt es dabei ebenfalls, wenn ihre Rechtsinhaber freiwillig über die geschützte Kommunikation oder Information aussagen möchten<sup>301</sup> oder wenn ein solcher Informationsaustausch in Anwesenheit nicht benötigter Dritter stattgefunden hat.<sup>302</sup>

In Bezug auf das Zeugnisverweigerungsrecht aus dienstlichen Gründen werden im Folgenden die Verschwiegenheitspflicht bzw. die Privilegien von Richtern, Geschworenen und Staatsbeamten erörtert.

Laut § 605 der *Federal Rules of Evidence* darf der für einen Prozess zuständige Richter nicht als Zeuge in diesem Prozess Zeugnis ablegen. Das ist ein Zeugnisverweigerungsrecht, das sich aus den *Statutes* ergibt, das sich aber in einem anderen Sinne als das Zeugnisverweigerungsrecht aus dienstlichen Gründen darstellt. Grundsätzlich ist es dem Richter nicht verboten, den Urteilspruch in dem von ihm geleiteten Verfahren zu kommentieren oder nach der Verurteilung darüber auszusagen, was er während der vorausgegangenen Verhandlung gehört und gesehen hat.<sup>303</sup> Deswegen kann der Richter im Prinzip als Zeuge in einem Gerichtsverfahren, das er nicht leitet, über die Umstände, die er durch seine dienstliche Tätigkeit erfahren hat, aussagen.<sup>304</sup> Voraussetzung ist allerdings, dass die Gerichtsverhand-

---

<sup>298</sup> *Weinstein/Berger*, Weinstein's Federal Evidence, Band III, Stand: 2002, § 503.20[3], Stand: 2012, § 504.09 [1][a], Stand: 1997 und 2012, § 506.09[1], [2]; *Weissenberger/Duane*, Federal Rules of Evidence: Rules, Legislative History, Commentary and Authority, S. 275 f., 288 f.

<sup>299</sup> *Associates Discount Corp. v. Greisinger*, 103 F. Supp. 705 (1952).

<sup>300</sup> *Broun* (Hrsg.), McCormick on Evidence, Band I, S. 567; vgl. auch *Weinstein/Berger*, Weinstein's Federal Evidence, Band III, Stand: 2002, § 503.20[3].

<sup>301</sup> *Weinstein/Berger*, Weinstein's Federal Evidence, Band III, Stand: 2012, § 511.04[1].

<sup>302</sup> Vgl. *Weinstein/Berger*, Weinstein's Federal Evidence, Band III, Stand: 2012, § 511.04[2].

<sup>303</sup> *Weinstein/Berger*, Weinstein's Federal Evidence, Band III, Stand: 2012, § 605.02[3].

<sup>304</sup> Vgl. *Weinstein/Berger*, Weinstein's Federal Evidence, Band III, Stand: 2012, § 605.04. Der Richter wird jedoch normalerweise nicht vernommen, weil das Gerichtsprotokoll ein

lung, die der Richter als Vorsitzender geleitet hat, öffentlich war; ist dies nicht der Fall, z.B. in einem Jugendstrafverfahren, darf der Richter später weder über den Fall reden noch als Zeuge in einem anderen Prozess aussagen.<sup>305</sup> Eine explizite Dienstverschwiegenheitspflicht gibt es für Richter in den USA nicht. Beim *Appeal Court* findet die kollegiale Diskussion mehrerer Richter über einen Fall zwar unter Ausschluss der Öffentlichkeit statt, aber die Richter unterliegen nicht der Verschwiegenheitspflicht und können über die Diskussion aussagen.

Ähnlich wie der Richter darf auch ein Geschworener eines laufenden Verfahrens nicht als Zeuge im selben Verfahren aussagen.<sup>306</sup> Im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit darf ein Geschworener im Allgemeinen nach der Verurteilung nicht über die internen Überlegungen der Jury aussagen.<sup>307</sup> Ihm wird aber erlaubt, zum *impeachment of a verdict or indictment* auszusagen, so beispielsweise über Befangenheit oder unangemessene Einflüsse von außerhalb oder Fehler beim Eintragen des Verdikts ins Urteil.<sup>308</sup>

Das *governmental privilege* wird berührt, wenn es bei der Zeugenvernehmung zu einer Veröffentlichung der amtlichen Informationen kommt.<sup>309</sup> Es kann in das *state secrets privilege*, das *official information privilege* und das *executive privilege* unterteilt werden.<sup>310</sup> Die beiden erstgenannten Privilegien sind ausdrücklich im Supreme Court *Standard 509* beschrieben, der aber keine Regelung der *Federal Rules of Evidence* ist. Das *state secrets privilege* schützt solche auswärtigen und militärischen Informationen vor der Offenlegung, welche die Staatssicherheit gefährden könnten.<sup>311</sup> Das *official information privilege* schützt bestimmte Informationen im Gewahrsam einer Abteilung oder Agentur der Regierung vor der Offenlegung, die

---

Ersatzbeweis für das Zeugnis des Richters ist und der Protokollführer über die Umstände bei der fraglichen Verhandlung aussagen kann.

<sup>305</sup> Diese Informationen stammen aus dem Gespräch mit Professor *Kenneth Gallant* (*University of Arkansas at Little Rock*) am 20.03.2012 am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg.

<sup>306</sup> § 606 der *Federal Rules of Evidence*.

<sup>307</sup> *Weissenberger/Duane*, *Federal Rules of Evidence: Rules, Legislative History, Commentary and Authority*, S. 340; vgl. auch *Weinstein/Berger*, *Weinstein's Federal Evidence*, Band III, Stand: 2015, § 606.04[3][a].

<sup>308</sup> Z.B. Beeinflussung durch Medien oder Bücher, unbefugte Meinungen oder Untersuchungen, Bestechung oder Bedrohung der Geschworenen oder deren voreingenommene Kommunikation mit Prozessbeteiligten. Fehler beim Eintragen des Verdikts ins Urteil beschränken sich auf Schreibfehler. Siehe *Weissenberger/Duane*, *Federal Rules of Evidence: Rules, Legislative History, Commentary and Authority*, S. 338 f., 342 f.

<sup>309</sup> Das *governmental privilege* kann faktisch nicht nur bei Zeugenvernehmungen, sondern auch bei anderen prozessualen Handlungen betroffen sein. Vgl. auch *State ex rel. Shanahan v. Iowa Dist. Court for Iowa County*, 356 N.W.2d 523, 528 (1984): “[privilege]... may be invoked at any stage of a proceeding where confidential communications would otherwise be disclosed, not just when a witness is testifying”.

<sup>310</sup> *Weinstein/Berger*, *Weinstein's Federal Evidence*, Band III, Stand: 2008, § 509.03.

<sup>311</sup> *Weinstein/Berger*, *Weinstein's Federal Evidence*, Band III, Stand: 2008, § 509.03[2].

nicht an die Öffentlichkeit gelangen sollen.<sup>312</sup> Für das *executive privilege* gibt es keine einheitliche Definition, jedoch lässt sich generell sagen, dass es dem Schutz der Geheimhaltung von vertraulicher Kommunikation zwischen Beamten der Regierung dient, die während ihrer amtlichen Tätigkeit stattfand.<sup>313</sup> Darunter fällt zudem das *presidential communications privilege*, das dem US-Präsidenten das Recht einräumt, die Offenlegung der vertraulichen Kommunikation zwischen höherrangigen Regierungsbeamten abzulehnen.<sup>314</sup> Die Regierung ist nach dem Supreme Court *Standard* 509 zur Verweigerung der Herausgabe der durch das *governmental privilege* geschützten Beweismittel und zur Verhinderung der Preisgabe dieser Beweismittel durch andere Personen berechtigt. Um das Privileg zu verwirklichen, muss es aber grundsätzlich von der Regierung in Anspruch genommen werden. Nach dem Supreme Court *Standard* 509(c) soll bei Staatsgeheimnissen der Dienstvorgesetzte der für die in Frage stehenden geheimen Informationen zuständigen Abteilung oder Agentur das *state secrets privilege* im Prozess geltend machen; bei amtlichen Informationen kann das jeder Bevollmächtigte der Regierung sein, der das *official information privilege* genießt. Da es keine einheitliche Definition des *executive privilege* gibt, lässt sich der zur Inanspruchnahme dieses Privilegs Berechtigte nicht eindeutig identifizieren,<sup>315</sup> grundsätzlich bleibt das Recht aber bei der Regierung. Der Richter soll der Regierung einen Hinweis auf das *governmental privilege* geben, wenn es sehr wahrscheinlich ist, dass der Anspruch auf das Privileg angebracht wäre, und dieses wegen Übersehens oder aus Unkenntnis noch nicht geltend gemacht wurde.<sup>316</sup> Das *governmental privilege* ist allerdings kein absolutes Privileg, sondern nur ein qualifiziertes.<sup>317</sup> Demzufolge muss der Richter nach Inanspruchnahme des Privilegs in der Kammer ohne Beteiligung von Geschworenen (*in camera hearing*)<sup>318</sup> angesichts der Umstände des Einzelfalls, wie der Verfügbarkeit anderer Beweismittel, der Zuverlässigkeit der in Frage kommenden Beweismittel, der Art des Falles usw.,<sup>319</sup> die betroffenen Interessen abwägen, wie das Interesse an der Vertraulichkeit der Kommunikation, das Interesse der Regierung an der Erlangung

<sup>312</sup> *Weinstein/Berger*, Weinstein's Federal Evidence, Band III, Stand: 2008, § 509.03[3].

<sup>313</sup> Vgl. *Weinstein/Berger*, Weinstein's Federal Evidence, Band III, Stand: 2011, § 509.03[4]; Corpus Juris Secundum, Witnesses § 423; Am. Jur. 2d, Witnesses § 487.

<sup>314</sup> Vgl. Am. Jur. 2d, Witnesses § 487; *Weinstein/Berger*, Weinstein's Federal Evidence, Band III, Stand: 2011, § 509.03[4].

<sup>315</sup> Z.B. darf der US-Präsident oder Leiter der Regierung bzw. Regierungsabteilung das *executive privilege* je nach unterschiedlichen Definitionen des Privilegs in Anspruch nehmen. Siehe *Weinstein/Berger*, Weinstein's Federal Evidence, Band III, Stand: 2011, § 509.03[4], § 509.31.

<sup>316</sup> Supreme Court *Standard* 509(d).

<sup>317</sup> Vgl. Am. Jur. 2d, Witnesses § 484.

<sup>318</sup> *Weinstein/Berger*, Weinstein's Federal Evidence, Band III, Stand: 2009, § 509.43.

<sup>319</sup> Vgl. *Weinstein/Berger*, Weinstein's Federal Evidence, Band III, Stand: 2015, § 509.22[3].

freimütiger Angaben und das Interesse am fairen Verfahren,<sup>320</sup> und darüber entscheiden, ob ein *governmental privilege* anzuerkennen ist. Wenn das Privileg vom Gericht bestätigt wird, kann der Richter gemäß dem Supreme Court *Standard* 509(e) den Fall insoweit nach Ermessen behandeln, wie es für die Interessen der Justiz erforderlich ist, z.B. durch Ausschluss des Zeugnisses oder Ungültigerklärung des Verfahrens (*declare a mistrial*) usw. Dies alles liegt in der Hand des Gerichts, da hier schließlich der Strafprozess durch die Regierung initiiert und durch Behauptung des Privilegs dem Beschuldigten ein wichtiger Beweis entzogen wurde.<sup>321</sup>

## D. Beweisverwertungsverbote im Zusammenhang mit strafprozessualen Zwangsmaßnahmen

### 1. Allgemeines

Im US-amerikanischen Recht betreffen die strafprozessualen Zwangsmaßnahmen grundsätzlich nur eine einzige Vorschrift, den 4. Zusatzartikel zur US-Bundesverfassung:

The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

Der Begriff der Durchsuchung, *search*, im Sinne des 4. Zusatzartikels geht weiter als der verwandte Begriff im deutschen Recht. Demzufolge hat sich die Bedeutung von *search* über die Jahre ausgeweitet und umfasst nicht nur physische Eingriffe in verfassungsrechtlich geschützte Bereiche, wie *persons, houses, papers, and effects*, sondern auch Telekommunikationsüberwachung und Lauschangriffe usw., bei denen keine physischen Eingriffe in die Privatsphäre stattfinden.<sup>322</sup> So gilt jedes staatliche, die geschützte Privatsphäre tangierende Verhalten als Durchsuchung im Sinne von *search*.<sup>323</sup> Die sich an die *search* anschließende *seizure* bedeutet nicht nur Beschlagnahme der Gegenstände, sondern auch Aufzeichnung der Telekommunikation sowie Videoaufnahmen usw. *Search* und *seizure* sind damit Oberbegriffe für alle Zwangsmaßnahmen. Die Grundsätze der üblichen *search* gel-

<sup>320</sup> Vgl. *Weinstein/Berger*, Weinstein's Federal Evidence, Band III, Stand: 2015, § 509.22[1]; Am. Jur. 2d, Witnesses § 487.

<sup>321</sup> Vgl. *Weinstein/Berger*, Weinstein's Federal Evidence, Band III, Stand: 1997, § 509.46 [2].

<sup>322</sup> Für einen Überblick über diese Entwicklung siehe *Dressler/Michaels*, Understanding Criminal Procedure, 6. Aufl., Band I, S. 68–73; *Lützner*, Strafprozessuale Zwangs- und Überwachungsmaßnahmen im Recht der USA und der Bundesrepublik Deutschland, S. 57–60.

<sup>323</sup> *Lützner*, Strafprozessuale Zwangs- und Überwachungsmaßnahmen im Recht der USA und der Bundesrepublik Deutschland, S. 59.

ten auch bei anderen Arten von Zwangsmaßnahmen. Im Folgenden werden strafprozessuale Zwangsmaßnahmen im US-amerikanischen Recht im Einzelnen analysiert. Zuerst wird sich die Untersuchung mit der Durchsuchung beschäftigen, die der deutschen Definition am ehesten entspricht.

## 2. Beweisverwertungsverbote bei der Durchsuchung

### a) Allgemeines

Nach dem 4. Zusatzartikel kann die Durchsuchung einer Person, eines Hauses, der Papiere und sonstiger Habe (*effects*) angeordnet werden. Eine Durchsuchung kann unter den gleichen Voraussetzungen des 4. Zusatzartikels sowohl gegen den Beschuldigten als auch gegen einen Dritten gerichtet werden.<sup>324</sup> Neben den im 4. Zusatzartikel erwähnten Gegenständen gehören zum Schutzbereich ebenfalls Privatgrundstücke, die sogenannte *curtilage*, die im direkten Zusammenhang mit der Privatsphäre des Hauses stehen. Bereiche außerhalb der *curtilage*, nämlich solche im sogenannten *open field*, in dem das Individuum keinen berechtigten Anspruch auf Privatsphäre (*reasonable expectation of privacy*) hat, genießen nicht den Schutz des 4. Zusatzartikels.<sup>325</sup> Zur sonstigen Habe des Durchsuchten zählen u.a. Fahrzeuge und Behälter (*containers*) wie Gepäckstücke, Pakete und Handtaschen.<sup>326</sup> Der Zweck der Durchsuchung nach dem 4. Zusatzartikel besteht im Auffinden der Beweise.<sup>327</sup>

Die Durchsuchungsanordnung (der sogenannte *warrant*) wird von einem Richter oder einem *magistrate* erlassen.<sup>328</sup> Eine Anordnung ist nicht notwendig, wenn die Durchsuchung mit einer Verhaftung oder vorläufigen Festnahme verbunden ist, wenn es um die Durchsuchung eines Fahrzeugs bei einer Verkehrskontrolle geht oder wenn Gefahr im Verzug (*exigent circumstances*) anzunehmen ist. *Exigent circumstances* liegen vor, wenn z.B. während der Einholung der Durchsuchungsanordnung Beweismittel vernichtet werden könnten oder der Beschuldigte sich der

<sup>324</sup> *Zurher v. Stanford Daily*, 436 U.S. 547 (1978); Lütznert, Strafprozessuale Zwangs- und Überwachungsmaßnahmen im Recht der USA und der Bundesrepublik Deutschland, S. 103; Dressler/Michaels, Understanding Criminal Procedure, 6. Aufl., Band I, S. 121.

<sup>325</sup> Emanuel, Criminal Procedure, 31. Aufl., S. 22; Lütznert, Strafprozessuale Zwangs- und Überwachungsmaßnahmen im Recht der USA und der Bundesrepublik Deutschland, S. 63 f.; Dressler/Michaels, Understanding Criminal Procedure, 6. Aufl., Band I, S. 85–88.

<sup>326</sup> Lütznert, Strafprozessuale Zwangs- und Überwachungsmaßnahmen im Recht der USA und der Bundesrepublik Deutschland, S. 66.

<sup>327</sup> Früher wurde vertreten, dass eine Durchsuchung nur zum Auffinden von *fruits of a crime*, *instrumentalities of a crime* oder *contraband* stattfinden darf. Durch *Warden v. Hayden*, 387 U.S. 294 (1967) wurde der Zweck der Durchsuchung um das Auffinden von *mere evidence* erweitert. Siehe Dressler/Michaels, Understanding Criminal Procedure, 6. Aufl., Band I, S. 120 f.

<sup>328</sup> Emanuel, Criminal Procedure, 31. Aufl., S. 55.



Verhaftung oder Festnahme entziehen könnte.<sup>329</sup> Obwohl der 4. Zusatzartikel die Anforderungen für einen *warrant* vorgeschrieben hat, stellt die vorherige Anordnung in der Praxis allerdings die Ausnahme dar.<sup>330</sup> Dies folgt daraus, dass einerseits die Art der polizeilichen Tätigkeit schnelles Handeln erfordert und andererseits das Ziel der Überprüfung der polizeilichen Handlungen durch eine neutrale Instanz vereitelt werden könnte, wenn sich der Richter einer Flut von Anträgen gegenübergestellt sehen würde.<sup>331</sup>

In der US-amerikanischen Rechtsprechung wird oft zuerst untersucht, ob das polizeiliche Verhalten überhaupt als Durchsuchung anzuerkennen ist, wenn es um die Zulässigkeit der daraus erlangten Beweise geht. Handelt es sich bei dem polizeilichen Verhalten um keine Durchsuchung, so wird der Vorgang ohne vorherige Anordnung nicht als Verstoß gegen den 4. Zusatzartikel eingestuft. Somit kommt auch der Ausschluss der Beweise nicht in Betracht. Des Weiteren entsteht bei der Durchsuchung ein Spannungsfeld zwischen Privatsphäre und staatlichem Eingriff. Ein Beispiel dafür sind die Entscheidungen zum *open field* und zur *curtilage*. In *Oliver v. U.S.*<sup>332</sup> betreten Polizeibeamte ungeachtet des Schildes *No Trespassing* ein umzäuntes und durch ein Tor verschlossenes Privatgrundstück; sie entdeckten ein Marihuana-Feld, wobei sie keinen *warrant* hatten und kein *probable cause* vorlag. Der Supreme Court sah diesen betroffenen Bereich nach zwei Maßstäben des *Katz-Falls*<sup>333</sup> nur als *open field*.<sup>334</sup> *Open field* definiert nicht die Umgebung für die persönlichsten Aktivitäten, die durch den 4. Zusatzartikel vor den Eingriffen der Regierung geschützt werden.<sup>335</sup> Der Schutz des 4. Zusatzartikels erstreckt sich bis zur *curtilage*, also dem Bereich unmittelbar um das Haus, in dem die persönlichsten Aktivitäten in Verbindung mit der Unantastbarkeit des Hauses und mit der Privatsphäre stattfinden.<sup>336</sup> Folglich ist die *curtilage* faktisch Teil des Hauses.<sup>337</sup> Daher handelt es sich in diesem Fall nicht um einen bei der *search* geschützten Bereich, und die erlangten Beweise sind verwertbar. Später hat der Supreme Court vier Faktoren zur Bestimmung des Bereichs der *curtilage* definiert. Diese sind die Nähe des Bereichs zum Haus, die Lage des Bereichs innerhalb einer Umzäunung um das Haus, die alltägliche Nutzung des Bereichs und Maßnahmen des Betroffe-

---

<sup>329</sup> *Dressler/Michaels*, Understanding Criminal Procedure, 6. Aufl., Band I, S. 179.

<sup>330</sup> Vgl. *Kamisar*, (1983)16 Creighton L. Rev. 569.

<sup>331</sup> Vgl. *LaFave*, Search and Seizure, Band II, § 4.1 (b), S. 572 und S. 568.

<sup>332</sup> *Oliver v. U.S.*, 466 U.S. 170 (1984).

<sup>333</sup> Zum einen, ob eine Person erkennen lässt, dass sie effektiv (subjektiv) auf den Schutz ihrer Privatsphäre vertraut, und zum anderen, ob die Gesellschaft bereit ist, diese Erwartung als gerechtfertigt (*reasonable*) anzuerkennen. Siehe *Katz v. U.S.*, 389 U.S. 347, 361 (1967).

<sup>334</sup> *Oliver v. U.S.*, 466 U.S. 170, 176–178 (1984).

<sup>335</sup> *Oliver v. U.S.*, 466 U.S. 170, 179 (1984).

<sup>336</sup> *Oliver v. U.S.*, 466 U.S. 170, 180 (1984).

<sup>337</sup> *Oliver v. U.S.*, 466 U.S. 170, 180 (1984).

nen zum Schutz vor Einblick der Passanten.<sup>338</sup> Dabei ist der primäre Fokus darauf zu legen, ob der Bereich für persönlichste Handlungen sowie Familienleben und die Privatsphäre des Hauses betreffende Aktivitäten genutzt wird.<sup>339</sup>

Die folgenden Diskussionen beschränken sich daher auf solche Kontexte, in denen eine *search* ohne Weiteres angenommen wird. Ausgeklammert sind dabei Fallkonstellationen, in denen keine *search* anerkannt wird.

#### b) Verstöße gegen den 4. Zusatzartikel zur US-Bundesverfassung

Im US-amerikanischen Recht findet man kein allgemeines Kriterium der Verwertungsverbote für bei Durchsuchungen rechtswidrig erlangte Beweise. Aufgrund des kasuistischen Charakters begegnet man dort oft Ausnahmen zu den von der Rechtsprechung für die Beweisverwertungsverbote in bestimmten katalogisierten Fallkonstellationen entwickelten Prinzipien. Dies gilt bereits bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit bzw. der Rechtswidrigkeit von Maßnahmen nach dem 4. Zusatzartikel.

##### aa) Beweisverwertungsverbote bei *unreasonable searches*

Der 4. Zusatzartikel lautet:

The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

Dieser Zusatzartikel umfasst zwei Klauseln, nämlich die *Reasonableness Clause* (“the right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated”) und die *Warrant Clause* (“no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized”). Was die Beziehung zwischen diesen beiden Klauseln betrifft, werden zwei Positionen vertreten, nämlich der *Warrant requirement*-Ansatz und der *Reasonableness*-Ansatz, zwischen denen heftig debattiert wird.<sup>340</sup>

Nach dem *Warrant requirement*-Ansatz sind die beiden Klauseln eng verbunden, und die *Reasonableness Clause* wird durch die *Warrant Clause* definiert und interpretiert. Demzufolge ist stets eine richterliche Anordnung einzuholen, und somit ist

<sup>338</sup> *U.S. v. Dunn*, 480 U.S. 294 (1987).

<sup>339</sup> *U.S. v. Dunn*, 480 U.S. 294, 301 (1987).

<sup>340</sup> Für eine Darstellung dieser beiden Positionen und Diskussionen siehe *Dressler/Michaels*, *Understanding Criminal Procedure*, 6. Aufl., Band I, S. 157–164; *Long, Mapp v. Ohio*, S. 37–40.

eine Durchsuchung ohne vorherige richterliche Genehmigung *unreasonable*, es sei denn, sie betrifft eine Ausnahme zum *warrant requirement*.<sup>341</sup>

Die Verfechter des *Reasonableness*-Ansatzes vertreten die Auffassung, dass die beiden Klauseln voneinander zu trennen sind, und der Test für die Rechtmäßigkeit des polizeilichen Handelns umfasst u.a. die Frage, ob die Polizei *reasonably*, also angemessen, gehandelt hat, und nicht, ob es *reasonable* ist, eine Anordnung einzuholen.<sup>342</sup> Der *warrant* ist eine Voraussetzung für die *reasonableness*, jedoch nicht eine ausreichende, ausschließende und unbedingte Voraussetzung; eine Durchsuchung kann auch *reasonable* sein, wenn sie ohne *warrant* erfolgt. Nach dem *Reasonableness*-Ansatz bestimmt die *Warrant Clause*, wann Anordnungen nicht erlassen werden können, nicht aber, wann Anordnungen erlassen werden können oder müssen.<sup>343</sup> Eine erlassene Anordnung ist an sich *unreasonable*, wenn sie nicht auf *probable cause*, präzisen Beschreibungen und sonstigen Bedingungen beruht.<sup>344</sup>

Bis Anfang der 1980er Jahre dominierte das *warrant requirement* in der Rechtsprechung; ab dieser Zeit neigt die Rechtsprechung eher dem *Reasonableness*-Ansatz zu.<sup>345</sup> Heute lautet die herrschende Meinung: "*the touchstone of the Fourth Amendment is reasonableness*".<sup>346</sup> Allerdings ist die richterliche Anordnung – der *warrant* – in bestimmten Fällen stets einzuholen, z.B. bei der Durchsuchung von Privathäusern.<sup>347</sup> Eine Durchsuchung (sowie Beschlagnahme) innerhalb eines Privathauses ohne Anordnung wird ansonsten möglicherweise leicht als *unreasonable* angesehen.<sup>348</sup>

Das US-amerikanische Recht hat zwar hier auf *bright-line rules* zur Instruktion der Polizei verzichtet und angesichts der Vielfältigkeit der Sachverhalte bei *search* und *seizure* im Sinne des 4. Zusatzartikels die *reasonableness* der Maßnahme als

---

<sup>341</sup> *Dressler/Michaels*, Understanding Criminal Procedure, Band I, S. 157 f. Allerdings kann sich das *warrant requirement* mit der Zeit ändern. Für eine ausführliche Analyse der Milderung dieser strengen Anforderung siehe *Wasserstrom/Mertens*, (1984) 22 Am. Crim. L. Rev. 84–97, 122 f.

<sup>342</sup> *Dressler/Michaels*, Understanding Criminal Procedure, 6. Aufl., Band I, S. 158.

<sup>343</sup> *Amar*, (1994) 107 Harv. L. Rev. 774.

<sup>344</sup> *Amar*, (1994) 107 Harv. L. Rev. 762.

<sup>345</sup> *Dressler/Michaels*, Understanding Criminal Procedure, 6. Aufl., Band I, S. 162–164. Vgl. auch *Steiker*, (1994) 107 Harv. L. Rev. 855.

<sup>346</sup> *Dressler/Michaels*, Understanding Criminal Procedure, 6. Aufl., Band I, S. 163. Z.B. *Florida v. Jimeno*, 500 U.S. 248, 250 (1991); *Ohio v. Robinette*, 519 U.S. 33, 39 (1996); *U.S. v. Lifshitz*, 369 F.3d 173, 180 (2004).

<sup>347</sup> *Dressler/Michaels*, Understanding Criminal Procedure, 6. Aufl., Band I, S. 164.

<sup>348</sup> Am. Jur. 2d, Searches and Seizures, § 12. Z.B. *U.S. v. Rhiger*, 315 F. 3d 1283, 1287 (2003); *People v. Wear*, 229 Ill. 2d 545, 562 (2008); ähnlich *Holmes v. Kucynda*, 321 F.3d 1069, 1078 (2003).

rechtmäßig angenommen;<sup>349</sup> allerdings gibt es diesbezüglich keine allgemeinen Beurteilungsstandards. In den Fällen, in denen ein *warrant* benötigt wird, oder in Ausnahmefällen zum *warrant requirement* (Durchsuchung bei Gefahr im Verzug oder Durchsuchung im Fahrzeug bei einer Verkehrskontrolle<sup>350</sup>) bedeutet *reasonableness* der polizeilichen Handlung, dass die Polizei *probable cause*<sup>351</sup> zur Annahme hat, dass durch die Durchsuchung Beweismittel für eine Straftat gefunden werden können. Der *warrant* soll sich gemäß dem 4. Zusatzartikel auf *probable cause* stützen. Gäbe es in den Ausnahmefällen zum *warrant requirement* keinen *warrant*, müsste zur Beurteilung der *reasonableness* geprüft werden, ob die Polizisten während ihrer Handlung Grund zur Annahme von *probable cause* hatten.<sup>352</sup>

In der Tat wird das Vorliegen von *probable cause* im Hinblick auf den 4. Zusatzartikel stets als das entscheidende Merkmal betrachtet.<sup>353</sup> Zu Zeiten der Dominanz des *warrant requirement* galt dies sogar als entscheidender Standard für die Rechtmäßigkeit, weil nach dem Wortlaut des 4. Zusatzartikels *probable cause* eng mit der *Warrant Clause* verbunden ist. Der oben als Maßstab für die Rechtmäßigkeit bezeichnete Begriff *reasonableness* ist daher eigentlich im weiteren Sinne zu verstehen und umfasst den *probable cause*-Standard.

Später hat die Rechtsprechung für Fallkonstellationen, die von den Fällen, die einen *warrant* erfordern, und den Ausnahmefällen zum *warrant requirement* abweichen, einen neuen Standard zur Beurteilung der *reasonableness* entwickelt. Dies betrifft Konstellationen, die sich aus Durchsuchungen (sowie Beschlagnahmen) auf offener Straße ohne *warrant* ergeben, also aus solchen Durchsuchungen, für die weder ein *warrant* vorliegt noch der für die anerkannten Ausnahmen zum *warrant requirement* geltende Verdachtsgrad, nämlich *probable cause*, besteht. Die Rechtsprechung hat für solche Konstellationen einen Abwägungstest (*balancing test*) – in Abweichung vom *probable cause*-Erfordernis<sup>354</sup> – zur Bestimmung der *reasona-*

---

<sup>349</sup> Vgl. *Vaughn v. Commonwealth*, 53 Va. App. 643, 648 (2009): “The touchstone of the fourth amendment is reasonableness, and bright-line rules are to be eschewed in this area of the law in favor of the fact-specific nature of the reasonableness inquiry.”

<sup>350</sup> Bei Gefahr im Verzug oder bei Verkehrskontrollen in Fahrzeugen sind Durchsuchungen bei Vorliegen von *probable cause* zulässig. Diese beiden Fälle bilden Ausnahmen zum *warrant requirement*. Siehe Lützner, Strafprozessuale Zwangs- und Überwachungsmaßnahmen im Recht der USA und der Bundesrepublik Deutschland, S. 115–120.

<sup>351</sup> *Dressler/Michaels*, *Understanding Criminal Procedure*, 6. Aufl., Band I, S. 118, haben in diesem Zusammenhang *probable cause* wie folgt definiert: “A law enforcement officer, as a reasonable person, must have a ‘good reason’ – enough reliable information – to reasonably believe that (in the case of arrest) the person to be arrested committed a crime or (in the case of a search) that the search will uncover evidence relating to a crime”.

<sup>352</sup> *Dressler/Michaels*, *Understanding Criminal Procedure*, 6. Aufl., Band I, S. 119 f.

<sup>353</sup> *Dressler/Michaels*, *Understanding Criminal Procedure*, 6. Aufl., Band I, S. 117 f.

<sup>354</sup> *Dressler/Michaels*, *Understanding Criminal Procedure*, 6. Aufl., Band I, S. 261.

*bleness* eingeführt.<sup>355</sup> Als Meilensteinfall dafür gilt *Terry v. Ohio*,<sup>356</sup> der dem Supreme Court den Impuls zur Abweichung von seiner Ansicht gegeben hat, dass eine Durchsuchung ohne richterliche Anordnung stets *unreasonable* sei.<sup>357</sup>

Im *Terry*-Fall hatte ein erfahrener Polizeibeamter aus der Beobachtung von Passanten geschlossen, dass der Beschuldigte *John W. Terry* und zwei andere Personen ein Ladengeschäft überfallen wollten, da sie an dem Laden wiederholt vorbeigingen und ins Fenster schauten. Der Polizeibeamte gab sich ihnen als Polizist zu erkennen und verlangte nach den Personalien. Als die Befragten daraufhin etwas Unverständliches murmelten, befürchtete der Polizeibeamte, sie seien bewaffnet. Er packte *Terry* und tastete ihn ab. In *Terrys* Manteltasche ertastete er eine Pistole, die er ihm wegnahm. *Terry* wurde wegen Tragens einer versteckten Waffe überführt. Die Handlung des Polizeibeamten wird im US-amerikanischen Recht *stop-and-frisk* genannt. Da diese polizeiliche Handlung weder unter die *Warrant Clause*<sup>358</sup> noch unter die Ausnahme zum *warrant requirement* – Gefahr im Verzug<sup>359</sup> – fällt, hat der Supreme Court den allgemeinen Maßstab des 4. Zusatzartikels, *reasonableness*, herangezogen<sup>360</sup> und zur Bestimmung der *reasonableness* einen *balancing test* angewandt, in dem das staatliche Interesse gegen den Eingriff in individuelle Interessen abgewogen wird.<sup>361</sup> Beim *balancing test* muss der Polizist auf konkrete Tatsachen verweisen, aus denen auf die Rechtmäßigkeit des Eingriffs geschlossen werden kann.<sup>362</sup> Die *reasonableness* ist anhand der speziellen Umstände des Einzelfalls zu beurteilen.<sup>363</sup> Aufgrund der dem Polizisten zum Zeitpunkt der Handlung bekannten Tatsachen wird nach objektivem Standard geprüft, ob solche Tatsachen einem gebührend sorgfältigen Menschen konkrete Anhaltspunkte für die Angemessenheit der Maßnahme geben können.<sup>364</sup> Guter Glaube allein seitens des Polizisten reicht für die Annahme von *reasonableness* nicht aus, denn wenn der gute

---

<sup>355</sup> *Dressler/Michaels*, Understanding Criminal Procedure, 6. Aufl., Band I, S. 261. In einigen Fällen, in denen *probable cause* zur Durchsuchung (bzw. Beschlagnahme) besteht, kann der *balancing test* zur Bestimmung der *reasonableness* angewandt werden, wenn die Durchsuchung (bzw. Beschlagnahme) in extremer Weise die privaten Interessen oder die körperliche Unversehrtheit des Betroffenen ungewöhnlich beeinträchtigt. Siehe *Whren v. U.S.*, 517 U.S. 806, 818 (1996).

<sup>356</sup> *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968).

<sup>357</sup> *Dressler/Michaels*, Understanding Criminal Procedure, 6. Aufl., Band I, S. 262.

<sup>358</sup> *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1, 20 (1968): "But we deal here with an entire rubric of police conduct -- . . . . -- which historically has not been, and, as a practical matter, could not be, subjected to the warrant procedure."

<sup>359</sup> Die Umstände des Falles entsprechen den *exigent circumstances* nicht. Es gibt noch keinen *probable cause* für eine Durchsuchung.

<sup>360</sup> *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1, 20 (1968).

<sup>361</sup> *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1, 20, 21 (1968).

<sup>362</sup> *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1, 21 (1968).

<sup>363</sup> *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1, 21 (1968).

<sup>364</sup> *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1, 21, 22 (1968).

Glaube der Test wäre, würde der Schutz des 4. Zusatzartikels hinfällig und die von diesem Zusatzartikel versprochene Sicherheit im Ermessen der Polizei liegen.<sup>365</sup> Da *stop-and-frisk* im Vergleich zur vollendeten Verhaftung und Durchsuchung keinen erheblichen Eingriff darstellt, hat der Supreme Court unter Berücksichtigung des staatlichen Interesses an effektiver Prävention und an der Aufdeckung von Kriminalität sowie der Sicherheit des Polizisten und der anderen Anwesenden die *reasonableness* der polizeilichen Handlung anerkannt, obwohl dem Polizisten kein *probable cause* vorlag, sondern er nur konkrete vernünftige Schlüsse gezogen hatte.<sup>366</sup> Außerdem hat der Polizist die sogenannte *protective search* auf das beschränkt, was erforderlich war, um festzustellen, ob die drei von ihm beobachteten Männer bewaffnet waren. Infolgedessen war die Durchsuchung durchaus gerechtfertigt.<sup>367</sup>

Konkrete Anhaltspunkte für die Angemessenheit der Maßnahme oder konkrete vernünftige Schlüsse wie im *Terry*-Fall, die für die Annahme von *probable cause* nicht ausreichen, aber mehr als ein unvollständiger und nicht spezifizierter Verdacht oder eine Vermutung sind,<sup>368</sup> wurden später als *reasonable suspicion* bezeichnet, bei der *stop-and-frisk* zulässig und *reasonable* ist.<sup>369</sup> Im *Terry*-Fall handelt es sich um präventive Maßnahmen. Allerdings können der *balancing test* sowie der *reasonable suspicion*-Standard auch auf Maßnahmen des 4. Zusatzartikels im repressiven Sinne angewandt werden. In *U.S. v. Hensley*<sup>370</sup> wurde der Beschuldigte während einer Autofahrt von der Polizei aufgrund eines *wanted flyer*<sup>371</sup> (ein Haftbefehl – *warrant* – war bis dahin noch nicht erlassen worden), der von einer anderen Polizeibehörde im selben Distrikt in Umlauf gebracht worden war, angehalten. Bei der Durchsuchung des Wagens wurden Waffen gefunden. Nach Durchführung eines *balancing test* befand der Supreme Court unter Berücksichtigung der öffentlichen Sicherheit, dass in diesem Fall das Interesse an der Rechtsdurchsetzung gegenüber dem individuellen Freiheitsinteresse überwiegt.<sup>372</sup> Der *stop* beruht auf *reasonable suspicion*, da der *wanted flyer*, aufgrund dessen die Polizisten gehandelt hatten, auf konkreten und klaren Tatsachen basierte; daher sind

---

<sup>365</sup> *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1, 22 (1968).

<sup>366</sup> *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1, 22–27 (1968).

<sup>367</sup> *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1, 29, 30 (1968).

<sup>368</sup> *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1, 27 (1968).

<sup>369</sup> Vgl. *Adams v. Williams*, 407 U.S. 143, 146 (1972); *U.S. v. Brignoni-Ponce*, 422 U.S. 873, 878 (1975); *U.S. v. Place*, 462 U.S. 696, 702 (1983); *U.S. v. Sokolow*, 490 U.S. 1, 7 (1989); Lützner, Strafprozessuale Zwangs- und Überwachungsmaßnahmen im Recht der USA und der Bundesrepublik Deutschland, S. 120–122.

<sup>370</sup> *U.S. v. Hensley*, 469 U.S. 221 (1985).

<sup>371</sup> Ein *wanted flyer* ähnelt einem Steckbrief und wird zwischen Polizeibehörden in Umlauf gebracht.

<sup>372</sup> *U.S. v. Hensley*, 469 U.S. 221, 228, 229 (1985).

die entdeckten Beweise verwertbar.<sup>373</sup> Darüber hinaus haben die Prinzipien des *Terry-Falls* auch weitere Fallkonstellationen im Bereich der Durchsuchung beeinflusst, z.B. die Durchsuchung von Fahrzeugen nach Waffen und dem Eigenschutz der Polizisten dienende Durchsuchungen von Räumlichkeiten unmittelbar nach einer Verhaftung.<sup>374</sup>

Der im *Terry-Fall* unter Berücksichtigung aller Umstände (*totality of the circumstances*) angewandte Abwägungstest (*balancing test*) zur Bestimmung der *reasonableness* wird auch in weiteren Fällen angewandt. Zudem werden bei der Abwägung zwischen staatlichen und privaten Interessen<sup>375</sup> einige Faktoren besonders in Betracht gezogen: 1) der Verdachtsgrad dafür, dass eine Straftat geschehen ist; 2) der Eingriffsgrad, der durch die Durchsuchung und Beschlagnahme dem Bürger bei seinen gewöhnlichen Tätigkeiten zugemutet wird; 3) die Höhe des Bedürfnisses nach Rechtsdurchsetzung.<sup>376</sup>

Was die Bestimmung der *reasonableness* bzw. des Verstoßes gegen den 4. Zusatzartikel betrifft, sei darauf hingewiesen, dass das subjektive Motiv bzw. der mentale Zustand der Polizisten bei ihrer Handlung irrelevant ist, was im *Terry-Fall* angedeutet wurde. Bei einer Durchsuchung (und Beschlagnahme) ist über die *reasonableness* nur unter Betrachtung der objektiven Umstände des Einzelfalles zu entscheiden;<sup>377</sup> subjektive Motive allein machen eine anderenfalls rechtmäßige Handlung der Polizei nicht unrechtmäßig.<sup>378</sup> Ein illustratives Beispiel bildet der Fall *Massachusetts v. Painten*,<sup>379</sup> in dem es um polizeiliche Willkür – mit anderen Worten: den sogenannten *bad faith* – geht. In diesem Fall hegten zwei Polizisten zwar eine Straftatvermutung gegenüber dem Beschuldigten, aber es lag kein *probable cause* vor. Sie konfrontierten den Beschuldigten, indem sie vorgaben, ihn schlicht befragen zu wollen. Allerdings handelten sie mit dem Motiv, den Beschuldigten zu verhaften und seine Wohnung zu durchsuchen, um festzustellen, ob ihre Ermittlung dem *probable cause*-Erfordernis standhielt, was wiederum ihre Ermitt-

<sup>373</sup> *U.S. v. Hensley*, 469 U.S. 221, 232–234 (1985).

<sup>374</sup> *Dressler/Michaels*, *Understanding Criminal Procedure*, 6. Aufl., Band I, S. 287–291.

<sup>375</sup> *Costas-Elena v. Municipality of San Juan*, 714 F. Supp. 2d 263, 269 (2010); *State v. Surtain*, 31 So. 3d 1037, 1043 (2010); *State v. Ketelson*, 150 N.M. 137, 144 (2011).

<sup>376</sup> *Harper v. State*, 963 N.E.2d 653, 658 (2012); *Week v. State*, 950 N.E.2d 816, 820 (2011); *State v. Washington*, 898 N.E.2d 1200, 1206 (2008). Es wird auch in *Commonwealth v. Marshall*, 319 S.W.3d 352 (2010) und *Byrd v. Maricopa County Sheriff's Dept.*, 629 F.3d 1135 (2011) befunden, dass zur Beurteilung der *reasonableness* folgende Faktoren zu betrachten sind: "the scope of the particular intrusion; the manner in which the search is conducted; the justification for initiating the search; the place in which it is conducted."

<sup>377</sup> *Bond v. U.S.*, 529 U.S. 334, 339 (2000); *U.S. v. Hawk*, 412 F.3d 1179, 1187 (2005); *U.S. v. Sease*, 659 F.3d 519, 525 (2011); *Ashcroft v. al-Kidd*, 563 U.S. 731, 736–739 (2011); ein weiterer wichtiger Fall ist *Scott v. U.S.*, 436 U.S. 128, 136 (1978), und zwar bezüglich *wiretapping*.

<sup>378</sup> *Scott v. U.S.*, 436 U.S. 128, 136 (1978).

<sup>379</sup> *Massachusetts v. Painten*, 368 F.2d 142 (1966).

lung verfassungskonform machen könnte. Die nicht korrekte und hinterlistige Absicht wurde zwar in diesem Urteil angesprochen.<sup>380</sup> Jedoch wurde diese Absicht in Kombination mit der Tatsache, dass die Polizisten ohne *probable cause* ein Haus betreten und den Beschuldigten verhaftet hatten,<sup>381</sup> als Gründe für die Unverwertbarkeit der dabei gefundenen Beweise angesehen.<sup>382</sup>

Dass das subjektive Motiv keine Rolle bei der Analyse der Rechtmäßigkeit spielt,<sup>383</sup> zeigt sich im Weiteren bei dem Meilensteinfall *Whren v. U.S.*<sup>384</sup> In diesem wurde ein Autofahrer wegen eines Verkehrsverstößes mit *probable cause* angehalten. Als die Polizisten sich dem Wagen näherten, sah einer von ihnen, dass einer der Beschuldigten zwei Plastikbeutel in der Hand hielt, in denen Kokain zu sein schien. Die Beschuldigten wurden festgenommen, und das Fahrzeug wurde durchsucht. Dabei wurden Drogen verschiedener Art gefunden. Die Beschuldigten bestritten die Rechtmäßigkeit des Anhaltens. Sie argumentierten, dass der Halt nicht aufgrund von *probable cause* oder sogar *reasonable suspicion* die Annahme rechtfertigte, dass sie womöglich in illegalen Drogenhandel verwickelt waren. Sie brachten vor, es sei ein vorgeschobener erzwungener Halt und dass sie unter einem Vorwand zum Anhalten gezwungen worden waren. Der Supreme Court setzte sich in seinem Urteil intensiv mit dem Einwand auseinander, dass die polizeiliche Handlung unter einem Vorwand stattgefunden hatte. Er beharrte darauf, dass subjektive Motive nicht zu berücksichtigen seien, und behauptete, dass nur ein unkritischer Leser solche Fälle als Befürwortung des Prinzips ansehen würde, dass der Hintergedanke das polizeiliche Handeln ungültig machen kann, das dadurch, dass *probable cause* vorlag zur Annahme, dass eine Rechtsverletzung stattgefunden hat, gerechtfertigt werden kann.<sup>385</sup> Da in solchen Fällen keine objektiv unrechtmäßige Handlung vorliegt, vor der die Polizisten durch die *Exclusionary Rule* abgeschreckt werden sollen, gibt es keinen Grund, die *Exclusionary Rule* ins Spiel zu bringen.<sup>386</sup>

Dass nicht nach dem versteckten Motiv der Polizisten geforscht wird, liegt daran, dass die Gerichte in der Regel nicht in der Lage sind, zu bestimmen, ob die Polizei von ihrer normalen Handlungspraxis abgewichen ist.<sup>387</sup> Das hat wiederum zwei Gründe: Zum einen gibt es kaum eine perfekte Korrelation zwischen dem Motiv

<sup>380</sup> *Massachusetts v. Painten*, 368 F.2d 144 (1966).

<sup>381</sup> *Massachusetts v. Painten*, 368 F.2d 142, 143 (1966).

<sup>382</sup> *Massachusetts v. Painten*, 368 F.2d 142, 143, 144 (1966).

<sup>383</sup> *Whren v. U.S.*, 517 U.S. 806, 813 (1996). Ähnlich *U.S. v. Ben Abdenbi*, 361 F.3d 1282, 1292, 1293 (2004); *Scott v. U.S.*, 436 U.S. 128, 138 (1978).

<sup>384</sup> *Whren v. U.S.*, 517 U.S. 806 (1996). Kritisch *LaFave*, Search and Seizure, Band I, § 1.4(f), S. 180 ff.

<sup>385</sup> *Whren v. U.S.*, 517 U.S. 806, 811 (1996).

<sup>386</sup> *LaFave/Israel/King/Kerr*, Criminal Procedure, § 3.1(d).

<sup>387</sup> *LaFave*, Search and Seizure, Band I, § 1.4(e), S. 173.



und der Abweichung.<sup>388</sup> Die Darstellung des versteckten subjektiven Motivs kann zeigen, warum der Polizist von der normalen Handlungsweise abweichen möchte, aber nicht, dass er dies wirklich deshalb getan hat; auch bei Nichtvorliegen des versteckten subjektiven Motivs kann es dem Polizisten im ungünstigsten Fall misslingen, bei seiner Handlung mit der normalen Praxis übereinzustimmen.<sup>389</sup> Zum anderen können die Gerichte kaum mit Sicherheit beurteilen, in welchen Fällen ein Polizist ein verstecktes Motiv hat.<sup>390</sup> Ein subjektives Motiv, etwas zu tun, für das es gemäß den anwendbaren Regeln einen ausreichend objektiven Grund gibt, ist viel zu leicht zu „fabrizieren“, ohne entdeckt zu werden.<sup>391</sup>

Daher sind sowohl die Rechtsprechung als auch die Literatur der Ansicht, dass es auf eine zu große und nutzlose Fehlverteilung der gerichtlichen Ressourcen hinauslaufen würde, wenn die Gerichte zur Ausforschung der Gedanken von Polizisten aufgerufen würden.<sup>392</sup> Außerdem gelingt es den Gerichten in der Praxis nicht, die Hintergedanken für die Handlungen zu identifizieren.<sup>393</sup> Statt dem subjektiven Motiv der Polizisten nachzuforschen, orientiert man sich hier an einer in der Rechtsprechung verbreitet angewandten Anforderung, die besagt, dass das polizeiliche Verhalten bezüglich des 4. Zusatzartikels der standardisierten Vorgehensweise der lokalen Polizei entsprechen soll. Diese standardisierte Vorgehensweise dient wiederum dazu, der Polizei möglichst wenig Spielraum bei ihrer Tätigkeit im Strafverfahren zu geben.<sup>394</sup> Diesen durch die Rechtsprechung entwickelten Standards zufolge ist das polizeiliche Verhalten im Einzelfall zu beurteilen.<sup>395</sup>

Wie oben beschrieben ist ein Rechtsverstoß gegen den 4. Zusatzartikel anzuerkennen, wenn die Durchsuchung als *unreasonable* gilt, was in verschiedenen Fallkonstellationen anhand unterschiedlicher Standards zu bestimmen ist. Es kann z.B. sein, dass es in *warrant requirement*-Fällen zu Durchsuchungen ohne richterliche Anordnung oder in Ausnahmefällen zum *warrant requirement* zu Durchsuchungen ohne *probable cause* kommt und dass in sonstigen Fällen Durchsuchungen stattfinden, die, wie sich aus dem *balancing test* ableiten lässt, *unreasonable* sind. In der Regel führt ein Rechtsverstoß gegen den 4. Zusatzartikel zu einem Beweisverwertungsverbot. Die im deutschen Recht beschriebenen Rechtsverletzungen der bewussten/unbewussten Missachtung des Richtervorbehalts oder des bewuss-

---

<sup>388</sup> *LaFave*, Search and Seizure, Band I, § 1.4(e), S. 173.

<sup>389</sup> *LaFave*, Search and Seizure, Band I, § 1.4(e), S. 173 f.

<sup>390</sup> *LaFave*, Search and Seizure, Band I, § 1.4(e), S. 174.

<sup>391</sup> *Amsterdam*, (1974) 58 Minn. L. Rev. 436 f. Vgl. auch *Whren v. U.S.*, 517 U.S. 806, 815 (1996).

<sup>392</sup> *Massachusetts v. Painten*, 389 U.S. 560, 565 (1968); zustimmend *LaFave*, Search and Seizure, Band I, § 1.4(e), S. 174. Vgl. auch *LaFave/Israel/King/Kerr*, Criminal Procedure, § 3.1 (d).

<sup>393</sup> Vgl. *LaFave*, Search and Seizure, Band I, § 1.4(e), S. 174.

<sup>394</sup> Vgl. *LaFave*, Search and Seizure, Band I, § 1.4(e), S. 175.

<sup>395</sup> *LaFave*, Search and Seizure, Band I, § 1.4(e), S. 175.

ten/unbewussten Missbrauchs der Eilkompetenz der Ermittlungsbehörden können im US-amerikanischen Recht verschiedenen Fallkonstellationen entsprechen, in denen Beweisverwertungsverbote jeweils abhängig davon zu bestimmen sind, ob in *warrant requirement*-Fällen eine Durchsuchung ohne richterliche Anordnung stattfindet oder ob in Ausnahmefällen zum *warrant requirement* kein *probable cause* vorliegt oder ob in sonstigen Fällen *unreasonableness* im Ergebnis des *balancing test* anzunehmen ist.

#### bb) Good faith exception

Eine wichtige Ausnahme zu den Beweisverwertungsverböten (*Exclusionary Rule*) bildet die *good faith exception*. Darunter ist zu verstehen, dass ein Beweisverwertungsverbot nicht angewandt wird, wenn sich die Polizei zwar objektiv berechtigterweise (*in objectively reasonable reliance*<sup>396</sup>) auf eine Durchsuchungsanordnung verlassen hat, die sich aber letztendlich als ungültig erweist. Die *good faith exception* verlangt, dass die polizeiliche Handlung objektiv *reasonable* ist,<sup>397</sup> d.h. die Rechtswidrigkeit liegt nicht an *unreasonableness*, sondern an dem ungültigen *warrant*. Die Konstruktion der *good faith exception* stammt aus dem Fall *U.S. v. Leon*,<sup>398</sup> in dem der vom Richter erlassene *warrant*, auf den sich die Polizei verlassen und gemäß dem sie gehandelt hat, nicht auf *probable cause* beruhte.<sup>399</sup> Angesichts des Zwecks der *Exclusionary Rule* – Abschreckung der Polizei vor rechtswidrigen Handlungen – hat der Supreme Court im Wesentlichen<sup>400</sup> eine *cost-benefit analysis* zur Begründung der Verwertbarkeit der Beweise in diesem Fall erstellt.<sup>401</sup> Die wesentlichen Kosten bei einem Verwertungsverbot entstehen, wenn einige Beschuldigte straffrei ausgehen oder mildere Strafen erhalten.<sup>402</sup> Der Nutzen bei einem Verwertungsverbot könnte in der „Abschreckungswirkung“ gegenüber der Polizei, dem Richter oder *magistrate* liegen.<sup>403</sup> Da der Richter oder *magistrate* kein

<sup>396</sup> *Herring v. U.S.*, 555 U.S. 135, 142 (2009).

<sup>397</sup> Im *Leon*-Fall hat der Supreme Court einen objektiven Standard zur Beurteilung der *reasonableness* des Vertrauens in gutem Glauben (*good faith*) angewandt. Für Erörterungen zu diesem objektiven Standard und Kritik daran siehe *Wasserstrom/Mertens*, (1984) 22 Am.Crim. L. Rev. 117–122.

<sup>398</sup> *U.S. v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984).

<sup>399</sup> Für Kritik an der Einführung der *good faith exception* siehe *Wasserstrom/Mertens*, (1984) 22 Am.Crim. L. Rev. 101 f., 123–125.

<sup>400</sup> In *U.S. v. Leon*, 468 U.S. 897, 919–921 (1984) wurde außerdem die Meinung vertreten, dass das Vertrauen der Polizei auf den ungültigen *warrant*, der von einem Richter oder *magistrate* ausgestellt wurde, objektiv *reasonable* ist und die justizielle Integrität nicht berührt wird.

<sup>401</sup> *U.S. v. Leon*, 468 U.S. 897, 906, 907 (1984).

<sup>402</sup> *U.S. v. Leon*, 468 U.S. 897, 907 (1984).

<sup>403</sup> *Emanuel*, Criminal Procedure, 31. Aufl., S. 336. Vgl. auch *U.S. v. Leon*, 468 U.S. 897, 916–918 (1984).

Gehilfe der Strafverfolgungsbehörden ist<sup>404</sup> und kein Interesse am Ergebnis des Falles hat, existiert ihm gegenüber keine „Abschreckungswirkung“. <sup>405</sup> Eine solche Wirkung gibt es auch nicht, wenn die Polizisten in dem Glauben handeln, dass sie gemäß dem richterlichen *warrant* tätig werden und keine Rechtsverletzung des 4. Zusatzartikels begehen. <sup>406</sup> Daher kann hier dieser marginale oder gar nicht vorhandene Nutzen die erheblichen Kosten des Beweisverwertungsverbots nicht rechtfertigen, <sup>407</sup> und die Beweise unterliegen somit keinem Verwertungsverbot.

Die *good faith exception* fand später auch auf einen Fall Anwendung, in dem nach einem Gesetz des Bundesstaats *Illinois* von 1981 eine Durchsuchung ohne Anordnung stattfinden durfte, wobei sich allerdings dieses Gesetz letztendlich als verfassungswidrig erwies. <sup>408</sup> Ebenfalls als die *good faith exception* betreffend erwies sich der Fall einer Durchsuchung, zu der es aufgrund eines fehlerhaften Eintrags in einer gerichtlichen Datenbank gekommen war. <sup>409</sup>

In neuester Zeit wurde der Anwendungsbereich der *good faith exception* wiederum beträchtlich vergrößert: Sie fand sowohl Anwendung im Fall *Herring v. U.S.*, <sup>410</sup> in dem die Durchsuchung aufgrund eines fehlerhaften Eintrags in der polizeilichen Datenbank eines Nachbarbezirks erfolgte, als auch im Fall *Davis v. U.S.*, <sup>411</sup> in dem die Durchsuchung gemäß einem Präjudiz vorgenommen wurde, das später durch neue Rechtsprechung außer Kraft gesetzt wurde. Auf das *cost-benefit balancing* wurde wieder zur Entscheidung über die Verwertbarkeit der Beweise zurückgegriffen. Bezüglich der Analyse wird ausgeführt, <sup>412</sup> dass einfache Fahrlässigkeit seitens der Polizei nicht automatisch den Ausschluss der Beweise auslösen kann <sup>413</sup> und dass der Abschreckungsnutzen mit der Schuldfähigkeit (oder Zurechenbarkeit) der polizeilichen Handlung variiert. Wenn nämlich die Polizei die Rechte des 4. Zusatzartikels vorsätzlich, rücksichtslos oder grob fahrlässig miss-

---

<sup>404</sup> Kritisch *Wasserstrom/Mertens*, (1984) 22 Am.Crim. L. Rev. 105–117.

<sup>405</sup> *U.S. v. Leon*, 468 U.S. 897, 917 (1984).

<sup>406</sup> *U.S. v. Leon*, 468 U.S. 897, 918 (1984).

<sup>407</sup> *U.S. v. Leon*, 468 U.S. 897, 922 (1984).

<sup>408</sup> *Illinois v. Krull*, 480 U.S. 340 (1987).

<sup>409</sup> *Arizona v. Evans*, 514 U.S. 1 (1995).

<sup>410</sup> *Herring v. U.S.*, 555 U.S. 135 (2009).

<sup>411</sup> *Davis v. U.S.*, 564 U.S. 229 (2011).

<sup>412</sup> Hier wird bei fehlerhaften polizeilichen Handlungen zwischen einfacher Fahrlässigkeit und absichtlicher, rücksichtsloser oder grob fahrlässiger Handlung oder unter manchen Umständen wiederholter oder systemischer Fahrlässigkeit differenziert, wobei die Schuldfähigkeit (oder Zurechenbarkeit) ein entscheidender Faktor für die Anwendung der *Exclusionary Rule* ist. Zustimmend *Bradley*, (2010) 73 Law & Contemp. Prob. 229 f. Kritisch *Dressler/Michaels*, *Understanding Criminal Procedure*, 6. Aufl., Band I, S. 370 f.; *Bloom/Fentin*, (2010) 13 U. Pa. J. Const. L. 70 f.; vgl. auch *Re*, (2014) 127 Harv. L. Rev. 1888. Zu dem Begriff systemischer Fahrlässigkeit (*systemic negligence*) siehe *LaFave*, (2009) 99 J. Crim. L. & Criminology 784.

<sup>413</sup> *Herring v. U.S.*, 555 U.S. 135, 147 (2009).

achtet (*deliberate, reckless or grossly negligent*), ist der Abschreckungsnutzen stark und überwiegt tendenziell gegenüber den Kosten; wenn die Polizei sich im objektiv berechtigten guten Glauben, dass ihre Handlung rechtmäßig ist, verhält oder wenn sie nur eine einfache, isolierte Fahrlässigkeit begangen hat, verliert der Abschreckungseffekt an Gewicht und rechtfertigt den Beweisausschluss nicht im Verhältnis zu den Kosten.<sup>414</sup> Merkwürdig ist, dass genau dieses als „deliberate“, „reckless“ oder „grossly negligent“ bezeichnete Verhalten der Polizei das subjektive Motiv betrifft, das in der ständigen Rechtsprechung der USA für die Beurteilung der *reasonableness* irrelevant ist. Diese Diskrepanz kann nur in der Zukunft geklärt und ausgeräumt werden. Dies zeigt, dass die Erörterung der Thematik noch nicht abgeschlossen ist.

### cc) Sonstige Rechtsverstöße bei der Durchsuchung

Im 4. Zusatzartikel sind die Voraussetzungen bezüglich der Genauigkeit eines *warrant* klar beschrieben als „particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized“. Dies zielt darauf ab, den Missbrauch von Durchsuchungen und Beschlagnahmen durch allgemeine Durchsuchungsanordnungen zu vermeiden.<sup>415</sup> Wird dieser Genauigkeitsanforderung nicht entsprochen, kann das die Annahme von *probable cause* untergraben.<sup>416</sup> Früher wurde dieser Anforderung, besonders was die „persons or things to be seized“ anbelangt, streng entsprochen, damit der Polizei kein Spielraum gelassen wurde.<sup>417</sup> Mittlerweile ist sie jedoch aufgeweicht. Vage Beschreibungen der zu durchsuchenden und in Beschlag zu nehmenden Sachen werden akzeptiert, soweit die Polizei diese möglichst genau, wie es von ihr vertretbar zu erwarten ist, beschrieben hat.<sup>418</sup> Ein Verstoß gegen die Durchführungsregelung bei der Durchsuchung, *knock-and-announce*,<sup>419</sup> kann grundsätz-

<sup>414</sup> *Davis v. U.S.*, 564 U.S. 229, 238 (2011).

<sup>415</sup> *Dressler/Michaels*, *Understanding Criminal Procedure*, 6. Aufl., Band I, S. 168.

<sup>416</sup> *Dressler/Michaels*, *Understanding Criminal Procedure*, 6. Aufl., Band I, S. 168.

<sup>417</sup> *Marron v. U.S.*, 275 U.S. 192, 196 (1927).

<sup>418</sup> *LaFave*, *Search and Seizure*, Band II, § 4.6(a), S. 769. In *Andresen v. Maryland*, 427 U.S. 463 (1976) wurden z.B. in einem *warrant* Gegenstände zur Durchsuchung bzw. zur Beschlagnahme wie folgt beschrieben: „fruits, instrumentalities and evidence of crime at this [time] unknown“. Obwohl „evidence of crime at this [time] unknown“ vage ist, ging der Supreme Court davon aus, dass sich die Beschreibung auf den fraglichen Fall von Immobilienbetrug bezog und ein erfahrener Polizist das nicht anders verstehen konnte, weil der Immobilienbetrug an sich eine komplizierte Falllage aufwies und die Polizei den Antrag auf einen *warrant* nicht noch präziser fassen konnte.

<sup>419</sup> *Knock-and-announce* bedeutet, dass die Polizisten zuerst an die Tür klopfen und sich als Polizisten zu erkennen geben müssen, um anschließend dem Besitzer die Chance zu geben, zu antworten. Erst wenn sie nach angemessener Zeit keine Antwort erhalten haben, können sie den Zutritt erzwingen.

lich nicht zu einem Verwertungsverbot führen.<sup>420</sup> Die früheren strengen Anforderungen an den *warrant* und die Durchführung der Durchsuchung, die zum Schutz der häufig mit Privathäusern verbundenen Privatsphäre dienen sollten, sind heute einigermaßen abgeschwächt. Dabei sollte aber nicht übersehen werden, dass in den Vereinigten Staaten aus historischen Gründen und infolge der Rechtstradition Privathäuser im Allgemeinen stets streng vor staatlichen Eingriffen zu schützen sind.

c) *Beweisverwertungsverbote bei Zufallsfunden*

Die deutsche Problematik der Zufallsfunde findet im US-amerikanischen Recht eine Entsprechung in der *plain view doctrine*, die dem Wesen nach mehr als nur Zufallsfunde im Sinne des deutschen Rechts umfasst. Die *plain view doctrine* besagt im Allgemeinen, dass die polizeiliche Wahrnehmung solcher Gegenstände, die sich in privatem Eigentum befinden, aber von der Öffentlichkeit gesehen werden können, keine *search* bzw. keinen Eingriff in die Privatsphäre konstituiert.<sup>421</sup> Diese Doktrin erlaubt es Polizisten darüber hinaus, von ihnen zufällig gefundene Gegenstände ohne Anordnung in Beschlag zu nehmen, während sie sich zu rechtmäßigen Zwecken in einer privaten Räumlichkeit aufhalten.<sup>422</sup> Dies betrifft die hier darzustellenden Zufallsfunde, für die drei Voraussetzungen<sup>423</sup> gelten:

- 1) Die Polizisten müssen aus einem Blickwinkel, den sie auf rechtmäßige Art und Weise erhalten, Gegenstände wahrnehmen können, z.B. solche, die sie während einer angeordneten Durchsuchung oder während einer Festnahme oder Verhaftung im Haus des Beschuldigten gesehen haben.
- 2) Die Polizisten müssen das Recht auf Zugang zu den Gegenständen haben. Wenn sie von der Straße aus einen Gegenstand in einem Privathaus sehen können, haben sie keinen berechtigten Zugang dazu. Hingegen dürfen die Polizisten sich zu dem Gegenstand begeben, wenn sie während einer Festnahme oder Verhaftung mit einer festgenommenen oder verhafteten Person in das Privathaus gehen, weil sie dabei sehr nahe an dieser Person bleiben dürfen.
- 3) Die fraglichen Gegenstände müssen von den Polizisten sofort als Beweismittel, z.B. als Tatfrüchte oder Tatwerkzeuge, erkannt werden; die Polizisten müssen also *probable cause* zur Beschlagnahme der Gegenstände, die sich in *plain view* befinden, haben.

---

<sup>420</sup> *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586 (2006). In diesem Fall hat der Supreme Court anhand einer *cost-benefit analysis* den geringen Nutzen angenommen und die Verwertbarkeit anerkannt.

<sup>421</sup> *Emanuel*, Criminal Procedure, 31. Aufl., S. 34.

<sup>422</sup> *Emanuel*, Criminal Procedure, 31. Aufl., S. 116.

<sup>423</sup> Für nähere Erklärungen siehe *Dressler/Michaels*, Understanding Criminal Procedure, 6. Aufl., Band I, S. 228–230.

Unter diesen Voraussetzungen können Zufallsfunde im US-amerikanischen Recht nicht nur während einer Durchsuchung, sondern auch bei einer Verhaftung auftreten; die zufällig gefundenen Gegenstände können sowohl die zu ermittelnde Straftat als auch andere Straftaten betreffen. Der Problematik der Zufallsfunde liegt im US-amerikanischen Recht der Gedanke der Effektivität der Rechtsdurchsetzung zugrunde.<sup>424</sup> Die Rechtsprechung hat bei der dritten Voraussetzung eine sehr enge Grenze für Zufallsfunde gezogen.<sup>425</sup> Bei bloßer *reasonable suspicion*, dass die sich in *plain view* befindenden Gegenstände Beweismittel für die zu ermittelnde Straftat oder eine andere Straftat sein könnten, dürfen die Polizisten diese Gegenstände noch nicht in Beschlag nehmen. Sie dürfen keine neue Durchsuchung ohne Anordnung vornehmen, um ihre *reasonable suspicion* zu bestätigen. Im Fall *Arizona v. Hicks*<sup>426</sup> hatte ein Polizist eine Stereoanlage aufgrund der *reasonable suspicion*, dass der Beschuldigte diese gestohlen hatte, bewegt, in der Absicht, ihre Seriennummer zu notieren, die für die Feststellung der Herkunft der Stereoanlage hätte hilfreich sein können, während er eine rechtmäßige Durchsuchung nicht wegen Diebstahls, sondern wegen einer anderen Straftat des Beschuldigten durchführte. Der Supreme Court erkannte hier aufgrund des Verschiebens der Stereoanlage auf Unrechtmäßigkeit der Durchsuchung und erklärte die Zufallsfunde für unverwertbar.

Hierbei ist anzumerken, dass bei Zufallsfunden eine unabsichtliche Entdeckung (*inadvertent discovery*) für die Zwecke der *plain view doctrine* nicht erforderlich ist.<sup>427</sup> Nach ständiger Rechtsprechung neigt die Justiz nicht zur Untersuchung des mentalen Zustands der Polizisten, sondern eher dazu, einen objektiven Verhaltensmaßstab anzulegen.<sup>428</sup> Dies lässt sich am Beispiel des oben erwähnten Falls *Whren v. U.S.*<sup>429</sup> nachvollziehen. In diesem Fall hatten die Polizisten in *plain view* die zwei Plastikbeutel entdeckt, in denen sie Kokain vermuteten; dennoch hatten sie nach Ansicht des Supreme Court das Fahrzeug rechtmäßig (aufgrund eines Verkehrsverstößes) angehalten. Die Haltung des Supreme Court in diesem Fall, dass ein Hintergedanke polizeiliches Handeln, welches objektiv gerechtfertigt ist, nicht ungültig machen kann, lässt sich auch hinsichtlich der Zufallsfunde interpretieren: Die planmäßige oder gezielte Suche nach „Zufallsfunden“ kann der Verwertbarkeit dieser Zufallsfunde nicht schaden, solange das Verhalten der Polizei objektiv rechtmäßig ist. Aus dieser Ansicht der US-amerikanischen Rechtsprechung ist zu folgern, dass bei der – im deutschen Recht fragwürdigen – Konstellation einer planmäßigen oder gezielten Suche nach „Zufallsfunden“ in der Regel im US-

<sup>424</sup> Siehe z.B. *Coolidge v. New Hampshire*, 403 U.S. 443, 467 (1971): „minor peril to Fourth Amendment protections, [but]... a major gain in effective law enforcement.“

<sup>425</sup> Lützner, Strafprozessuale Zwangs- und Überwachungsmaßnahmen im Recht der USA und der Bundesrepublik Deutschland, S. 166.

<sup>426</sup> *Arizona v. Hicks*, 480 U.S. 321 (1987).

<sup>427</sup> *Dressler/Michaels*, Understanding Criminal Procedure, 6. Aufl., Band I, S. 232 f.

<sup>428</sup> *Dressler/Michaels*, Understanding Criminal Procedure, 6. Aufl., Band I, S. 233 f.

<sup>429</sup> *Whren v. U.S.*, 517 U.S. 806 (1996) oben Zweiter Teil, II.D.2.b)aa).

amerikanischen Recht die Verwertbarkeit der so erlangten Zufallsfunde nicht in Frage steht. Wenn aber bei einer gezielten Suche nach „Zufallsfunden“ die polizeiliche Handlung nicht mehr objektiv rechtmäßig wäre, könnte dies unter Umständen zur Unverwertbarkeit der „Zufallsfunde“ führen.

Wenn eine Durchsuchung rechtswidrig ist, können Zufallsfunde aus dieser Durchsuchung, also Beweismittel, die sich in *plain view* befanden, im US-amerikanischen Recht theoretisch nicht bestehen. Denn eine der Voraussetzungen für die Anwendung der *plain view doctrine* ist, dass die Polizisten aus einem Blickwinkel, den sie auf rechtmäßige Art und Weise erhalten, die zufällig ins Blickfeld geratenden Gegenstände wahrnehmen können müssen. Wenn die Anlassdurchsuchung illegal wäre, würden die Polizisten keinen rechtmäßigen Blickwinkel haben. Daher kommt die *plain view doctrine* im Falle einer illegalen Durchsuchung nicht in Frage. Gegenstände aus einer illegalen Durchsuchung werden von der Rechtswidrigkeit der Anlassdurchsuchung „beschmutzt“ (*fruit of the poisonous tree*), auch wenn die Entdeckung aufgrund von *plain view* zustande gekommen ist.

Später wurde die *plain view doctrine* um *plain hearing*, *plain smell* und *plain touch* erweitert,<sup>430</sup> wobei nach den Grundsätzen der *plain view doctrine* über die Verwertbarkeit der Zufallsfunde bestimmt wird.

### 3. Beweisverwertungsverbote bei der Beschlagnahme

Der 4. Zusatzartikel zur US-Bundesverfassung gilt sowohl für die Durchsuchung als auch für die Beschlagnahme, zu der Ähnliches wie bei der Durchsuchung geregelt ist: Wenn die polizeiliche Handlung eine *seizure* darstellt, werden die diversen Beschränkungen aus dem 4. Zusatzartikel angewandt.<sup>431</sup> Eine *seizure* findet statt, wenn ein bedeutender Eingriff in individuelle Besitzinteressen am Eigentum vorliegt.<sup>432</sup> Mit anderen Worten: Eine *seizure* ist anzunehmen, wenn die Polizei Kontrolle über das Eigentum des Beschuldigten ausübt, indem sie es zerstört oder aus dem unmittelbaren oder mittelbaren Besitz des Beschuldigten entfernt.<sup>433</sup> Die in Beschlag zu nehmenden Gegenstände im US-amerikanischen Recht sind die Erzeugnisse des Verbrechens (*producta sceleris*), die Tatwerkzeuge (*instrumenta sceleris*), Konterbande oder reine Beweismittel.<sup>434</sup> Im Folgenden werden einige Unterthemen zur Beschlagnahme (*seizure*) erörtert.

---

<sup>430</sup> Dressler/Michaels, Understanding Criminal Procedure, 6. Aufl., Band I, S. 234 f.; Lütznier, Strafprozessuale Zwangs- und Überwachungsmaßnahmen im Recht der USA und der Bundesrepublik Deutschland, S. 35 ff.

<sup>431</sup> Dressler/Michaels, Understanding Criminal Procedure, 6. Aufl., Band I, S. 105.

<sup>432</sup> *U.S. v. Jacobsen*, 466 U.S. 109, 113 (1984); *Bonds v. Cox*, 20 F.3d 697, 701 (1994); Dressler/Michaels, Understanding Criminal Procedure, 6. Aufl., Band I, S. 105 f.

<sup>433</sup> Dressler/Michaels, Understanding Criminal Procedure, 6. Aufl., Band I, S. 106.

<sup>434</sup> Dressler/Michaels, Understanding Criminal Procedure, 6. Aufl., Band I, S. 120.

a) Verstöße gegen den 4. Zusatzartikel zur US-Bundesverfassung

Wenn eine Durchsuchung rechtmäßig ist, ist die damit einhergehende Beschlagnahme im US-amerikanischen Recht grundsätzlich ebenfalls rechtmäßig, und die beschlagnahmten Gegenstände sind folglich verwertbar. *Reasonableness* als Prüfstein (*touchstone*) für den 4. Zusatzartikel, die schon bei der *search* erwähnt wird und ihre Rechtmäßigkeit bestimmt, taugt hier ebenfalls.<sup>435</sup> Somit gelten auch bei der *seizure* die unterschiedlichen Standards der Rechtmäßigkeit, die bei der *search* Anwendung finden. Das bedeutet, dass ein auf *probable cause* basierender *warrant* grundsätzlich für eine rechtmäßige Beschlagnahme erforderlich ist;<sup>436</sup> bei den Ausnahmefällen zum *warrant requirement* muss statt dessen zwingend *probable cause* vorliegen. Bei sonstigen Fallkonstellationen, wie im *Terry-Fall*,<sup>437</sup> ist ein *balancing test* zur Bestimmung der Rechtmäßigkeit bzw. *reasonableness* vorzunehmen.<sup>438</sup> Falls diese Anforderungen nicht erfüllt sind oder der *balancing test* zu einem negativen Ergebnis führt, ist die Beschlagnahme unrechtmäßig, und die daraus erlangten Beweismittel sind folglich unverwertbar.

Die obige Darstellung setzt voraus, dass die Beschlagnahme die Folge einer Durchsuchung darstellt, was in der Praxis meistens der Fall ist. Wenn keine Durchsuchung vorliegt, gibt es dennoch Grenzen für eine rechtmäßige Beschlagnahme. Ein typischer Fall dafür ist, dass die Polizei in der Öffentlichkeit in *plain view* Beweismittel für Straftaten oder Konterbande entdeckt, auch wenn diese jemandem gehören. In diesem Fall ist die Entdeckung durch die Polizei keine Durchsuchung, weil kein Eingriff in die Privatsphäre vorliegt.<sup>439</sup> Die Gegenstände dürfen ohne *warrant* in Beschlag genommen werden, und diese Beschlagnahme ist *reasonable*, weil *probable cause* vorliegt, dass diese Gegenstände mit Straftaten verbunden sind.<sup>440</sup> In solchen Fällen stellt *probable cause* eine Bedingung für eine rechtmäßige Beschlagnahme dar.

b) Verstöße gegen Beschlagnahmeverbote aufgrund der Privilegien

In den USA kann eine Durchsuchung und Beschlagnahme bei einem Dritten nur dann angefochten werden, wenn eine privilegierte Beziehung zu dem Dritten oder ein eigentumsrechtliches Interesse oder Geheimhaltungsinteresse an dem Gegen-

---

<sup>435</sup> Vgl. *Dressler/Michaels*, Understanding Criminal Procedure, 6. Aufl., Band I, S. 103; *U.S. v. Alvarez-Tejeda*, 491 F.3d 1013, 1016 (2007); *U.S. v. Roberts*, 612 F.3d 306, 314 (2010).

<sup>436</sup> Vgl. *Zurcher v. Stanford Daily*, 436 U.S. 547, 554 (1978).

<sup>437</sup> *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968).

<sup>438</sup> Vgl. *U.S. v. Alvarez-Tejeda*, 491 F.3d 1013, 1016 (2007); *U.S. v. Place*, 462 U.S. 696, 701, 706 (1983); *U.S. v. Thomson*, 354 F.3d 1197, 1200 (2003).

<sup>439</sup> *Soldal v. Cook County*, 506 U.S. 56, 69 (1992).

<sup>440</sup> *Payton v. New York*, 445 U.S. 573, 586, 587 (1980); *Soldal v. Cook County*, 506 U.S. 56, 69 (1992).



stand besteht.<sup>441</sup> Daher können sich Beschränkungen bei der Beschlagnahme im US-amerikanischen Recht aus den von unterschiedlichen Privilegien abzuleitenden Zeugnisverweigerungsrechten ergeben.

Wie bei der Zeugenvernehmung erwähnt, gelten Privilegien in den USA zwar zwischen Bundesstaaten sowie zwischen diesen und dem Bund unterschiedlich; allgemein anerkannt sind jedoch das *husband-wife privilege*, das *attorney-client privilege*, das *clergy-parishioner privilege*, das *physician-patient privilege* und das *psychotherapist-patient privilege*. Grundsätzlich schützen diese Privilegien sowohl die mündliche als auch die schriftliche Kommunikation. Wenn ein Berufsträger Aufzeichnungen über privilegierte Kommunikation gemacht hat, ist daraus leicht zu schließen, dass die Aufzeichnungen ebenfalls privilegiert sind. Beim *physician-patient privilege* deckt der Schutz des Privilegs auch Gegenstände wie ärztliche Untersuchungsergebnisse ab.<sup>442</sup> Unter Umständen können durch andere Privilegien auch Gegenstände wie eine für den Ehepartner bestimmte Tonaufzeichnung oder eine Tonaufzeichnung, die von Zeugenaussagen handelt und an einen Rechtsanwalt zur Einholung rechtlicher Beratung gesandt wird, also nicht als Verheimlichung von Beweismitteln zu sehen ist, geschützt werden.<sup>443</sup> Wenn ein Beschuldigter einem Rechtsanwalt einen die Straftat betreffenden Gegenstand anvertraut, fällt der Gegenstand nicht unter das *attorney-client privilege*.<sup>444</sup>

Die unter dem Schutz der Privilegien stehenden schriftlichen Mitteilungen, Aufzeichnungen oder Gegenstände unterliegen in den USA allerdings nur „relativen“ Beschlagnahmeverboten, deren Inhalt sich folgendermaßen erklären lässt: Die sich auf solche Gegenstände richtenden Beschlagnahmeanordnungen können in der üblichen Weise erlassen und durchgeführt werden und die Betroffenen haben den Anordnungen zu folgen, auch wenn die Anordnungen später für illegal befunden werden.<sup>445</sup> Um diese Beschlagnahmeverbote bzw. die Verwertungsverbote zu verwirklichen, muss der Beschuldigte im Prozess die entsprechenden Privilegien geltend machen.<sup>446</sup>

<sup>441</sup> Vgl. *In re Grand Jury Proceedings*, 814 F.2d 61, 66 (1987).

<sup>442</sup> *Imwinkelried*, *The New Wigmore: A Treatise on Evidence: Evidentiary Privileges*, § 6.7.3; *Broun* (Hrsg.), *McCormick on Evidence*, Band II, § 293 S. 454 f.

<sup>443</sup> *In re the Bronx Cty. Grand Jury Investigation*, 57 N.Y.2d 66 (1982). Die Fallbeschreibung siehe Anm. 507 im Zweiten Teil, II.D.3.c)bb).

<sup>444</sup> *U.S. v. Marlinga*, 2005 U.S. Dist. Lexis 2636 (2005). Im *Marlinga*-Fall hatte der Beschuldigte einem Rechtsanwalt einige Tonaufzeichnungen anvertraut, die vom Beschuldigten hergestellt worden waren und die Kommunikation zwischen dem Beschuldigten und einem Dritten über rechtswidrige Handlungen beinhalteten. Das Bundesberufungsgericht (*Tenth Circuit*) meinte hier, dass nur die Tatsache der Offenbarung der Existenz der Tonaufzeichnungen unter dem Schutz des *attorney-client privilege* steht. Die Tonaufzeichnungen an sich sind nicht durch das Privileg geschützt, da sich die aufgenommene Kommunikation auf keine Rechtsanwalt-Mandant-Beziehung bezieht.

<sup>445</sup> *Lynch v. Thomas-Davis Medical Centers*, 186 Ariz. 545, 547 (1996).

<sup>446</sup> *Z.B. Rice*, *Attorney-Client Privilege: State Law, Massachusetts* § 10:3.

Die im deutschen Recht angesprochenen Beschlagnahmeverbote für amtliche Schriftstücke und für Gegenstände im Gewahrsam der Presse, einer Redaktion oder ihrer Mitarbeiter finden im US-amerikanischen Recht im *governmental privilege* und im *newsgatherers' privilege* näherungsweise Entsprechungen. Wie schon in Zusammenhang mit dem Ausschluss der Zeugenvernehmung erwähnt, soll im US-amerikanischen Recht ein *governmental privilege* zuerst in Anspruch genommen und anschließend vom Richter angesichts der Umstände des Falles anerkannt werden, wenn durch dieses Privileg der Ausschluss der Zeugenvernehmung bzw. des Zeugnisses bewirkt werden soll. Dies gilt auch bei der Beschlagnahme. Wird ein *governmental privilege* erfolgreich geltend gemacht, so dürfen die betreffenden amtlichen Schriftstücke nicht in das Verfahren eingeführt und somit nicht verwertet werden. Im umgekehrten Fall sind die beschlagnahmten amtlichen Schriftstücke verwertbar. Da das *newsgatherers' privilege* im US-amerikanischen Recht nicht allgemein anerkannt ist, ist eine Beschlagnahme von Gegenständen im Gewahrsam der Presse oder ihrer Mitarbeiter grundsätzlich zulässig, vorausgesetzt aber, dass die Durchsuchung und die anschließende Beschlagnahme der *reasonableness*-Anforderung im Sinne des 4. Zusatzartikels entsprechen.<sup>447</sup> Bei Gerichten, die das *newsgatherers' privilege* anerkennen, können die beschlagnahmten Gegenstände nicht verwertet werden, wenn das Privileg von seinem Rechtsinhaber geltend gemacht wird.

Für die Geltendmachung der betreffenden Beschlagnahmeverbote spielt es im US-amerikanischen Recht keine Rolle, ob sich die Gegenstände im Gewahrsam der Berufsträger oder der Ehegatten befinden oder nicht. Entscheidend ist, dass kein Dritter Kenntnis vom Inhalt der privilegierten Informationen in Form von schriftlichen Mitteilungen oder Aufzeichnungen oder unter Umständen sogar in Form von Gegenständen erhält. In einem *grand jury*-Fall war eine Tonbandkassette, die ein Mann für seine Ehefrau aufgenommen hatte, von mehreren Personen weitergereicht worden und am Ende mit noch intakter Versiegelung in die Hände des Rechtsanwalts des Ehemannes gelangt.<sup>448</sup> Die Mitteilung blieb in diesem Fall vertraulich,<sup>449</sup> und das *husband-wife privilege* konnte somit geltend gemacht werden. In der Beziehung von Mandanten zu Rechtsanwälten, besonders zu Verteidigern, sind ähnlich wie im deutschen Recht zu Verteidigungszwecken dienende Unterlagen stets durch das *attorney-client privilege* geschützt, auch wenn sie sich in den Händen des Beschuldigten befinden. In *Bishop v. Rose*<sup>450</sup> wurde eine schriftliche Erklärung des Beschuldigten, die er auf Wunsch seines Verteidigers verfasst hatte, in seiner Zelle in Beschlag genommen. Die Rechtsprechung hat dies als einen Eingriff in die Vertrauensbeziehung zwischen dem Verteidiger und dem Beschuldigten und

---

<sup>447</sup> Vgl. *Zurcher v. Stanford Daily*, 436 U.S. 547 (1978).

<sup>448</sup> *In re the Bronx Cty. Grand Jury Investigation*, 57 N.Y.2d 66 (1982).

<sup>449</sup> *In re the Bronx Cty. Grand Jury Investigation*, 57 N.Y.2d 66, 74 (1982).

<sup>450</sup> *Bishop v. Rose*, 701 F.2d 1150 (1983).

demgemäß als Verletzung des 6. Zusatzartikels zur US-Bundesverfassung bzw. des Rechts auf einen Rechtsbeistand angesehen.<sup>451</sup> Die Verwertung dieses Beweismittels durch den Staatsanwalt mit dem Ziel, die Glaubwürdigkeit des Beschuldigten in Frage zu stellen, gilt gegenüber dem Beschuldigten als voreingenommen und nachteilig.<sup>452</sup> Ebenso würde in manchen Bundesstaaten die Beschlagnahme der Verteidigungsunterlagen beim Beschuldigten das *attorney-client privilege* verletzen, auch wenn noch kein Verteidiger gewählt oder beigelegt wurde.<sup>453</sup> Allerdings ist hier zu bemerken, dass die geschützten Unterlagen nur solche umfassen, die während der Beziehung zwischen dem Verteidiger und dem Beschuldigten entstanden sind, nicht jedoch die vor der Entstehung der Beziehung angefertigten Unterlagen wie die allgemeine geschäftliche Korrespondenz.<sup>454</sup> Der Schutz aus dem *attorney-client privilege* erlaubt jedoch nicht, dass der Beschuldigte die ihn belastenden Beweismittel, z.B. Tatwerkzeuge, seinem Verteidiger überlässt, um sie vor dem Strafverfahren zu verbergen.<sup>455</sup> Im Fall *State ex rel. Sowers v. Olwell*<sup>456</sup> war der Verteidiger während der Anwalt-Mandant-Beziehung in den Besitz eines Beweismittels in Form eines Messers gelangt, das der Beschuldigte wahrscheinlich bei der Tat benutzt hatte. Der Verteidiger weigerte sich aufgrund des *attorney-client privilege*, das Messer auf Anforderung der Behörde herauszugeben. Der Supreme Court hat eine Abwägung zwischen dem Privileg und dem öffentlichen Interesse an der Ermittlung vorgenommen und gemeint, dass zwar der Verteidiger aufgrund des Privilegs das Messer, das für seine Verteidigungsarbeit von geringer Bedeutung war, für eine Weile behalten durfte, es jedoch nach einer gewissen Zeit an den Staatsanwalt hätte übergeben müssen.<sup>457</sup> Um den Fehler zu vermeiden, dass dies als Voreingenommenheit gegenüber dem Beschuldigten gewertet werden könnte, durfte der Staatsanwalt die Quelle des Beweismittels vor der Jury nicht offenbaren.<sup>458</sup> Durch die Einführung des Beweismittels ohne Angabe von dessen Quelle wurde einerseits dem öffentlichen Interesse Genüge getan und andererseits auch das *attorney-client privilege* gewahrt; somit wurde ein Ausgleich kollidierender Interessen erreicht.<sup>459</sup> Insgesamt vertritt die Rechtsprechung die Auffassung, dass der Verteidiger nicht verpflichtet ist, auf Aufforderung der Behörde Materialien zu übergeben, wenn sie schon bei dem Beschuldigten privilegiert und der Be-

---

<sup>451</sup> *Bishop v. Rose*, 701 F.2d 1150, 1154 (1983).

<sup>452</sup> *Bishop v. Rose*, 701 F.2d 1150, 1157 (1983).

<sup>453</sup> *People v. Gardner*, 106 Cal. App. 3d 882, 887 (1980); *Western Systems, Inc. v. Commercial Union Assur. Co. PLC*, 172 F.3d 61 (1999).

<sup>454</sup> *Rice*, Attorney-Client Privilege in the U.S., § 5:18.

<sup>455</sup> *Broun* (Hrsg.), McCormick on Evidence, Band I, S. 548. Z.B. *In re Search Warrant B-21778*, 521 A.2d 422 (1987); *State ex rel. Sowers v. Olwell*, 64 Wn.2d 828 (1964).

<sup>456</sup> *State ex rel. Sowers v. Olwell*, 64 Wn.2d 828 (1964).

<sup>457</sup> *State ex rel. Sowers v. Olwell*, 64 Wn.2d 828, 833, 834 (1964).

<sup>458</sup> *State ex rel. Sowers v. Olwell*, 64 Wn.2d 828, 834 (1964).

<sup>459</sup> *State ex rel. Sowers v. Olwell*, 64 Wn.2d 828, 834 (1964).

hörde nicht zu übergeben sind,<sup>460</sup> im umgekehrten Fall hat der Verteidiger die Gegenstände oder Unterlagen der Behörde zu offenbaren, die der Beschuldigte im Rahmen der Strafverfolgung abzugeben verpflichtet ist.<sup>461</sup>

Wenn ein Berufsträger oder ein Ehepartner unter dem Verdacht der Teilnahme an der verfolgten Tat steht, ist eine Durchsuchung bzw. eine Beschlagnahme bei ihm zulässig.<sup>462</sup> Zu beachten ist, dass die Durchsuchung gemäß dem *warrant* die Grenzen der *reasonableness* wahren muss, ohne unnötige Eingriffe in vertrauliche privilegierte Kommunikation in jeglicher Form zu verursachen, z.B. mittels Durchsuchung privilegierter Unterlagen von anderen Mandanten als dem Beschuldigten.<sup>463</sup> Erfolgt die Durchsuchung gemäß den Anforderungen der *reasonableness*, ist die darauf folgende Beschlagnahme rechtmäßig und verwertbar.

Die im deutschen Teil angesprochene Fallkonstellation, in der eine zunächst „rechtswidrige“ Beschlagnahme vorgenommen und diese Rechtswidrigkeit erst in der Hauptverhandlung durch die Entdeckung des Teilnahmeverdachts des Berufsträgers oder des Ehepartners behoben wird, gibt es in der US-amerikanischen Praxis kaum, da die beschlagnahmten Gegenstände als *fruit of the poisonous tree*, also aufgrund der Rechtswidrigkeit der Beschlagnahme, schon vor der Hauptverhandlung grundsätzlich ausgeschlossen werden. Demzufolge sorgt im US-amerikanischen System die ursprüngliche Rechtswidrigkeit der Beschlagnahme – auch wenn diese sich später doch als rechtlich zulässig herausstellen sollte – für die Unverwertbarkeit der daraus erlangten Beweismittel. Dies lässt sich anhand des vergleichbaren Beispiels der Zufallsfunde bei der Durchsuchung in *Arizona v. Hicks*<sup>464</sup> erklären. In diesem Fall wurden die „Durchsuchung“ (das „Bewegen“) und die Beschlagnahme der Stereoanlage als rechtswidrig angesehen, obwohl sich die Anlage später als doch beschlagnahmbar herausstellte. Die Rechtsprechung hat dennoch die Stereoanlage als Beweismittel abgelehnt.

In der umgekehrten Fallkonstellation, in der zunächst wegen des Teilnahmeverdachts des Berufsträgers oder des Ehepartners eine „rechtmäßige“ Beschlagnahme vorgenommen wird und später der Teilnahmeverdacht entfällt, ist die Frage der Verwertbarkeit der hierbei beschlagnahmten Gegenstände in den USA normalerweise nicht in der Hauptverhandlung zu beantworten. Der Berufsträger oder Ehepartner kann, wenn er seinen Teilnahmeverdacht bestreitet, eine nichtöffent-

---

<sup>460</sup> *In re the Bronx Cty. Grand Jury Investigation*, 57 N.Y.2d 66, 80 (1982); vgl. auch *State ex rel. Sowers v. Olwell*, 64 Wn.2d 828, 835 (1964).

<sup>461</sup> *State ex rel. Sowers v. Olwell*, 64 Wn.2d 828, 835 (1964); *In re Search Warrant B-21778*, 521 A.2d 422, 442 (1987); vgl. auch *Lynch v. Thomas-Davis Medical Centers*, 186 Ariz. 545, 547 (1996).

<sup>462</sup> Vgl. *Rice, Attorney-Client Privilege in the U.S.*, § 10.3. Z.B. *Klitzman, Klitzman and Gallagher v. Krut*, 744 F.2d 955 (1984).

<sup>463</sup> Vgl. *Rice, Attorney-Client Privilege in the U.S.*, § 10.3.

<sup>464</sup> *Arizona v. Hicks*, 480 U.S. 321 (1987).

liche Verhandlung (*in camera hearing*) beantragen und in dieser überprüfen lassen (*in camera review*), ob sein Privileg auf die beschlagnahmten Gegenstände anwendbar ist.<sup>465</sup> Dies geschieht vor der Hauptverhandlung.

c) *Beschlagnahmeverbote aufgrund des Schutzes der Privatsphäre*

Im US-amerikanischen Recht herrscht folgende Ansicht: Alle auf die Straftat bezogenen Gegenstände, die in einer Durchsuchungsanordnung aufgelistet sind, können durchsucht und beschlagnahmt werden, inklusive Tagebücher, Videos oder Tonaufzeichnungen.<sup>466</sup> Allerdings haben sich Literatur und Rechtsprechung zum Teil mit der Frage befasst, ob einige Beweismittel wegen ihrer auf die Privatsphäre bezogenen Eigenschaft von der Durchsuchung und Beschlagnahme ausgeschlossen werden sollten.<sup>467</sup> In abweichenden Meinungen zu einigen Urteilen kommt der Gedanke des absoluten Schutzbereichs der Privatsphäre zum Ausdruck. Beispielsweise hat Richter *Douglas* in *Warden v. Hayden*<sup>468</sup> geäußert, dass eine Zone der Privatsphäre bestehen soll, in der keine Eingriffe seitens der Polizei, des Gesetzgebers oder des Richters – durch Erlassen eines *warrant* – erfolgen.<sup>469</sup> Teile der Literatur befürworten die Ansicht, dass einige mit der Privatsphäre verbundene Gegenstände wie Tagebücher, Korrespondenz oder Briefe einen höheren Schutz genießen sollten oder gar nicht als Beweismittel beschlagnahmt oder verwertet werden dürfen.<sup>470</sup> *LaFave* hat sich dahingehend geäußert, dass bei solchen Gegenständen das staatliche Interesse an der Verfolgung niemals gegenüber dem privaten Interesse überwiegt.<sup>471</sup> Alles in allem gibt es im US-amerikanischen Recht noch keine klare Antwort auf diese Frage.<sup>472</sup>

<sup>465</sup> Vgl. *People v. Superior Court (Bauman & Rose)*, 37 Cal. App. 4th 1757 (1995).

<sup>466</sup> Vgl. Am. Jur. 2d, *Searches and Seizures* § 233.

<sup>467</sup> Z.B. *LaFave*, *Search and Seizure*, Band I, § 2.6(e), S. 922, 923.

<sup>468</sup> *Warden v. Hayden*, 387 U.S. 294, 313 (1967).

<sup>469</sup> Für eine ähnliche abweichende Ansicht siehe Richter *Fairchild* in *Hill v. Philpott*, 445 F.2d 144, 150 (1971) (“...there is a class of papers so intimately confidential and so much a part of personhood that they ought to enjoy a superlative privacy and be protected from seizure upon an adequately grounded warrant...”); für eine weitere abweichende Ansicht siehe Richter *Marshall* in *Couch v. U.S.*, 409 U.S. 322, 350 (1973) (“Diaries and personal letters that record only their author’s personal thoughts lie at the heart of our sense of privacy.”).

<sup>470</sup> Z.B. *Taylor*, *Two Studies in Constitutional Interpretation*, S. 70; *Newton*, (1967) 45 *Tex. L. Rev.* 559; *Harvard Note* (anon.), (1977) 90 *Harv. L. Rev.* 989; *Johnson*, (2001) 33 *McGeorge L. Rev.* 140.

<sup>471</sup> *LaFave*, *Search and Seizure*, Band I, § 2.6(e), S. 921. Für mehr Informationen über den absoluten Schutz der Privatsphäre siehe auch *LaFave*, *Search and Seizure*, Band I, § 2.6(e), S. 921–925.

<sup>472</sup> Vgl. *Moyer v. Commonwealth*, 33 Va. App. 8, 27 (2000).

## aa) Tagebuchaufzeichnungsfälle

In der Vergangenheit konnten Dokumente (*papers*), darunter geschäftliche Dokumente (*business papers*) und private Dokumente (*private papers*), unter Umständen aufgrund der *mere evidence rule*<sup>473</sup> von der Verwertung ausgeschlossen werden. So konnten Tagebuchaufzeichnungen als private Dokumente nicht verwertet werden.

Die *mere evidence rule* verbietet die Beschlagnahme von Gegenständen, die ausschließlich als Beweise zur Verhaftung oder Verurteilung des Beschuldigten dienen.<sup>474</sup> Solche Gegenstände sind *mere evidence*. Im Gegensatz zu *mere evidence* können *effects* durchsucht und in Beschlag genommen werden. Zu den *effects* gehören Erzeugnisse des Verbrechens (*fruits of the crime*), Tatwerkzeuge (*instrumentalities*) und Konterbande (*contraband*).

Die *mere evidence rule* beruht auf dem Eigentumsgedanken, der sich mit dem ursprünglichen Verständnis des 4. Zusatzartikels in Einklang bringen lässt.<sup>475</sup> Es wurde die Meinung vertreten, dass die Interessen der Regierung an den Erzeugnissen des Verbrechens, den Tatwerkzeugen und der Konterbande überwiegen gegenüber den Interessen der Personen, bei denen solche Gegenstände beschlagnahmt wurden.<sup>476</sup> Für die Erzeugnisse des Verbrechens ist die Regierung der richtige Eigentümer und hat mehr Interessen als der Beschuldigte; bei Tatwerkzeugen wurde dies mit dem Argument begründet, dass die Regierung diese – wie auch die Konterbande – aufgrund ihres überlegenen Eigentumsrechts einzuziehen hat.<sup>477</sup> Bei Gegenständen, die ausschließlich als Beweis zur Verhaftung oder Verurteilung des Beschuldigten dienen können, gibt es hingegen keine Rechtfertigung dafür, das Eigentumsrecht des Individuums dem der Regierung unterzuordnen.<sup>478</sup> Insoweit darf *mere evidence* nicht beschlagnahmt werden.

Dementsprechend konnten Tagebuchaufzeichnungen unter Umständen als *mere evidence* angesehen werden und durften nicht verwertet werden. Jedoch war dies nur ein möglicher Weg für den Schutz der Tagebuchaufzeichnungen vor Verwertung und bedeutete nicht, dass Tagebuchaufzeichnungen als eine Art von *papers* nicht in einigen Fällen den *effects* zugeordnet werden durften. Zur Zeit der Anwendung der *mere evidence rule* wurden *papers* nicht von anderen *effects* unter-

---

<sup>473</sup> Die *mere evidence rule* geht auf den alten englischen Fall *Entick v. Carrington*, 19 How. St. Tr. 1029 (1765) zurück und wurde in den USA angewandt, z.B. *Boyd v. U.S.*, 116 U.S. 616 (1886); *Gouled v. U.S.*, 255 U.S. 298 (1921).

<sup>474</sup> *Dressler/Michaels*, Understanding Criminal Procedure, 6. Aufl., Band I, S. 120; *Gouled v. U.S.*, 255 U.S. 298, 309 (1921).

<sup>475</sup> *Dressler/Michaels*, Understanding Criminal Procedure, 6. Aufl., Band I, S. 120; ähnlich *LaFave*, Search and Seizure, Band I, § 2.6(d), S. 912.

<sup>476</sup> *Dressler/Michaels*, Understanding Criminal Procedure, 6. Aufl., Band I, S. 120; *LaFave*, Search and Seizure, Band I, § 2.6(d), S. 912.

<sup>477</sup> *Dressler/Michaels*, Understanding Criminal Procedure, 6. Aufl., Band I, S. 120.

<sup>478</sup> *Dressler/Michaels*, Understanding Criminal Procedure, 6. Aufl., Band I, S. 120.

schieden, sondern die Unterscheidung bestand nur zwischen *mere evidence* und anderen *effects*.<sup>479</sup> *Papers* konnten in konkreten Fällen sowohl *mere evidence* als auch *effects* sein.<sup>480</sup> In *Gouled v. U.S.*<sup>481</sup> wurde eindeutig darauf hingewiesen, dass keine solche besondere Unantastbarkeit von *papers* im Unterschied zu anderen Formen des Eigentums besteht, um somit *papers* vor Durchsuchung und Beschlagnahme zu schützen, wenn sie im konkreten Fall in den Bereich der Prinzipien der Beschlagnahme, nach denen sonstiges Eigentum beschlagnahmt werden kann, fallen und in *affidavit* und *warrant* genau beschrieben werden.

Die *mere evidence rule* wurde in *Warden v. Hayden*<sup>482</sup> aufgehoben. Die Begründung lautete: Bei der Beschlagnahme geht es nicht um die Eigenschaft des Eigentums, sondern darum, in welchem Maße die persönliche Privatsphäre gefährdet wird.<sup>483</sup> Der Wortlaut des 4. Zusatzartikels gibt keinen Anhaltspunkt für die Unterscheidung zwischen *mere evidence* und den Erzeugnissen des Verbrechens, den Tatwerkzeugen oder der Konterbande.<sup>484</sup> Die Privatsphäre wird durch die Durchsuchung eines schlichten Beweismittels genauso gestört wie durch die Durchsuchung des Erzeugnisses eines Verbrechens, eines Tatwerkzeugs oder der Konterbande.<sup>485</sup> Die Eigenschaft von Eigentum, das als Beweis beschlagnahmt wird, macht das Eigentum nicht privater als z.B. Eigentum, das als Tatwerkzeug in Beschlag genommen wird.<sup>486</sup> Besteht eine Beziehung zwischen dem in Beschlag zu nehmenden Gegenstand und der Straftat, werden Eingriffe in die Privatsphäre gemäß einem rechtmäßigen *warrant* vorgenommen, wenn die Voraussetzungen zur Annahme von *probable cause* und die Anforderungen bezüglich der Genauigkeit aus dem 4. Zusatzartikel erfüllt sind.<sup>487</sup> Daher ist die Rechtfertigung der *mere evidence rule* aus der Eigentumperspektive verworfen worden. Mit der Aufhebung der *mere evidence rule* wurde der mögliche Schutz privater Dokumente, insbesondere Tagebuchaufzeichnungen, vor Durchsuchung und Beschlagnahme ausgeschlossen. Alle Gegenstände dürfen nunmehr ungeachtet ihrer Eigenschaften beschlagnahmt werden.

Bei den Tagebuchaufzeichnungsfällen liegt die Annahme nahe, dass der 5. Zusatzartikel zur Verfassung der Verwertung der Tagebuchaufzeichnungen entgegenstehen könnte. Ein solcher Ansatz wurde in der Rechtsprechung schon zur Zeit der Anwendung der *mere evidence rule* vorgebracht, insbesondere in den Fällen, in

---

<sup>479</sup> Vgl. *LaFave*, Search and Seizure, Band I, § 2.6(d), S. 914.

<sup>480</sup> Vgl. *Warden v. Hayden*, 387 U.S. 294, 302 (1967).

<sup>481</sup> *Gouled v. U.S.*, 255 U.S. 298, 309 (1921).

<sup>482</sup> *Warden v. Hayden*, 387 U.S. 294 (1967).

<sup>483</sup> Zusammengefasst in *Shaffer v. Wilson*, 383 F. Supp. 554, 559, (1974).

<sup>484</sup> *Warden v. Hayden*, 387 U.S. 294, 301 (1967).

<sup>485</sup> *Warden v. Hayden*, 387 U.S. 294, 301, 302 (1967).

<sup>486</sup> *Warden v. Hayden*, 387 U.S. 294, 302 (1967).

<sup>487</sup> *Warden v. Hayden*, 387 U.S. 294, 309 (1967).

denen als *mere evidence* angesehene private Bücher oder Dokumente beschlagnahmt wurden.<sup>488</sup> Es wurde in solchen Fällen vertreten, dass die Verwertung der bei dem Beschuldigten beschlagnahmten privaten Bücher oder Dokumente nicht nur gegen den 4. Zusatzartikel, sondern auch gegen den 5. Zusatzartikel verstößt. Zwischen dem 4. Zusatzartikel und dem 5. Zusatzartikel bestand in dieser Konstellation eine enge Beziehung. Allerdings wird dies in den USA abgelehnt.

*Wigmore* ist der Ansicht, dass der 4. und der 5. Zusatzartikel unterschiedlich sind und der 5. Zusatzartikel beim Ausschluss eines durch illegale Durchsuchung und Beschlagnahme erlangten Beweismittels nicht anzuwenden ist.<sup>489</sup> Es könne bei der Durchsuchung und Beschlagnahme eines Beweismittels von dem Verdächtigen nicht verlangt werden, Zeugnis abzulegen; er ist sogar nicht verpflichtet, überhaupt zu handeln oder gar anwesend zu sein, während das Beweismittel erhoben wird, und dies sei mithin der Grund dafür, warum das Privileg aus dem 5. Zusatzartikel nicht anwendbar sei.<sup>490</sup>

Später hat der Supreme Court in *Andresen v. Maryland*<sup>491</sup> auch bei der Beschlagnahme von *personal business papers*, die gegen den Beschuldigten verwertet wurden, eine Verletzung des 5. Zusatzartikels verneint. Der Supreme Court hat zu den Unterschieden zwischen dem 4. und dem 5. Zusatzartikel ausgeführt: Der 5. Zusatzartikel schützt die Person vor der Herausgabe persönlicher Informationen oder Daten, und eine solche Herausgabe stellt eine zwangsläufige Authentifizierung der belastenden Informationen dar; beim 4. Zusatzartikel werden Informationen geschützt und eine Authentifizierung der belastenden Informationen fehlt hier.<sup>492</sup> Außerdem wurden die *private papers*, seien es *business records* oder ein Tagebuch, von dem Beschuldigten freiwillig angefertigt und von der Polizei aufgrund des *warrant* durchsucht und beschlagnahmt.<sup>493</sup> Die Polizei hat den Beschuldigten nicht gezwungen, etwas zu sagen oder zu tun.<sup>494</sup> Es liegt deshalb keine Verletzung des 5. Zusatzartikels vor.<sup>495</sup> Der Schutz des 5. Zusatzartikels umfasst also nicht die Inhalte persönlicher Dokumente, die freiwillig angefertigt wurden.<sup>496</sup>

Deshalb sind Tagebuchaufzeichnungen wie andere *private papers* im US-amerikanischen Recht grundsätzlich beschlagnahmbar und verwertbar. Einzelne gesetzliche Regelungen können aber ein Beschlagnahmeverbot für *private papers*

<sup>488</sup> Z.B. *Boyd v. U.S.*, 116 U.S. 616 (1886).

<sup>489</sup> *Wigmore*, Evidence in Trials at Common Law, Band VIII, §2264, S. 380-384.

<sup>490</sup> *Wigmore*, Evidence in Trials at Common Law, Band VIII, § 2264, S. 384.

<sup>491</sup> *Andresen v. Maryland*, 427 U.S. 463 (1976).

<sup>492</sup> *Andresen v. Maryland*, 427 U.S. 463, 473, 474 (1976).

<sup>493</sup> *Andresen v. Maryland*, 427 U.S. 463, 471-474 (1976).

<sup>494</sup> *Andresen v. Maryland*, 427 U.S. 463, 473 (1976).

<sup>495</sup> *Andresen v. Maryland*, 427 U.S. 463, 472 (1976). Ähnliche Fälle: *Taylor v. State*, 466 F.2d 1119 (1972); *Moyer v. Commonwealth*, 33 Va. App. 8 (2000).

<sup>496</sup> Am. Jur. 2d, Criminal Law § 1010.



festlegen. Der Bundesstaat *Texas* z.B. hat im *Texas Code Crim. Proc. art. 18.02 (10)* ausdrücklich vorgeschrieben, dass persönliche Schriften des Angeklagten von der Liste durchsuchbarer und beschlagnahmbarer Gegenstände in dem *warrant* ausgeschlossen sind.<sup>497</sup> Dies umfasst persönliche Schriften wie Tagebücher und Notizen.

Grundsätzlich kennt das US-amerikanische Recht keinen absoluten Schutz der Privatsphäre von Tagebuchaufzeichnungen. Die Gründe ergeben sich aus den Präzedenzfällen: Zum einen kann der 4. Zusatzartikel nicht in ein allgemeines verfassungsrechtliches Recht auf Privatsphäre umgewandelt werden,<sup>498</sup> deshalb kann sich der Geltungsbereich des 4. Zusatzartikels nicht so weit erstrecken, dass er die Beschlagnahme bestimmter hoch persönlicher Dokumente verbietet.<sup>499</sup> Zum anderen wird nach der gefestigten Ansicht der Rechtsprechung nicht zwischen *business records* und Tagebüchern differenziert. Eine die Eingriffe in die Privatsphäre beschränkende „Minimierungsanweisung“ – wie in den USA bei der Telekommunikationsüberwachung (*wiretapping*) vorgegeben<sup>500</sup> – würde wahrscheinlich bei der Beschlagnahme von *private papers* nicht gut funktionieren, außer wenn ein sehr spezifisches Vorgehen entwickelt würde. Dies hat sich bereits bei der Telekommunikationsüberwachung erwiesen.<sup>501</sup>

Obwohl grundsätzlich Tagebuchaufzeichnungen als Beweismittel verwertbar sind, kann die Verwertung im Einzelfall wegen konkreter Regelungen, also aufgrund der prozessualen Regeln oder Beweisregeln, in den USA unterschiedlich sein. Beispielsweise kann im Einzelfall eine rechtmäßige Durchsuchung, im Rahmen derer ein Tagebuch des Beschuldigten gefunden wurde, die Polizei nicht dazu berechtigen, dieses Tagebuch einzusehen.<sup>502</sup> Unter Umständen darf das Tagebuch eines Vergewaltigungsopfers nicht verwertet werden.<sup>503</sup> Selbst wenn das Tagebuch nur die Ereignisse und keine Gefühlslage schildert, kann es in einzelnen Fällen

---

<sup>497</sup> *Texas Code of Criminal Procedure Art. 18.02 (10)*: “(a) A search warrant may be issued to search for and seize:....(10) property or items, except the personal writings by the accused, constituting evidence of an offense or constituting evidence tending to show that a particular person committed an offense;...”

<sup>498</sup> *Katz v. U.S.*, 389 U.S. 347, 350 (1967).

<sup>499</sup> *LaFave*, *Search and Seizure*, Band I, § 2.6(e), S. 923.

<sup>500</sup> Im US-amerikanischen Recht wird Telekommunikationsüberwachung auch als *search* bzw. *seizure* angesehen.

<sup>501</sup> *LaFave*, *Search and Seizure*, Band I, § 2.6(e), S. 924.

<sup>502</sup> Z.B. *State v. Davis*, 154 Ariz. 370, 374 (1987): Bei einer mit einem *arrest* verbundenen *search* (*search incident to arrest*) war ein Tagebuch gefunden worden. In einem solchen Fall darf das Tagebuch von der Polizei nicht gelesen werden, weil die *search incident to arrest* auf den Schutz der Polizei vor Angriffen durch einen Beschuldigten abzielt, der zu einer Waffe greifen kann, sowie auf die Verhinderung der Zerstörung von Beweisen durch den Beschuldigten.

<sup>503</sup> Nach dem *rape-shield statute* dürfte z.B. das Tagebuch eines Vergewaltigungsopfers nicht zu dem Zweck benutzt werden, die Freiwilligkeit des Opfers zu beweisen. Als Beispielsfall dafür dient *Commonwealth v. Gentile*, 437 Mass. 569 (2002).

nicht benutzt werden, da es sich bei einem Tagebuch laut US-amerikanischem Recht um *hearsay* handelt.<sup>504</sup>

#### bb) Tonaufzeichnungsfälle

Grundsätzlich dürfen Tonaufzeichnungen, die von Privatpersonen aufgenommen wurden, im US-amerikanischen Strafverfahren beschlagnahmt werden, sofern sie in der Durchsuchungsanordnung identifiziert sind.<sup>505</sup> Die Beschränkungen bei der Verwertung solcher Tonaufzeichnungen ergeben sich im US-amerikanischen Recht anders als im deutschen Recht nicht aus den Inhalten der Tonaufzeichnungen, sondern aus dem Hergang der Sicherstellung, den Beweisregeln oder bestimmten Privilegien.

Sind die Durchsuchung und Beschlagnahme illegal, z.B. wenn diese Maßnahmen ohne einen *warrant* oder – bei Ausnahmefällen zum *warrant requirement* – ohne *probable cause* vorgenommen wurden, so ist die dadurch erlangte Tonaufzeichnung in der Regel unverwertbar. In der Praxis wird die Konstellation diskutiert, dass die Polizei bei der Suche nach den in dem *warrant* beschriebenen bestimmten Beweismitteln auch Tonaufzeichnungen entdeckt und beschlagnahmt.<sup>506</sup> Oftmals hat die Rechtsprechung in solchen Fällen gemäß der *plain view doctrine* über die Verwertbarkeit der Tonaufzeichnungen entschieden. Ferner kann die Verwertung der Tonaufzeichnungen durch Beweisregeln wie die *hearsay rule* oder die *best evidence rule* verhindert werden, wenn es z.B. um eine Zeugenaussage oder eine Kopie der Tonaufzeichnung geht. Darüber hinaus kann eine Tonaufzeichnung in den Schutzbereich eines bestimmten Privilegs fallen, beispielsweise unter das *husband-wife privilege* oder das *attorney-client privilege*.<sup>507</sup> Bei der Inanspruchnahme eines dieser Privilegien kann die Tonaufzeichnung nicht in das Hauptverfahren eingeführt werden. Zu bemerken ist, dass man gegen die Verwertung der Tonaufzeichnungen grundsätzlich nicht das Privileg der Selbstbelastungsfreiheit aus dem 5. Zusatzartikel heranziehen kann. Die Gründe dafür sind die gleichen wie die schon in den

<sup>504</sup> Z.B. *State v. Hardy*, 451 S.E.2d 600 (1994).

<sup>505</sup> Vgl. Am. Jur. 2d, Searches and Seizures § 233.

<sup>506</sup> Z.B. *U.S. v. Bonfiglio*, 713 F. 2d 932 (1983); *State v. Mitchell*, 1988 Ohio App. LEXIS 4644 (1988); *U.S. v. Wilson*, 2007 U.S. Dist. LEXIS 100111 (2007).

<sup>507</sup> Z.B. *In re the Bronx Cty. Grand Jury Investigation*, 57 N.Y.2d 66 (1982). In diesem Fall ging es um die Verwertbarkeit von zwei Tonbandaufnahmen, die ein Mann vor seinem Selbstmordversuch gemacht hatte. Eine davon war für seine Ehefrau bestimmt und wurde von dieser zu Hause gefunden. Die andere lag in seinem Büro und wurde später infolge seiner Hinweise zu seinem Rechtsanwalt gesandt. Die *grand jury* vertritt, dass die erste Tonbandaufnahme dem Schutz des *husband-wife privilege* unterliegt und dass die zweite dem Schutz des *attorney-client privilege* unterliegen könnte, wenn die Ehefrau als Vertreterin ihres Mannes die Tonbandaufnahme an den Rechtsanwalt geschickt hat, die Tonbandaufnahme faktisch eine Zeugenaussage ist und die Übersendung die Einholung rechtlicher Beratung bezweckt.

Tagebuchaufzeichnungsfällen erörterten Grundsätze bezüglich der Verwertbarkeit von *private papers*.

#### 4. Beweisverwertungsverbote bei der körperlichen Untersuchung

Im US-amerikanischen Recht steht die körperliche Untersuchung mit dem Ziel, Beweismaterial aus dem menschlichen Körper zu erlangen, in Zusammenhang mit *search* und *seizure* im Sinne des 4. Zusatzartikels zur US-Bundesverfassung.<sup>508</sup> Neben der Blutprobenentnahme betrifft dies den Drogentest, das Sammeln von Körpergewebe, den DNA-Test, die Untersuchung auf im Körper versteckte Sachen, die Operation zum Zweck des Auffindens von Beweisen usw.<sup>509</sup> Hierbei gelten im Wesentlichen die gleichen Grundsätze wie bei der Durchsuchung.

##### a) Beweisverwertungsverbote bei der körperlichen Untersuchung des Beschuldigten

Wie bei der Durchsuchung richtet sich die Verwertbarkeit der Untersuchungsergebnisse auch hier danach, ob dadurch der 4. Zusatzartikel zur US-Bundesverfassung verletzt wird,<sup>510</sup> was wiederum mit Hilfe der *reasonableness*-Anforderung zu bestimmen ist. Die in Zusammenhang mit der Durchsuchung diskutierten unterschiedlichen Standards zur Beurteilung der *reasonableness* – die Prüfung auf *probable cause* und der *balancing test* – gelten zwar auch bei der körperlichen Untersuchung des Beschuldigten, jedoch lassen sie sich nicht so leicht katalogisieren, wie z.B. bei der Durchsuchung. Vielmehr funktionieren sie hier zusammen. Mit anderen Worten: Neben der Feststellung von *probable cause* muss die Durchführung einer körperlichen Untersuchung auch der Verhältnismäßigkeit entsprechen, worüber durch einen *balancing test* zu entscheiden ist.<sup>511</sup> Allein ein *warrant* oder Gefahr im Verzug als Ausnahme vom *warrant*-Erfordernis kann eine körperliche Untersuchung nicht rechtfertigen; dazu muss außerdem die Vorgehensweise *reasonable* sein.<sup>512</sup> Damit untermauert dieses Merkmal bei der „besonderen“ Durchsuchung (bzw. Beschlagnahme) anschaulich die Feststellung, dass sich im US-amerikanischen Recht nicht mit Sicherheit sagen lässt, dass die Rechtmäßigkeit bei der Durchsuchung (bzw. Beschlagnahme) für eine bestimmte Fallgruppe nach einem bestimmten Standard beurteilt werden kann. Ein diesem Standard zufolge rechtmäßiger Fall könnte am Ende rechtswidrig sein, wenn ein Umstand anders ist

<sup>508</sup> Vgl. *State v. McKinney*, 273 Neb. 346, 353 (2007); *State v. Quinn*, 218 Ariz. 66, 68 (2008); Am. Jur. 2d, Searches and Seizures § 284.

<sup>509</sup> Am. Jur. 2d, Searches and Seizures § 284–§ 291.

<sup>510</sup> Vgl. *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757, 766 (1966).

<sup>511</sup> Vgl. *Winston v. Lee*, 470 U.S. 753, 760–763 (1985); Am. Jur. 2d, Searches and Seizures § 289.

<sup>512</sup> Vgl. *State v. Diaz*, 160 P.3d 739, 742 (2007).

als jener, der bei der Standard-Fallgruppe als Hintergrundfaktor anerkannt wurde. Daher hängt die Rechtmäßigkeit (*reasonableness*) einer körperlichen Untersuchung einerseits davon ab, ob *probable cause* vorliegt, und andererseits vom Ergebnis des *balancing test*.

Für eine körperliche Untersuchung bedarf es in der Regel eines von einem neutralen Richter oder *magistrate* aufgrund des *probable cause* erlassenen *warrant*, es sei denn, es besteht Gefahr im Verzug.<sup>513</sup> Auch bei Gefahr im Verzug muss zur Durchführung der Maßnahme *probable cause* vorliegen.<sup>514</sup> Darunter ist, ähnlich wie bei der Durchsuchung, zu verstehen, dass ein Polizist aufgrund hinreichender zuverlässiger Informationen annehmen kann, dass der Beschuldigte eine Straftat begangen hat und dass durch die körperliche Untersuchung Beweise dafür gefunden werden können. Wird eine körperliche Untersuchung, z.B. eine Blutprobenentnahme, weder gemäß einem *warrant*, noch weil Gefahr im Verzug besteht durchgeführt, ist eine Verletzung des 4. Zusatzartikels grundsätzlich anzunehmen, und das Untersuchungsergebnis fällt unter das Verwertungsverbot. Das gilt allerdings nicht für den Fall, dass der Beschuldigte der Maßnahme zustimmt (*consent*).<sup>515</sup>

Bei der polizeilichen Entscheidung über die Durchführung solcher Maßnahmen ohne richterliche Anordnung kreisen die Diskussionen zu den Beweisverwertungsverböten nicht darum, ob die Polizisten bewusst den Richtervorbehalt umgangen oder ihre Befugnis im Eilfall willkürlich angenommen haben, da im US-amerikanischen Recht, wie schon erwähnt, der subjektive Wille der Polizisten bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit ihrer Handlungen nicht berücksichtigt wird. Entscheidend ist vielmehr, ob objektive Umstände die polizeiliche Annahme von Ge-

<sup>513</sup> Vgl. *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757, 770 (1966).

<sup>514</sup> Vgl. *Marshall v. Columbia Lea Regional Hosp.*, 345 F.3d 1157, 1171–1172 (2003).

<sup>515</sup> Vgl. *People v. Smith*, 254 P.3d 1158, 1161 (2011). Alle 50 US-Bundesstaaten schreiben bezüglich der Trunkenheitsfahrt in sogenannten *implied consent laws* vor, dass Kraftfahrer auf öffentlichen Autobahnen einwilligen müssen, sich auf Aufforderung einem chemischen Blut-, Atem-, Urin- und Speicheltest zu unterziehen, wenn sie aufgrund einer Trunkenheitsfahrt verhaftet werden oder *probable cause* zur Annahme einer Trunkenheitsfahrt vorliegt. Dies ist Voraussetzung für das Führen eines Kraftfahrzeugs im jeweiligen Bundesstaat. In einigen Bundesstaaten können Autofahrer zwischen verschiedenen chemischen Tests wählen. Viele *implied consent laws* fordern eine vorherige Belehrung über das Weigerungsrecht und die Konsequenzen der Einwilligung oder Ablehnung. Bei Weigerung des Beschuldigten kann ein Test trotzdem vorgenommen werden. Allerdings sehen die meisten Bundesstaaten entweder erhebliche Beschränkungen vor, wenn die Polizei eine Blutprobe trotz der Weigerung des Beschuldigten erlangt (oft betrifft dies Verkehrsunfälle mit Todes- oder schwerer Verletzungsfolge), oder sie haben die Blutprobenentnahme ohne Einwilligung vollständig verboten. Einige Bundesstaaten haben die Beschränkungen für die Blutprobenentnahme ohne Einwilligung aufgehoben für den Fall, dass die Strafverfolgungsorgane vorher einen *search warrant* oder eine ähnliche gerichtliche Anordnung eingeholt haben. Besteht Gefahr im Verzug, kann trotz der Weigerung des Beschuldigten eine Blutprobenentnahme auch ohne *warrant* stattfinden. Siehe Am. Jur. 2d, *Automobiles and Highway Traffic* § 350, § 958 und § 959; *Missouri v. McNeely*, 569 U.S. 141, 160, 161, 164 (2013).

fahr im Verzug rechtfertigen können. Im Fall *Schmerber v. California*<sup>516</sup> wurde der Beschuldigte nach einem Unfall im Krankenhaus verhaftet. Ein Polizist hatte bemerkt, dass der Atem des Beschuldigten nach Alkohol roch, und hatte darüber hinaus noch andere Merkmale einer Trunkenheitsfahrt am Unfallort und im Krankenhaus festgestellt. Dem Beschuldigten wurde aufgrund der Anordnung der Polizei Blut entnommen. Der Supreme Court hat hier das Vorliegen von Gefahr im Verzug anerkannt, da zum einen eine Verzögerung aufgrund der Einholung einer richterlichen Anordnung unter diesen Umständen das Erlangen der Beweise hätte gefährden können (da Alkohol im Blut vom Körper schnell abgebaut werden kann) und es zum anderen aufgrund des Unfalls notwendig gewesen war, den Beschuldigten ins Krankenhaus zu bringen und den Unfallort zu untersuchen, wodurch zusätzliche Zeit verloren ging.<sup>517</sup> Diese Beurteilung des Vorliegens von Gefahr im Verzug im *Schmerber*-Fall wurde später in vielen anderen Entscheidungen zitiert und übernommen. In jüngerer Zeit wurde die Konstellation erneut durch den Fall *State v. McNeely* interpretiert,<sup>518</sup> in dem ein Streifenpolizist den Beschuldigten auf der Autobahn anhielt und diesen, als er Anzeichen einer Trunkenheitsfahrt bemerkte, festnahm<sup>519</sup> und eine Blutprobenentnahme anordnete, ohne zuvor eine richterliche Anordnung eingeholt zu haben. Das Berufungsgericht von *Missouri* meinte hier anhand des *Schmerber*-Falls, dass mit Hilfe einer *totality of the circumstances*-Analyse beurteilt werden sollte, ob Gefahr im Verzug vorlag, und dass in diese Analyse neben dem schnellen Abbau des Alkohols im Blut im Einzelfall noch andere *special facts* einbezogen werden sollten.<sup>520</sup> Anschließend sei auf Einzelfallbasis (*on a case-by-case basis*) zu entscheiden.<sup>521</sup> Im *McNeely*-Fall lagen keine *special facts* wie im *Schmerber*-Fall vor, die für die Annahme von Gefahr im Verzug sprachen; es gab keinen Unfall zu ermitteln und keine Verletzung zu behandeln, was es erforderlich gemacht hätte, dass der Polizist sich dafür Zeit genommen und die Aufforderung an den Beschuldigten zur Blutprobenentnahme verschoben hätte.<sup>522</sup> Da die Blutprobenentnahme bereits 25 Minuten, nachdem der Polizist den Wagen des Beschuldigten angehalten hatte, stattfand, konnte nicht von einem Handeln unter Zeitdruck wie im *Schmerber*-Fall die Rede sein.<sup>523</sup> Das Vorliegen von

---

<sup>516</sup> *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966).

<sup>517</sup> *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757, 770, 771 (1966).

<sup>518</sup> *State v. McNeely*, 358 S.W.3d 65 (2012).

<sup>519</sup> Im US-amerikanischen Recht bedeutet *arrest*, dass der Beschuldigte sich nicht freizügig bewegen kann. Daher kann dies unter Umständen zwei Begriffe des deutschen Rechts, „Festnahme“ und „Verhaftung“, einschließen.

<sup>520</sup> *State v. McNeely*, 358 S.W.3d 65, 74 (2012). Allerdings werden in dieser Entscheidung auch andere Interpretationen von anderen Gerichten dargestellt, nach denen allein der schnelle Abbau des Alkohols im Blut schon die Annahme von Gefahr im Verzug begründen kann.

<sup>521</sup> *State v. McNeely*, 358 S.W.3d 65, 74 (2012).

<sup>522</sup> *State v. McNeely*, 358 S.W.3d 65, 74 (2012).

<sup>523</sup> *State v. McNeely*, 358 S.W.3d 65, 74, 75 (2012).

Gefahr im Verzug wurde hier verneint und die Blutprobenentnahme, der weder ein *warrant* noch die Zustimmung des Beschuldigten vorangegangen war, verstieß daher gegen den 4. Zusatzartikel.<sup>524</sup> Das Untersuchungsergebnis war somit unverwertbar. Später befand der Supreme Court auch, dass das Vorliegen von Gefahr im Verzug von Fall zu Fall anhand eines *totality of the circumstances test* zu bestimmen sei, und stimmte dieser Entscheidung zu.<sup>525</sup>

Wenn eine körperliche Untersuchung auf unrechtmäßige bzw. als *unreasonable* anzusehende Weise durchgeführt wird, kann sie trotz ihrer rechtmäßigen richterlichen Anordnung oder der Annahme von Gefahr im Verzug ein Verwertungsverbot zur Folge haben. Die *reasonableness* der Durchführung lässt sich in jedem Einzelfall durch Abwägung (*balancing test*) der privaten und öffentlichen Interessen, die von dem Prozess berührt werden, entscheiden.<sup>526</sup> Bei der Abwägung ist die Gefahr für die individuelle Sicherheit und Gesundheit zu berücksichtigen; der Eingriff in die individuellen Interessen, in die persönliche Privatsphäre und die körperliche Integrität sowie die Interessen der Gesellschaft sind bei der gerechten und sorgfältigen Entscheidung über Schuld und Unschuld zu beachten.<sup>527</sup> In einigen Entscheidungen ist dieser Grundgedanke der Abwägung ähnlich zum Ausdruck gekommen.<sup>528</sup> Zur Bestimmung der *reasonableness* wird außerdem manchmal nach dem Gedanken des Subsidiaritätsprinzips gefordert, dass Gerichte auch berücksichtigen sollen, ob es eine Möglichkeit ohne Eingriff oder mit weniger belastendem Eingriff in den Körper gäbe.<sup>529</sup> Hierbei soll die objektive Bewertung der *reasonableness* durch die Untersuchung der *totality of the circumstances* erfolgen.<sup>530</sup> Grundsätzlich ist die körperliche Untersuchung auf eine Weise vorzunehmen, die als *reasonable* anzusehen ist; die Vorgehensweise darf weder besonders ungerecht und willkürlich erscheinen (*shock the conscience*)<sup>531</sup> noch an sich brutal und angreifend (*inherently brutal and offensive*)<sup>532</sup> sein. Was die Beurteilung der *reasonableness* durch einen *balancing test* anbelangt, kann der Fall *Winston v. Lee*<sup>533</sup> erklären. In diesem Fall sollte gegen den Beschuldigten eine Operation unter Vollnarkose angeordnet werden, um zu Beweis Zwecken eine von dem Tatopfer abgefeuerte Kugel, die sich unter dem linken Schlüsselbein des Beschuldigten be-

<sup>524</sup> *State v. McNeely*, 358 S.W.3d 65, 75 (2012).

<sup>525</sup> *Missouri v. McNeely*, 569 U.S. 141, 149 (2013).

<sup>526</sup> Vgl. *Winston v. Lee*, 470 U.S. 753, 760 (1985).

<sup>527</sup> *Winston v. Lee*, 470 U.S. 753, 761–763 (1985).

<sup>528</sup> Z.B. *State v. Stephens*, 782 So. 2d 562, 565 (2001); *Spencer v. Roche*, 659 F.3d 142, 147 (2011).

<sup>529</sup> *Spencer v. Roche*, 659 F.3d 142, 147 (2011); *U.S. v. Cameron*, 538 F.2d 254, 258 (1976); *Jauregui v. Superior Court*, 179 Cal. App. 3d 1160, 1167 (1986).

<sup>530</sup> *State v. Diaz*, 144 Idaho 300, 303 (2007).

<sup>531</sup> *Rochin v. California*, 342 U.S. 165, 172 (1952).

<sup>532</sup> *State v. Findlay*, 259 Iowa 733, 738 (1966); *Lee v. State*, 187 Kan. 566, 571 (1961).

<sup>533</sup> *Winston v. Lee*, 470 U.S. 753 (1985).

fand, zu entfernen. Der Supreme Court hat hier das Erfordernis der Vollnarkose, das Operationsrisiko, den extremen Eingriff in die körperliche Integrität sowie die Bedeutung des Beweises für die Tataufklärung berücksichtigt und die persönlichen Interessen des Beschuldigten gegen die Interessen der Gesellschaft abgewogen und entschieden, dass in diesem Fall eine Operation gegen den 4. Zusatzartikel verstoßen würde und *unreasonable* wäre.<sup>534</sup>

Da in Bezug auf die Durchführung der körperlichen Untersuchung das *reasonableness*-Kriterium für die Rechtmäßigkeit der Maßnahme maßgeblich ist, wird es als nicht so wichtig wie im deutschen Recht betrachtet, ob die Maßnahme, typischerweise die Blutprobenentnahme, von einem Arzt oder bestimmten medizinischen Fachkräften vorgenommen wird. Für die *reasonableness* der Vorgehensweise ist eine umfassende Betrachtung anzustellen; dabei ist zu fragen, ob der körperliche Eingriff von medizinischem Personal in einem medizinischen Umfeld nach anerkannten medizinischen Praktiken durchgeführt wird.<sup>535</sup> Üblicherweise ist in den Gesetzen der Bundesstaaten geregelt, dass nur ein Arzt oder eine qualifizierte medizinische Fachkraft eine Blutprobe entnehmen darf.<sup>536</sup> Allerdings steht ein Verstoß gegen diese Regelung keiner Verletzung des Verfassungsrechts gleich.<sup>537</sup> Auch wenn die Polizisten gewusst haben, dass der Entnehmende kein Arzt oder keine dazu berechtigte Person ist, und trotzdem den Beschuldigten zur Blutprobenentnahme gezwungen haben, ist dieser vorsätzliche und planmäßige Verstoß gegen ein bundesstaatliches Gesetz keine Verletzung der Verfassung und führt zu keinem Verwertungsverbot.<sup>538</sup> Bei Verletzung der bundesstaatlichen Gesetze durch die Polizei neigt die Rechtsprechung eher dazu, die Polizisten direkt zu sanktionieren, etwa durch interne Mittel wie interne Ermittlungen, Schulung oder Disziplinarmaßnahmen, statt indirekt durch Beweisverwertungsverbote; die Polizisten könnten sich somit einer Zivilklage auf Unterlassung oder wegen anderer Ansprüche ausgesetzt sehen.<sup>539</sup> Darüber hinaus ist die Anwendung von Zwang zulässig, soweit der Zwang angesichts der Umstände *reasonable* ist.<sup>540</sup>

#### b) Beweisverwertungsverbote bei der körperlichen Untersuchung anderer Personen

Um Beweismaterial aus dem Körper anderer Personen zu erlangen, kann eine körperliche Untersuchung unter bestimmten Umständen ohne deren Einwilligung

<sup>534</sup> *Winston v. Lee*, 470 U.S. 753, 763–766 (1985).

<sup>535</sup> Vgl. *People v. Bracamonte*, 15 Cal. 3d 394, 405 (1975).

<sup>536</sup> Am. Jur. 2d, Automobiles and Highway Traffic § 353.

<sup>537</sup> *People v. Mateljan*, 129 Cal. App. 4th 367, 376 (2005); *People v. McHugh*, 119 Cal. App. 4th 202, 213 (2004).

<sup>538</sup> *People v. Mateljan*, 129 Cal. App. 4th 367, 376 (2005).

<sup>539</sup> *People v. Mateljan*, 129 Cal. App. 4th 367, 377 (2005).

<sup>540</sup> *People v. McHugh*, 119 Cal. App. 4th 202, 203 (2004).

in einer als *reasonable* anzusehenden Weise durchgeführt werden.<sup>541</sup> Dies setzt einerseits das Vorliegen genügender Anhaltspunkte dafür voraus, dass jemand eine Straftat begangen hat, und andererseits, dass die Durchführungsweise der körperlichen Untersuchung als *reasonable* anzusehen ist.<sup>542</sup> Im Wesentlichen gehen diese Beschränkungen auf die Voraussetzungen für eine als *reasonable* anzusehende körperliche Untersuchung des Beschuldigten zurück.<sup>543</sup> Die US-amerikanische Rechtsprechung hat anerkannt, dass andere Personen den gleichen Schutz aus dem 4. Zusatzartikel vor staatlichen Eingriffen genießen wie der Beschuldigte<sup>544</sup> und dass die Voraussetzungen für die körperliche Untersuchung anderer Personen die gleichen wie beim Beschuldigten sind.<sup>545</sup> Daher gelten auch für sie die bei der körperlichen Untersuchung des Beschuldigten entwickelten Grundsätze. Anders als im deutschen Recht gibt es bei der körperlichen Untersuchung anderer Personen keine Unterscheidung zwischen Personen, die eine Duldungspflicht haben und Personen, die nicht zur Duldung verpflichtet sind. Unter den gleichen Bedingungen kann auch die Glaubwürdigkeit anderer Personen untersucht werden.<sup>546</sup>

Für eine als *reasonable* anzusehende körperliche Untersuchung anderer Personen muss zuerst *probable cause* zur Annahme vorliegen, dass eine Straftat von jemandem begangen wurde und dass durch die körperliche Untersuchung Beweise für die Straftat zu finden sind.<sup>547</sup> Anschließend findet zur Abwägung zwischen den staatlichen Interessen und dem individuellen Recht der anderen Personen aus dem 4. Zusatzartikel ein *balancing test* statt, um zu entscheiden, ob die körperliche Untersuchung verhältnismäßig ist.<sup>548</sup> Beim *balancing test* sind einerseits zu berücksichtigen: die Schwere der Straftat, der Grad des Verdachts gegen den Beschuldigten, die Wichtigkeit der Beweise für die Ermittlung, die Zuverlässigkeit der vorzunehmenden Untersuchungsmethode sowie die Möglichkeit, die Beweise mit einer anderen Methode durch einen weniger belastenden Eingriff aufzudecken usw. Andererseits ist das sich aus dem 4. Zusatzartikel ergebende Recht anderer Personen auf körperliche Unversehrtheit und somit auf Freiheit von körperlichen Eingriffen zu wahren.<sup>549</sup> Der *balancing test* beruht auf einer von Fall zu Fall flexibel gestalteten

---

<sup>541</sup> *State v. Haynie*, 240 Ga. 866, 867 (1978).

<sup>542</sup> *State v. Haynie*, 240 Ga. 866, 867 (1978).

<sup>543</sup> Vgl. *State v. Haynie*, 240 Ga. 866, 867 (1978).

<sup>544</sup> *State v. Register*, 308 S.C. 534, 537 (1992); *People v. Browning*, 108 Cal. App. 3d 117, 122 (1980).

<sup>545</sup> Vgl. *Commonwealth v. Draheim*, 447 Mass. 113, 119 (2006).

<sup>546</sup> Vgl. *State v. Cates*, 2001 SD 99 (2001).

<sup>547</sup> *State v. Register*, 308 S.C. 534, 537, 538 (1992); *People v. Browning*, 108 Cal. App. 3d 117, 124 (1980); *Commonwealth v. Draheim*, 447 Mass. 113, 119 (2006).

<sup>548</sup> *State v. Register*, 308 S.C. 534, 538 (1992); *People v. Browning*, 108 Cal. App. 3d 117, 124 (1980).

<sup>549</sup> *State v. Register*, 308 S.C. 534, 538 (1992); *People v. Browning*, 108 Cal. App. 3d 117, 124, 125 (1980); vgl. auch *Commonwealth v. Draheim*, 447 Mass. 113, 119 (2006).



Analyse der *totality of the facts and circumstances*; dabei sind alle oben genannten Faktoren je nach Sachlage zu berücksichtigen.<sup>550</sup>

Wenn gegen die Voraussetzungen für eine zulässige körperliche Untersuchung anderer Personen verstoßen wird, liegt eine Verletzung der Rechte der anderen Personen vor, wobei dies kein Beweisverwertungsverbot im Prozess gegen den Beschuldigten zur Folge hat, da das Recht aus dem 4. Zusatzartikel persönlich ist und nur der Rechtsinhaber den Ausschluss der durch Rechtsverletzung erlangten Beweise in Verfahren gegen ihn selbst geltend machen kann.<sup>551</sup>

Ein Weigerungsrecht aus familiären Gründen – wie im deutschen Recht –, die sich im US-amerikanischen Recht aus familiären Privilegien, vor allem aus dem *husband-wife privilege*, ergeben sollen, gibt es bei der körperlichen Untersuchung anderer Personen nicht. Im US-amerikanischen Recht gelten solche Privilegien nur für Aussagen, nicht für körperliche Beweise.<sup>552</sup>

### c) Beweisverwertungsverbote bei der DNA-Analyse

#### aa) Allgemeines

Im US-amerikanischen Recht stellt der Eingriff in die körperliche Unversehrtheit einer Person durch Entnahme von Körpermaterial und die DNA-Analyse solchen Materials eine *search* und *seizure* im Sinne des 4. Zusatzartikels dar.<sup>553</sup> Dieses Material kann bei dem Beschuldigten oder einem Dritten<sup>554</sup> entnommen und für die DNA-Analyse zur Verfügung gestellt werden. Am Tatort aufgefundenen DNA-Material kann bedenkenlos einer DNA-Analyse unterzogen und mit anderem DNA-Material verglichen werden. Häufig hatte die Rechtsprechung die Entnahme von Körpermaterial eines Beschuldigten zu behandeln.

Zwar gelten die Grundsätze der *search*, wie das Erfordernis von *probable cause*, im Wesentlichen auch hier; allerdings wurden besondere Rechtsgrundlagen für die Entnahme von Körpermaterial des Beschuldigten für eine DNA-Analyse entwickelt. Auf Bundesebene wurde bereits 1994 durch den *Violent Crime Control and Law Enforcement Act (Crime Control Act)*<sup>555</sup> das FBI (*Federal Bureau of Investigation*) berechtigt, eine DNA-Profil-Datenbank, das sogenannte *Combined DNA*

<sup>550</sup> *State v. Register*, 308 S.C. 534, 538 (1992).

<sup>551</sup> *Dressler/Michaels*, *Understanding Criminal Procedure*, 6. Aufl., Band I, S. 321.

<sup>552</sup> Vgl. *Weinstein/Berger*, *Weinstein's Federal Evidence*, Band III, Stand: 2014, § 505.05[2].

<sup>553</sup> *State v. Body*, 207 N.C. App. 632, 636 (2010); *People v. Travis*, 139 Cal. App. 4th 1271, 1281 (2006); *Boling v. Romer*, 101 F.3d 1336, 1340 (1996); *Nebraska v. McKinney*, 273 Neb. 346, 353 (2007).

<sup>554</sup> *In re Jansen*, 444 Mass. 112 (2005).

<sup>555</sup> Kodifiziert und geändert in 42 U.S.C. §§ 13701–14223.

*Index System (CODIS)*,<sup>556</sup> einzurichten, um den Austausch von DNA-Profilen zwischen den Bundesstaaten und den Vergleich von am Tatort aufgefundenem DNA-Material und den in der Datenbank gespeicherten DNA-Profilen von verurteilten Tätern zu ermöglichen.<sup>557</sup> Im Jahr 2000 wurde der *DNA Analysis Backlog Elimination Act (DNA Act)* erlassen, nach dem von jedem sich im Vollzug befindlichen, aufgrund näher bestimmter Delikte<sup>558</sup> Verurteilten sowie von denjenigen, die Strafaussetzung zur Bewährung oder Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung bekommen oder unter Aufsicht entlassen werden (*probation, parole, or supervised release*), DNA-Profile entnommen werden sollen. 2005 und 2006 wurde diese Gruppe um diejenigen erweitert, die verhaftet worden sind, sich vor Gericht zu verantworten haben oder schuldig gesprochen worden sind.<sup>559</sup> Auf Bundesstaatenbene gibt es ähnliche Regelungen.<sup>560</sup>

Für die Entnahme von Material zur DNA-Analyse gibt es in der Rechtsprechung zwei Begründungsweisen. Die erste Argumentation folgt der *special needs doctrine*, welche als Ausnahme zur allgemeinen Anforderung des individualisierten Verdachts für eine *search* angesehen wird: Das heißt, wenn eine *search* einem über die normalen Erfordernisse der Strafverfolgung hinausgehenden *special need* dient, ist ein individualisierter Verdacht nicht erforderlich.<sup>561</sup> Ein *special need* kann eine *search* ohne Anordnung und ohne Verdacht rechtfertigen, wodurch die allgemeinen Anforderungen – *warrant* und *probable cause* – für eine *search* ausnahmsweise unanwendbar werden.<sup>562</sup> Allerdings muss die Durchführung der *search* auch bei Vorliegen eines *special need* der *reasonableness* entsprechen, worüber durch einen *balancing test* zur Abwägung zwischen dem *special need* und den privaten Interessen zu entscheiden ist.<sup>563</sup> Die andere, von der Rechtsprechung meistens vorgebrachte,<sup>564</sup> Begründung bezieht sich auf die *totality of the circumstances*, bei der wiederum durch Abwägung zwischen privaten und staatlichen Interessen (*balancing test*) die Zulässigkeit bzw. Rechtmäßigkeit oder *reasonableness* der Entnahme

---

<sup>556</sup> Wie die New York Times am 18.04.2009 berichtete, war CODIS zwischenzeitlich zur größten DNA-Datenbank der Welt herangewachsen. Abrufbar unter [http://www.nytimes.com/2009/04/19/us/19DNA.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2009/04/19/us/19DNA.html?_r=0) [Stand:15.07.2018].

<sup>557</sup> *U.S. v. Mitchell*, 652 F.3d 387, 399 (2011).

<sup>558</sup> Der *DNA Act* ist ebenfalls im U.S.C. kodifiziert, und zwar mit Abänderungen. Entsprechend beziehen sich die hier genannten „näher bestimmten Delikte“ auf 42 U.S.C. § 14135a (d). Darunter fallen Verbrechen jeder Art, ausgewählte Vergehen und Gewalttaten, sowie Versuche oder Verschwörungen mit dem Ziel, die vorangehend aufgeführten Taten zu begehen.

<sup>559</sup> 42 U.S.C. § 14135 a (a)(1)(A).

<sup>560</sup> *People v. Travis*, 139 Cal. App. 4th 1271, 1285 (2006).

<sup>561</sup> Am. Jur. 2d, Searches and Seizures § 115. In der Rechtsprechung fand die *special needs doctrine* z.B. in *State v. O'Hagen*, 189 N.J. 140 (2007) Anwendung.

<sup>562</sup> Am. Jur. 2d, Searches and Seizures § 115.

<sup>563</sup> Am. Jur. 2d, Searches and Seizures § 115.

<sup>564</sup> *U.S. v. Mitchell*, 652 F.3d 387, 403 (2011).

von Körpermaterial des Beschuldigten geprüft wird.<sup>565</sup> Angesichts folgender Umstände ist der Eingriff in das Recht des 4. Zusatzartikels minimal:<sup>566</sup> Das Material zur DNA-Analyse wird durch die heute übliche Blutentnahme oder den noch weniger in den Körper eingreifenden Wangenschleimhautabstrich (*buccal swab*) erlangt;<sup>567</sup> in den Regelungen sind sehr strenge Beschränkungen für die Verwendung von DNA-Material zur Vermeidung von Missbrauch angelegt; das DNA-Profil wird von den meisten Gerichten als „Fingerabdruck des 21. Jahrhunderts“ bezeichnet und für den *booking process*<sup>568</sup> im Strafverfahren wie ein Fingerabdruck verwendet,<sup>569</sup> nach der aufgrund von *probable cause* erfolgten Verhaftung ist die Identität des Beschuldigten eine Sache des staatlichen Interesses geworden,<sup>570</sup> und er hat gegenüber dem durch den 4. Zusatzartikel geschützten Recht des normalen Bürgers eine verminderte Privatsphäre.<sup>571</sup> Demgegenüber sind die staatlichen Interessen an der effizienten und korrekten Identifizierung des Beschuldigten sowie an der Ermittlung, an der Lösung alter ungeklärter Straftaten durch Abgleich mit den in CODIS gespeicherten DNA-Profilen und an der Kriminalitätsprävention vorherrschend.<sup>572</sup> Daher spricht der *balancing test* häufig für die Zulässigkeit der Materialentnahme, und die DNA-Analyse kann für die Verwertung vor Gericht zur Verfügung stehen.

Der Rechtsprechung zufolge ist die Nutzung von DNA-Informationen aus CODIS sehr streng auf Identifizierungszwecke beschränkt<sup>573</sup> und stellt keinen schwe-

---

<sup>565</sup> Der *balancing test* findet in der Rechtsprechung schon seit langem Anwendung. Früher wurde die Entnahme eines DNA-Profiles des Verurteilten durch diesen Test begründet, z.B. in *People v. Travis*, 139 Cal. App. 4th 1271, 1282–1286 (2006); *Johnson v. Ogershok*, 134 Fed. Appx. 535 (2005); *U.S. v. Sczubelek*, 402 F.3d 175 (2005); *People v. Johnson*, 139 Cal. App. 4th 1135 (2006); *Boling v. Romer*, 101 F.3d 1336 (1996). Später wurde diese Begründung auch für die Entnahme von DNA-Material des Beschuldigten übernommen.

<sup>566</sup> *U.S. v. Mitchell*, 652 F.3d 387, 406–413 (2011).

<sup>567</sup> Auch *State v. Franklin*, 76 So. 3d 423, 425 (2011).

<sup>568</sup> Im *booking process* werden von Beschuldigten nach der Festnahme in einer Polizeidienststelle Fotos, Personalien, Fingerabdrücke und mitgeführte Gegenstände aufgenommen. Ab diesem Zeitpunkt fängt die Verhaftung (*arrest*) an.

<sup>569</sup> Auch *State v. Franklin*, 76 So. 3d 423, 424, 425 (2011); *Boling v. Romer*, 101 F.3d 1336, 1339 (1996).

<sup>570</sup> Auch *Boling v. Romer*, 101 F.3d 1336, 1339 (1996); *Jones v. Murray*, 962 F.2d 302, 306 (1992); vgl. auch *People v. Johnson*, 139 Cal. App. 4th 1135, 1162 (2006).

<sup>571</sup> Vgl. *People v. Travis*, 139 Cal. App. 4th 1271, 1284 (2006); *Boling v. Romer*, 101 F.3d 1336, 1340 (1996).

<sup>572</sup> Vgl. *U.S. v. Mitchell*, 652 F.3d 387, 413–416 (2011); *People v. Travis*, 139 Cal. App. 4th 1271, 1285 (2006).

<sup>573</sup> *U.S. v. Mitchell*, 652 F.3d 387, 408 (2011); *Johnson v. Ogershok*, 134 Fed. Appx. 535, 537 (2005); vgl. auch Am. Jur. 2d, Evidence § 585; Rape § 44. Die bundesstaatlichen Regelungen sehen ebensolche Beschränkungen vor, wie beispielsweise Cal Penal Code § 295.1 (a). Dabei kann die DNA-Analyse nur zu Identifizierungszwecken vorgenommen werden.

ren Eingriff in die Privatsphäre dar. CODIS enthält zwar DNA-Profile, aber diese lassen sich anhand der dort gespeicherten Informationen nicht direkt auf konkrete Personen beziehen.<sup>574</sup> Zur Erstellung eines DNA-Profiles wird nur sogenannte *junk DNA* benutzt, welche ein genfreier Abschnitt der DNA und nicht für *trait coding* verantwortlich ist.<sup>575</sup> Für die Erstellung eines DNA-Profiles muss DNA-Material analysiert werden; dementsprechend handelt es sich hier um eine DNA-Analyse.<sup>576</sup> DNA-Profile bilden keine Eigenschaften, Störungen oder Veranlagungen von Einzelpersonen ab.<sup>577</sup> Daher besteht hier kein schwerer Eingriff in die Privatsphäre. Laut 42 U.S.C. § 14132 (b)(3)(A) können die in CODIS gespeicherten DNA-Profile im Strafverfahren zu Identifizierungszwecken den Strafrechtspflegebehörden offenbart werden und verwendet werden.<sup>578</sup> Die DNA-Profile dürfen zu keinem anderen Zweck als zu den in 42 U.S.C. § 14132 (b)(3) vorgeschriebenen Zwecken offenbart und verwendet werden;<sup>579</sup> geschieht dies doch, wird nach 42 U.S.C. § 14132 (c) der Zugang zu CODIS gesperrt und diesbezüglich handelnde Personen werden dafür nach 42 U.S.C. § 14135e (c) mit strafrechtlichen Sanktionen belegt. Die DNA-Analyse zur Erstellung von DNA-Profilen und der Abgleich mit DNA-Profilen aus CODIS dürfen also nur zu Identifizierungszwecken erfolgen. Die Verwendung zu einem anderen Zweck ist verboten.

#### bb) Fallkonstellationen

Die für das deutsche Recht beschriebene, sich aus dem Gesetz ergebende Fallkonstellation, dass eine bei der körperlichen Untersuchung des Beschuldigten be-

---

<sup>574</sup> Gespeichert werden folgende Informationen: (1) die DNA-Profile; (2) der sogenannte *Agency Identifier*, eine Nummer, mit der die die DNA-Profile liefernden Stellen identifiziert werden können; (3) die sogenannte *Specimen Identification Number*, die bei der Aufnahme des Profils in die Datenbank automatisch zugewiesen wird und die keine Rückschlüsse zulässt auf die Sozialversicherungsnummer des Registrierten, sein Vorstrafenregister oder die Justizvollzugsanstalt, in der er sich befindet; (4) Informationen über das Laboratorium, in dem das DNA-Profil erstellt worden ist. Siehe *U.S. v. Mitchell*, 652 F.3d 387, 400 (2011).

<sup>575</sup> *U.S. v. Mitchell*, 652 F.3d 387, 400 (2011).

<sup>576</sup> Dies lässt sich aus dem Wortlaut von 42 U.S.C. § 14132 (a) schließen: “Index to facilitate law enforcement exchange of DNA identification information (a) Establishment of index. The Director of the Federal Bureau of Investigation may establish an index of (1) DNA identification records of (A) persons convicted of crimes; (B) persons who have been charged in an indictment or information with a crime; and (C) other persons whose DNA samples are collected under applicable legal authorities, provided.....; (2) analyses of DNA samples recovered from crime scenes; (3) analyses of DNA samples recovered from unidentified human remains; and (4) analyses of DNA samples voluntarily contributed from relatives of missing persons.”

<sup>577</sup> *U.S. v. Mitchell*, 652 F.3d 387, 408 (2011).

<sup>578</sup> In 34 U.S.C. § 40702 (b)(3) sind zwar vier Zwecke aufgelistet, aber im Strafverfahren dient die Offenbarung von DNA-Profilen gegenüber den Strafrechtspflegebehörden nur Identifizierungszwecken.

<sup>579</sup> Vgl. *U.S. v. Mitchell*, 652 F.3d 387, 408 (2011).

stehende Rechtsverletzung zur Unverwertbarkeit des auf diese Weise erlangten Materials der DNA-Analyse führt, findet im US-amerikanischen Recht kaum eine Entsprechung, da 34 U.S.C. § 40702 (a)(1)(A) den *Attorney General* und andere von ihm beauftragte Behörden berechtigt, Material zur Erstellung von DNA-Profilen bzw. zur DNA-Analyse direkt zu entnehmen, statt es über eine vorherige selbstständige Entnahme – „körperliche Untersuchung“ – zu erlangen. Auch vor den Gesetzesänderungen der Jahre 2005 und 2006 konnte sich die richterliche Anordnung einer DNA-Analyse in der Ermittlung direkt dahingehend auswirken, Material von dem Beschuldigten zu entnehmen.

Die Rechtsprechung bietet eine Parallele zu den Prinzipien der deutschen Fallkonstellation im Fall *Wilson v. Maryland*<sup>580</sup>, in dem eine Blutprobe des Beschuldigten, die sieben Jahre zuvor im Rahmen eines anderen Verfahrens, in dem er einer der Verdächtigen war, rechtmäßig entnommen worden war (welchem Test diese Blutprobe ursprünglich dienen sollte, ist unbekannt) und damals unbenutzt geblieben war, nunmehr bei der DNA-Analyse verwendet wurde. Die Verwendbarkeit der Blutprobe bei der späteren DNA-Analyse beruhte darauf, dass der Beschuldigte keine privaten Interessen mehr an der Blutprobe hatte bzw. keine Behauptung der *unreasonable search and seizure* bezüglich der Verwendung der Blutprobe erheben konnte, solange sie rechtmäßig erlangt worden war, so dass eine Analyse dieser Blutprobe keine *search and seizure* darstellte.<sup>581</sup> Wäre die Blutprobe hingegen in diesem Fall damals unrechtmäßig entnommen worden, könnte man aufgrund der *fruit of the poisonous tree*-Doktrin auf die Unverwertbarkeit der Blutprobe bei der DNA-Analyse schließen, was weiter zum Verwertungsverbot der DNA-Analyse führen würde.

Hat die Polizei durch Täuschung DNA-Material eines Beschuldigten erlangt, so kann dieses trotzdem für eine Analyse verwendet werden. Im Fall *People v. Gibson*<sup>582</sup> wurde *Jeffrey Gibson*, der eines Raubüberfalls verdächtig war, aufgrund einer anderen Strafsache inhaftiert. Er verlangte, mit einem ihm seit einigen Jahren bekannten Detective zu sprechen. Der Detective ließ *Gibson* zu diesem Zweck in ein Büro bringen und holte während des Gesprächs eine Packung Zigaretten heraus in der Hoffnung, DNA-Material von *Gibson* erlangen zu können. Wie von dem Detective erhofft, bat *Gibson* um eine Zigarette, und anschließend wurde Material für eine DNA-Analyse von dem im Aschenbecher hinterlassenen Stummel entnommen. Das positive Ergebnis der DNA-Analyse wurde, was den Raubüberfall betraf, gegen den Beschuldigten verwertet. Das Verhalten des Detective, als er dem Beschuldigten eine Zigarette reichte, wurde nicht als Entlocken einer belastenden

---

<sup>580</sup> *Wilson v. Maryland*, 132 Md. App. 510 (2000).

<sup>581</sup> *People v. King*, 232 A.D.2d 111, 117, 118 (1997); *Wilson v. Maryland*, 132 Md. App. 510, 545 (2000). Diese Prinzipien wurden auch in weiteren Fällen angewandt: *Pharr v. Virginia*, 50 Va. App. 89, 97 (2007); *State v. Boyd*, 207 N.C. App. 632, 638 (2010).

<sup>582</sup> *People v. Gibson*, 17 N.Y.3d 757 (2011).

Reaktion gewertet und stellte keine wörtliche Kommunikation dar.<sup>583</sup> Der Detective zog lediglich Nutzen aus einer Situation, die sich ihm durch die Handlungen des Angeklagten selbst eröffnete.<sup>584</sup>

Im Allgemeinen ist Zwang bei der Entnahme von DNA-Material zulässig, kann jedoch im Einzelfall zur Unverwertbarkeit des Ergebnisses einer DNA-Analyse führen. Im Fall *People v. Smith*<sup>585</sup> wurde der Beschuldigte, der nicht wusste, dass ein zweiter Wangenschleimhautabstrich angeordnet worden war, festgenommen und ohne Widerstand zu leisten auf ein Polizeirevier gefahren. Dort wurde er in einem Vernehmungssaal in Handschellen auf den Boden gesetzt und von drei Streifenpolizisten und zwei Detectives umringt. Da er sich weigerte, den Mund zu öffnen, benutzte die Polizei etwa 15 Minuten später eine Elektroimpuls-Waffe, um ihn dazu zu zwingen. Dies stellte einen Verstoß gegen die *due process*-Anforderungen dar, weil dem Beschuldigten die Chance genommen wurde, vor Gericht die Anordnung zu bestreiten; außerdem lag keine Gefahr im Verzug vor, die das Vorgehen rechtfertigen konnte.<sup>586</sup> Die Anwendung von Zwang wurde unter Berücksichtigung der Umstände im Wege der Interessenabwägung beurteilt und im Hinblick auf den 4. Zusatzartikel für *unreasonable* gehalten.<sup>587</sup>

Eine Einwilligung des Beschuldigten oder eines Dritten in die Entnahme des Materials für eine DNA-Analyse kann die Anforderungen der gesetzlichen Regelungen und des 4. Zusatzartikels entfallen lassen. Diese Einwilligung kann schriftlich<sup>588</sup> oder mündlich<sup>589</sup> erfolgen und setzt in der Praxis keine Belehrung durch die Strafverfolgungsbehörde über die Verwendung des entnommenen DNA-Materials voraus. Normalerweise fragt die Polizei allerdings vorab nach einer Einwilligung.<sup>590</sup> Unter Umständen kann der Beschuldigte vorher über die gesetzlichen Regelungen informiert werden.<sup>591</sup>

Sowohl nach den Bundesregelungen<sup>592</sup> als auch nach einzelstaatlichen Regelungen<sup>593</sup> kann die Staatsanwaltschaft (oder die von ihr ermächtigte Behörde)<sup>594</sup>

<sup>583</sup> *People v. Gibson*, 17 N.Y.3d 757, 759 (2011).

<sup>584</sup> *People v. Gibson*, 17 N.Y.3d 757, 759 (2011).

<sup>585</sup> *People v. Smith*, 95 A.D.3d 21 (2012).

<sup>586</sup> *People v. Smith*, 95 A.D.3d 21, 25 (2012).

<sup>587</sup> *People v. Smith*, 95 A.D.3d 21, 26 (2012).

<sup>588</sup> *Z.B. State v. Boyd*, 207, N.C. App. 632, 635 (2010).

<sup>589</sup> *Z.B. Pharr v. Virginia*, 50 Va. App. 89, 92 (2007).

<sup>590</sup> *Z.B. Talley v. State*, 377 S.W.3d 222, 224 (2010); *Pharr v. Virginia*, 50 Va. App. 89, 92 (2007).

<sup>591</sup> *Z.B. Johnson v. Ogershok*, 134 Fed. Appx. 535, 536 (2005).

<sup>592</sup> 42 U.S.C. § 14135a (a)(1)(A).

<sup>593</sup> *Z.B. Cal Pen Code* § 296 (a)(2); *R.R.S. Neb.* § 29–3304.

<sup>594</sup> Nach 42 U.S.C. § 14135a (a)(1)(A) kann die Staatsanwaltschaft andere Behörden, die den Beschuldigten verhaftet oder vorläufig festgenommen haben, ermächtigen, die Entnahme des DNA-Materials von dem Beschuldigten vorzunehmen.

grundsätzlich in der Ermittlungsphase frühestens nach der Verhaftung des Beschuldigten Material von ihm zur DNA-Analyse entnehmen. Eine richterliche Anordnung bzw. eine richterliche Prüfung des Vorliegens von *probable cause* für die DNA-Analyse ist dabei nicht vorgeschrieben, doch bedeutet dies nicht, dass die Vornahme der DNA-Analyse nicht dem 4. Zusatzartikel unterworfen ist. Der Begriff *arrest* im US-amerikanischen Recht kann sich sowohl auf die Festnahme durch die Polizei z.B. am Tatort als auch auf die Verhaftung durch richterliche Anordnung beziehen. Bei der letzteren Variante erfolgt eine richterliche Prüfung der Verhaftung, und die darauf folgende DNA-Analyse wird praktisch indirekt in diese Prüfung eingeschlossen. Bei der ersten Variante werden in einigen Entscheidungen Bedenken vorgebracht, dass dadurch bei der Vornahme der DNA-Analyse, die eine *search* ist, die *probable cause*-Anforderung aus dem 4. Zusatzartikel ausgehebelt<sup>595</sup> und die DNA-Regelungen dadurch, dass die Verhaftung (*arrest*) zum Vorwand genommen wird, ein DNA-Profil zu erlangen, ausgenutzt<sup>596</sup> und der Richtervorbehalt umgangen werden könnten.<sup>597</sup> Bei *arrest* auch ohne richterliche Anordnung muss die Vornahme der DNA-Analyse *reasonable* im Sinne des 4. Zusatzartikels sein. In konkreten Fällen wird ein *balancing test*, bei dem private Interessen und staatliche Interessen unter Berücksichtigung der *totality of the circumstances* gegeneinander abgewogen werden, zur Beurteilung der *reasonableness* einer DNA-Analyse durchgeführt. Ein Beispiel dafür bietet der Fall *People v. Buza*,<sup>598</sup> in dem der Beschuldigte auf frischer Tat ertappt wurde, als er ein Polizeifahrzeug in Brand setzte, und daraufhin festgenommen wurde, wobei ihm anschließend Körpermaterial zur Erstellung eines DNA-Identifizierungsmusters entsprechend den Regelungen des Bundesstaates *Kalifornien* entnommen wurde. In diesem Fall entspricht das Interesse des Beschuldigten, gegen den noch keine richterliche Entscheidung über das Vorliegen von *probable cause* ergangen war, am Schutz seiner Privatsphäre eher dem Interesse eines normalen Bürgers als dem Interesse eines Verhafteten, in dessen Fall bereits durch einen Richter oder *magistrate* oder die *grand jury* das Vorliegen von *probable cause* anerkannt wurde.<sup>599</sup> Demgegenüber gilt das staatliche Interesse nur der Effektivität der DNA-Analyse bei der Bekämpfung der Kriminalität, welche an sich die Missachtung des 4. Zusatzartikels keinesfalls rechtfertigen kann.<sup>600</sup> Die Entnahme von Körpermaterial zur Erstellung eines DNA-Identifizierungsmusters wird für einen Verstoß gegen den 4. Zusatzartikel gehalten.

---

<sup>594</sup> Nach 42 U.S.C. § 14135a (a)(1)(A) kann die Staatsanwaltschaft andere Behörden, die den Beschuldigten verhaftet oder vorläufig festgenommen haben, ermächtigen, die Entnahme des DNA-Materials von dem Beschuldigten vorzunehmen.

<sup>595</sup> *State v. McKinney*, 273 Neb. 346, 354 (2007).

<sup>596</sup> *People v. Buza*, 197 Cal. App. 4th 1424, 1457 (2011).

<sup>597</sup> *People v. Buza*, 197 Cal. App. 4th 1424, 1458 (2011).

<sup>598</sup> *People v. Buza*, 197 Cal. App. 4th 1424 (2011).

<sup>599</sup> *People v. Buza*, 197 Cal. App. 4th 1424, 1460 (2011).

<sup>600</sup> *People v. Buza*, 197 Cal. App. 4th 1424, 1460 (2011).

## 5. Beweisverwertungsverbote bei der Telekommunikationsüberwachung

### a) Allgemeines über Kommunikationsüberwachung

Vor dem Meilensteinfall *Katz v. U.S.*<sup>601</sup> wurde das Abhören der Kommunikation in den USA nicht als *search* im Sinne des 4. Zusatzartikels zur US-Bundesverfassung betrachtet, da kein Eindringen in die klassische vom 4. Zusatzartikel geschützte Privatsphäre des Hauses vorlag (*trespassory test*). Im *Katz*-Fall wird der Begriff *search* über die Grenze des physischen oder körperlichen Eingreifens hinaus angewandt. Das elektronische Abhören und Aufnehmen gesprochener Worte verletzt den berechtigten Anspruch auf Privatsphäre (*reasonable expectation of privacy*),<sup>602</sup> auch wenn der Lauschangriff außerhalb eines Hauses stattfindet. Daher tangiert die Kommunikationsüberwachung den 4. Zusatzartikel.<sup>603</sup>

Die Überwachung der Kommunikation wird im US-amerikanischen Recht als *interception of communication* oder *electronic surveillance* bezeichnet und umfasst sowohl akustische Überwachung als auch andere Arten der Erlangung des Kommunikationsinhalts durch elektronische, mechanische oder andere Geräte.<sup>604</sup> Als *interception* wird nicht nur das Abhören, sondern auch die Aufzeichnung der Kommunikation bezeichnet.<sup>605</sup> Unter dem Oberbegriff *interception of communication* lässt sich zwischen *interception of wire communication*, *interception of oral communication* und *interception of electronic communication* unterscheiden.

*Interception of wire communication* – auch kurz: *wiretapping* – bezeichnet in Verbindung mit der Definition für *wire communication* gemäß 18 U.S.C. § 2510 (1) die Überwachung von Kommunikation, die ganz oder teilweise über Drahtleitungen, Kabel oder andere Verbindungen übertragen wird. Das umfasst auch die Überwachung von Kommunikation zwischen Telefonen und zwischen Mobiltelefonen sowie zwischen Telefon und Mobiltelefon.<sup>606</sup>

<sup>601</sup> *Katz v. U.S.*, 389 U.S. 347 (1967).

<sup>602</sup> Zur Bestimmung des berechtigten Anspruchs auf Privatsphäre (*reasonable expectation of privacy*) werden in *Katz v. U.S.*, 389 U.S. 347, 361 (1967) zwei Kriterien als Maßstab aufgestellt, nämlich ob die betroffene Person effektiv (subjektiv) auf den Schutz ihrer Privatsphäre vertraut und ob die Gesellschaft bereit ist, diese Erwartung als *reasonable* anzuerkennen. Im Fall *U.S. v. Jones*, 132 S. Ct. 945, 952 (2012) wird die Ansicht vertreten, dass der *reasonable-expectation-of-privacy-test* den *trespassory test* ergänzt, nicht aber ersetzt hat. Der *trespassory test* findet nach wie vor bei der klassischen Durchsuchung Anwendung.

<sup>603</sup> Für einen Überblick über die geschichtliche Entwicklung siehe *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 1:8.

<sup>604</sup> 18 U.S.C. § 2510 (4).

<sup>605</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 3:11. Vgl. auch Am. Jur. 2d, Searches and Seizures § 407.

<sup>606</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 3:3.



*Interception of oral communication* wird auch als *electronic eavesdropping* oder *bugging* bezeichnet. Dieser Begriff steht, in Verbindung mit der Definition für *oral communication* gemäß 18 U.S.C. § 2510 (2), für die Überwachung mündlicher Kommunikation von Personen, die unmissverständlich darauf vertrauen, dass diese Kommunikation nicht überwacht wird; jedoch ist *electronic communication* hierbei ausgeschlossen. *Interception of oral communication* kann in einem privaten Bereich, z.B. in einem Haus, Büro oder in einem anderen umschlossenen Raum, oder an öffentlichen Orten, welche aber für private Kommunikation benutzt werden, stattfinden.

*Interception of electronic communication* bezieht sich in Verbindung mit der Definition für *electronic communication* gemäß 18 U.S.C. § 2510 (12) auf die Überwachung der Übertragung von Zeichen, Signalen, Schriftnachrichten, Bildern, Tönen, Daten oder Informationen, die ganz oder teilweise anhand eines Leitungs- oder Funksystems oder eines elektromagnetischen oder fotoelektrischen oder fotografischen Systems gesendet werden. Nicht unter *electronic communication* fallen dabei ausdrücklich *wire communication* und *oral communication* sowie Kommunikation, die über *tone-only paging devices* oder *tracking devices* erfolgt.<sup>607</sup> Zu *electronic communication* gehören fast alle Arten von Kommunikation im Internet, z.B. der E-Mail-Verkehr und das Herunterladen von Daten. Die meisten elektrischen oder elektronischen Signale, die der Definition für *wire communication* nicht entsprechen, fallen ebenfalls unter *electronic communication*.<sup>608</sup>

In der Praxis kann es vorkommen, dass sich eine Überwachung ganz oder teilweise auf zwei der drei genannten Arten von Kommunikation bezieht, z.B. die Überwachung von *electronic communication* und *wire communication* oder die Überwachung von *electronic communication* und *oral communication*.<sup>609</sup> Oft wird die Kommunikationsüberwachung ohne Wissen der Beteiligten vorgenommen, aber manchmal wird diese Maßnahme auch mit Einverständnis eines der an der Kommunikation Beteiligten durchgeführt.<sup>610</sup>

Gemäß den oben dargestellten Definitionen entspricht der deutsche Begriff „Telekommunikationsüberwachung“ sowohl *interception of wire communication* als auch *interception of electronic communication* nach US-amerikanischem Recht, während *interception of oral communication* sich auf die akustische Überwachung innerhalb oder außerhalb der Wohnung im Sinne des deutschen Rechts bezieht.

Im Strafverfahren gibt es für diese drei Überwachungsformen Spezialgesetze, vor allem *Title III of the Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968 (Title III)* und den *Electronic Communications Privacy Act (ECPA)* auf Bundes-

---

<sup>607</sup> 18 U.S.C. § 2510 (12).

<sup>608</sup> United States Department of Justice, *Searching and Seizing Computers*, S. 100.

<sup>609</sup> *Carr/Bellia*, *Law of Electronic Surveillance*, § 3:7.

<sup>610</sup> *Carr/Bellia*, *Law of Electronic Surveillance*, § 1:2; § 2:43.

ebene. Diese Gesetze sind zum Schutz der individuellen Privatsphäre restriktiv auszulegen.<sup>611</sup> In ihnen ist der Mindeststandard für die Maßnahmen definiert. Die einzelnen Bundesstaaten können strengere Gesetze erlassen.<sup>612</sup> Ursprünglich galt *Title III* nur für die Überwachung der *wire communication* und der *oral communication*. Durch den *ECPA* wurde die Überwachung von *electronic communication* in *Title III* eingeschlossen. *Title III* einschließlich des *ECPA* wurde später in 18 U.S.C. §§ 2510–2522 kodifiziert. Außerdem sind im *ECPA* zum Schutz von Informationen, die über den Kommunikationsinhalt hinaus über nähere Umstände der Kommunikation – wie die Nummer des Absenders oder Anrufers und des Empfängers und andere Identifikationsinformationen – Auskunft geben, auch die Regelungen zum *pen register*<sup>613</sup> und zu *trap and trace devices*<sup>614</sup> (*pen/trap statute*) niedergeschrieben. Das *pen/trap statute* wurde später durch den *USA Patriot Act* revidiert und ist derzeit in 18 U.S.C. §§ 3121–3127 kodifiziert.

Das *pen/trap statute* ist nur auf Informationen, die *wire communication* und *electronic communication* betreffen, anwendbar. Bei *wire communication* ist das *pen/trap statute* öfter betroffen als bei *electronic communication*.<sup>615</sup> In Bezug auf *wire communication* wurde durch die Entscheidung *Smith v. Maryland*<sup>616</sup> festgestellt, dass für die durch das *pen register* ermittelten Informationen, vor allem die gewählten Nummern, kein berechtigter Anspruch auf Privatsphäre (*reasonable expectation of privacy*) gilt<sup>617</sup> und diese Informationen von der US-amerikanischen Verfassung nicht geschützt werden. Daher ist der Einsatz eines *pen register* keine *search*.<sup>618</sup> Was die *electronic communication* betrifft, gibt es bisher noch keine

---

<sup>611</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 2:69.

<sup>612</sup> Am. Jur. 2d, Searches and Seizures § 342.

<sup>613</sup> Ein *pen register* ist nach 18 U.S.C. § 3127 (3): “a device or process which records or decodes dialing, routing, addressing, or signaling information transmitted by an instrument or facility from which a wire or electronic communication is transmitted”.

<sup>614</sup> Ein *trap and trace device* ist nach 18 U.S.C. § 3127 (4): “a device or process which captures the incoming electronic or other impulses which identify the originating number or other dialing, routing, addressing, and signaling information reasonably likely to identify the source of a wire or electronic communication”.

<sup>615</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 1:25.

<sup>616</sup> *Smith v. Maryland*, 442 U.S. 735 (1979).

<sup>617</sup> Im Fall *Smith v. Maryland*, 442 U.S. 735 (1979) hat der Supreme Court nach den in *Katz v. U.S.*, 389 U.S. 347 (1967) entwickelten Maßstäben geprüft und festgestellt, dass einerseits der Anrufer während des Anwählens nicht auf den Schutz seiner Privatsphäre bezüglich der gewählten Nummer vertrauen kann, da er wissen sollte, dass Telefongesellschaften solche Informationen aufzeichnen können, und dass andererseits die Gesellschaft eine solche Erwartung nicht als *reasonable* anerkennt, auch wenn der Anrufer in der Tat auf den Schutz seiner Privatsphäre vertraut hat (S. 735). Das Gericht hat weiter ausgeführt, dass der Anrufer die Information der gewählten Nummer freiwillig an die Telefongesellschaft übermittelt hat und daher das Risiko tragen sollte, dass die Telefongesellschaft die angerufene Nummer der Polizei offenbaren wird (S. 744).

<sup>618</sup> Allerdings wird dieser Einsatz in einzelnen Bundesstaaten als *search* angesehen. Vgl. auch Am. Jur. 2d, Searches and Seizures, § 353.

Entscheidung darüber, ob die Erlangung von Informationen über nähere Umstände der Kommunikation, z.B. die Webseitenadresse (URL), durch das *pen register* oder *trap and trace devices* eine *search* darstellt.<sup>619</sup> Allerdings gewährt der Gesetzgeber in *ECPA* solchen Informationen bei *wire communication* und *electronic communication* doch einigermassen Schutz.<sup>620</sup> Das *pen/trap statute* erfordert eine richterliche Anordnung vor der Installierung eines *pen register* oder *trap and trace device*.<sup>621</sup> Der Standard für den Erlass der Anordnung ist jedoch viel niedriger, und diese Anordnung ist weniger streng als in *Title III* vorgesehen.<sup>622</sup> Die Verletzung des *pen/trap statute* oder die Verletzung der Anordnung hat keinen Ausschluss der Beweise bzw. kein Verwertungsverbot zur Folge.<sup>623</sup>

Obwohl Spezialgesetze die *interception of communication* regeln, gilt der 4. Zusatzartikel als allgemeiner Grundsatz auch für diese besondere Art der *search*. Das wichtigste Gesetz unter diesen Spezialgesetzen ist *Title III*, den der Supreme Court zwar nicht direkt für verfassungsmäßig im Sinne des 4. Zusatzartikels erklärt hat, aber zu dem er in einem Fall geäußert hat, dass *Title III* keinen Verfassungsdefekt enthält.<sup>624</sup> Wenn eine Kommunikationsüberwachung den Spezialgesetzen entspricht, ist diese *search* normalerweise verfassungskonform; ist sie unrechtmäßig, könnte das in einer Verletzung der Spezialgesetze begründet sein, auch wenn diese Verletzung noch keinen Verstoß gegen den 4. Zusatzartikel darstellt,<sup>625</sup> oder sie könnte auf einen Verstoß gegen den 4. Zusatzartikel, z.B. eine *unreasonable search*, zurückzuführen sein.<sup>626</sup> Beruht die Unrechtmäßigkeit einer *interception of communication* auf der Verletzung des 4. Zusatzartikels, ist ein Verwertungsverbot anzunehmen. Bei Verletzungen der Spezialgesetze wird über die Verwertbarkeit der durch die Überwachung erlangten Informationen im Einzelfall entschieden.

*Interception of wire communication* und *interception of electronic communication* – die beiden Formen von Telekommunikationsüberwachung im US-amerikanischen Recht – sind gesetzlich sehr unterschiedlich geregelt. Einer dieser Unterschiede betrifft die Straftaten, bei deren Ermittlung eine Überwachung erfolgen kann. Eine *interception of wire communication* (ebenso wie eine *interception of oral communication*) kann nach 18 U.S.C. § 2516 (1) im Wesentlichen bei den folgenden drei

---

<sup>619</sup> Nach *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 1:23, besteht in diesem Zusammenhang die Sorge, dass bei einer allgemein zugänglichen Webseite allein schon die URL alle Informationen bietet, die der Webseitenbesucher lesen kann, obwohl die URL nur zu den Umständen der Kommunikation zählt.

<sup>620</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 1:24.

<sup>621</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 1:26; § 3:16; Am. Jur. 2d, Searches and Seizures § 354.

<sup>622</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 1:26; § 3:16.

<sup>623</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 1:27.

<sup>624</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 2:45.

<sup>625</sup> Vgl. *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 1:15.

<sup>626</sup> *Emanuel*, Criminal Procedure, 31. Aufl., S. 204.

Gruppen von Katalogtaten erfolgen: *national security offenses*, *intrinsically dangerous crimes* und *activities characteristic of organized crime*.<sup>627</sup> *Interception of electronic communication* kann hingegen bei allen Straftaten angeordnet werden und sieht keine Beschränkung auf Katalogtaten vor.<sup>628</sup> Jedoch ist zu erwähnen, dass in den Bundesstaaten jeweils eigene Regelungen darüber entscheiden, bei welchen Straftaten eine *interception of communication* vorgenommen werden darf; diese Regelungen variieren stark gegenüber den Regelungen auf Bundesebene.<sup>629</sup> Ein weiterer wichtiger Unterschied besteht darin, dass nach 18 U.S.C. § 2515 und § 2518 (10) Verwertungsverbote aufgrund von Rechtsverstößen nur bei *interception of wire communication* (und bei *interception of oral communication*) anzunehmen sind, nicht aber bei *interception of electronic communication*, da dort nur zivilrechtliche Rechtsmittel erhoben werden dürfen.<sup>630</sup>

Was Zeugnisverweigerungsrechte aus familiären oder beruflichen Gründen bzw. aufgrund von Privilegien im US-amerikanischen Recht betrifft, hat der Gesetzgeber ausdrücklich darauf hingewiesen, dass bei der Überwachung „privilegierte Kommunikation“ nur auf dem *husband-wife privilege*, dem *attorney-client privilege*, dem *physician-patient privilege* und dem *clergy-parishioner privilege* beruht.<sup>631</sup> 18 U.S.C. § 2517 (4) lautet: “No otherwise privileged wire, oral, or electronic communication intercepted in accordance with, or in violation of, the provisions of this chapter shall lose its privileged character.” Dieser Paragraph lässt sich dahingehend auslegen, dass die Überwachung privilegierter Kommunikation zu Zwecken der Beweiserhebung nicht verboten ist.<sup>632</sup> Einige Bundesstaaten haben allerdings die Überwachung solcher Kommunikation als unzulässig klassifiziert.<sup>633</sup>

18 U.S.C. § 2517 (4) gewährt dennoch einen Anhaltspunkt für den Ausschluss privilegierter Kommunikation, indem aufgrund eines Privilegs i.V.m. 18 U.S.C. § 2517 (4) die Berufung auf ein Zeugnisverweigerungsrecht möglich ist und somit

---

<sup>627</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 4:3. Da diese drei Begriffe im US-amerikanischen Recht eine andere Bedeutung als im deutschen Recht haben, lassen sie sich nicht direkt übersetzen. Unter *national security offenses* in Zusammenhang mit *interception of wire and oral communication* fallen: gegen den Präsidenten oder seinen Mitarbeiterstab, Abgeordnete oder Richter des Supreme Court gerichtete Attentate, Kidnapping oder Gewaltanwendung nach 18 U.S.C. § 2516 (1) (c) sowie einige andere Straftaten nach 18 U.S.C. § 2516 (1) (a); unter *intrinsically dangerous crimes* fallen: Mord, Kidnapping und andere Straftaten nach 18 U.S.C. § 2516 (1) (b); unter *activities characteristic of organized crime* fallen: Bestechlichkeit und Bestechung von Beamten oder Zeugen, Korruption bei Sportwettkämpfen und Veruntreuung von Pensionsfonds, Strafreitelung, Rauschgiftdelikte, Glücksspieldelikte sowie weitere in 18 U.S.C. § 2516 (1) (c) aufgeführte Straftaten.

<sup>628</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 1:14.

<sup>629</sup> Vgl. *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 4:7.

<sup>630</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 1:14; § 6:41.

<sup>631</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 5:6.

<sup>632</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 5:6.

<sup>633</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 5:6.

die Verwertung solcher Kommunikation vor Gericht verhindert werden kann.<sup>634</sup> Wenn keine privilegierte Beziehung zwischen den Beteiligten der Kommunikation vorliegt oder wenn die Kommunikation nicht vertraulich ist oder wenn es nicht um berufliche oder gewerbsmäßige Beratung geht oder wenn die Kommunikation der Förderung einer gemeinsamen Straftat oder betrügerischen Handlung dient, kann ein Privileg nicht geltend gemacht werden; nicht privilegierte Kommunikation ist also im gerichtlichen Prozess zuzulassen.<sup>635</sup> Daher ist das Gespräch zwischen dem Rechtsanwalt und dem Beschuldigten überwachbar, wenn der Rechtsanwalt sich an der zu ermittelnden Straftat beteiligt.<sup>636</sup> Ist der Rechtsanwalt, der zugleich der Verteidiger für den Beschuldigten ist, nicht an der Straftat beteiligt, kann der Einwand aufgrund des 6. Zusatzartikels zur US-Bundesverfassung gegen die Überwachung erhoben werden.<sup>637</sup>

Ein anderer Anhaltspunkt für den Ausschluss privilegierter Kommunikation ergibt sich aus 18 U.S.C. § 2518 (5) i.V.m. § 2515. 18 U.S.C. § 2518 (5) schreibt vor, dass die Überwachung in solcher Weise vorzunehmen ist, dass die Überwachung von Kommunikation, die sonst nicht einer Überwachung unterzogen werden sollte, „minimiert“ wird. Zwar ist die Überwachung privilegierter Kommunikation nicht verboten; hat jedoch diese Kommunikation keinen Bezug zur Straftat oder liefert sie keine hilfreichen Hinweise für die Ermittlung, ist die Überwachung zu „minimieren“. Ein Verstoß gegen diese „Minimierungsvorschrift“ kann zum Ausschluss der privilegierten Kommunikation führen.<sup>638</sup>

Im Folgenden werden die Beweisverwertungsverbote bei der Telekommunikationsüberwachung nach US-amerikanischem Recht in konkreten Fallkonstellationen untersucht. Da Rechtsverstöße bei *interception of electronic communication* keine Beweisverwertungsverbote hervorrufen können, beschränkt sich die Diskussion im Wesentlichen auf *interception of wire communication* (und gegebenenfalls *interception of oral communication*).

#### b) Verstöße bei der Anordnung und Durchführung

Die Überwachung aller drei hier behandelten Kommunikationsformen setzt eine richterliche Anordnung voraus.<sup>639</sup> Die Überwachung von *wire communication* oder *oral communication* wird von einem Staatsanwalt beim Richter beantragt, nachdem

<sup>634</sup> Vgl. *U.S. v. Ozar*, 50 F.3d 1440, 1448 (1994).

<sup>635</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 5:6.

<sup>636</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 5:7.

<sup>637</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 5:8. Außerdem kann unter diesen Umständen ein Zivilprozess aufgrund der Verletzung des 6. Zusatzartikels angestrebt werden. Siehe *Berlin Democratic Club v. Rumsfeld*, 410 F. Supp. 144, 162 (1976).

<sup>638</sup> Vgl. *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 5:10.

<sup>639</sup> 18 U.S.C. § 2518 (1).

ein übergeordneter Staatsanwalt, z.B. der *Attorney General*, der *Deputy Attorney General* oder ein anderer übergeordneter Staatsanwalt,<sup>640</sup> den Antrag genehmigt hat. Diese vorherige Genehmigung ist jedoch für *interception of electronic communication* nicht vorgeschrieben.<sup>641</sup> Der Antrag ist schriftlich, unter Eid oder als eidesstattliche Erklärung zu stellen und soll die Befugnis des Antragstellers, seine Identität und die des Genehmigenden bezeichnen.<sup>642</sup> Noch wichtiger ist, dass der Antrag eine vollständige und umfassende Darstellung der für das Vorliegen von *probable cause* zur Rechtfertigung der Überwachungsanordnung entscheidenden Tatsachen enthalten muss.<sup>643</sup> Dafür sind in dem Antrag die zu ermittelnde Straftat, die zu überwachenden Einrichtungen oder der Ort, an dem die Überwachung stattfinden soll, die Art der zu überwachenden Kommunikation und die Identität der überwachten Personen zu dokumentieren.<sup>644</sup>

Darüber hinaus muss der Antrag die Anforderung der Notwendigkeit (*necessity*) – ähnlich der Subsidiaritätsklausel im deutschen Recht – erfüllen. Nach 18 U.S.C. § 2518 (1) (c) ist in dem Antrag darüber Auskunft zu geben, ob bereits andere Vorgehensweisen zur Ermittlung ausprobiert wurden und gescheitert sind, oder warum sie mit großer Wahrscheinlichkeit nicht erfolgreich zu sein scheinen, wenn sie versucht würden, oder warum sie zu gefährlich zu sein scheinen. Auf diese Weise wird der Einsatz dieser tief in die Privatsphäre der überwachten Personen eingreifenden Maßnahme beschränkt, um dem Verhältnismäßigkeitsprinzip zu entsprechen.<sup>645</sup> Liegen gemäß 18 U.S.C. § 2518 (3) nach Beurteilung des Richters *probable cause* und eine Notwendigkeit dieser Maßnahme vor und entspricht der Antrag den weiteren gesetzlichen Voraussetzungen, ist eine richterliche Überwachungsanordnung zu erlassen. Die Anordnung enthält im Wesentlichen Angaben zu Art und Ort der Überwachung, eine Beschreibung der Art der zu überwachenden Kommunikation, die Identität der vornehmenden Stelle, die Identität der Person, deren Kommunikation zu überwachen ist, sowie Anweisungen bezüglich der Dauer, der Terminierung und der Minimierung der Überwachung.<sup>646</sup> Eine Überwachung kann bis zu 30 Tage dauern; sie ist dann zu beenden, wenn die den Beschreibungen in der Anordnung entsprechende Kommunikation erlangt worden ist.<sup>647</sup> Allerdings kann eine unter

---

<sup>640</sup> Nach 18 U.S.C. § 2516 (1) gibt es außerdem folgende Arten von Staatsanwälten: "Associate Attorney General, or any Assistant Attorney General, any acting Assistant Attorney General, or any Deputy Assistant Attorney General or acting Deputy Assistant Attorney General in the Criminal Division or National Security Division specially designated by the Attorney General".

<sup>641</sup> 18 U.S.C. § 2516 (3).

<sup>642</sup> 18 U.S.C. § 2518 (1).

<sup>643</sup> 18 U.S.C. § 2518 (1) (b).

<sup>644</sup> 18 U.S.C. § 2518 (1) (b) (i) bis (iv).

<sup>645</sup> Vgl. *Carr/Bellia*, *Law of Electronic Surveillance*, § 4:39.

<sup>646</sup> 18 U.S.C. § 2518 (4).

<sup>647</sup> 18 U.S.C. § 2518 (5).

den Bedingungen von 18 U.S.C. § 2518 (1) und (3) angeordnete Überwachung auf Antrag mehrmals verlängert werden.<sup>648</sup> Außerdem sind, wenn eine Überwachung angeordnet wird, regelmäßig Berichte über die Durchführung beim anordnenden Richter vorzulegen.<sup>649</sup>

Nach 18 U.S.C. § 2518 (7) kann eine Überwachung von jedem Polizeibeamten, der vom *Attorney General*, *Deputy Attorney General*, *Associate Attorney General* oder Hauptstaatsanwalt eines Bundesstaates gemäß einem bundesstaatlichen Gesetz eigens zu diesem Zweck beauftragt wurde, vorgenommen werden, wenn dieser Polizeibeamte es als hinreichend gegeben ansieht, dass eine Notsituation in Zusammenhang mit Gefahr für Leib und Leben oder schwerer körperlicher Verletzung oder in Zusammenhang mit einer konspirativen, die Staatssicherheit gefährdenden Handlung oder einer für die organisierte Kriminalität typischen konspirativen Handlung besteht, und wenn sich die Anordnung einer solchen Überwachung entsprechend den gesetzlichen Regelungen begründen ließe. Ein Antrag muss nach 18 U.S.C. § 2518 (7) spätestens 48 Stunden nach Beginn der Überwachung gestellt werden. Allerdings kennt die Praxis nur wenige dieser Eilfälle.<sup>650</sup>

Ähnlich wie bei einer Standard-Durchsuchung wird hierbei den Beweisverwertungsverböten wegen Verstößen gegen die Regelungen zur Kommunikationsüberwachung eine Bedeutung für die Abschreckungswirkung gegenüber der Polizei beigemessen.<sup>651</sup> Man meint, dass ein Verwertungsverbot aufgrund einer Rechtsverletzung bei der Kommunikationsüberwachung eine starke Abschreckungswirkung hat, weil diese Art der *search* systematisch in Gesetzen geregelt ist und aufgrund richterlicher Anordnung von speziell geschulten Beamten geplant und vorbereitet wird, der Richter die Durchführung beaufsichtigt und es im Vergleich zu einer üblichen Durchsuchung wenige unkontrollierbare Faktoren bei der Anordnung und der Durchführung geben kann.<sup>652</sup>

Allerdings zieht nicht jeder Fehler bei der Überwachung einen gemäß 18 U.S.C. § 2515 begründeten Ausschluss der Beweise aus dem gerichtlichen Verfahren nach sich.<sup>653</sup> Grundsätzlich ist ein Verwertungsverbot nur bei einem gewichtigen Verstoß anzunehmen.<sup>654</sup> Wenn ein Verstoß gegen Regelungen besteht, die direkt dem Schutz der Privatsphäre oder maßgeblich der Beschränkung der Durchführung die-

---

<sup>648</sup> 18 U.S.C. § 2518 (5).

<sup>649</sup> 18 U.S.C. § 2518 (6).

<sup>650</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 3:68.

<sup>651</sup> Vgl. *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 6:37.

<sup>652</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 6:37.

<sup>653</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 6:38.

<sup>654</sup> *U.S. v. Chavez*, 416 U.S. 562, 575 (1974); *U.S. v. Reyna*, 218 F.3d 1108, 1111 (2000); *U.S. v. Donovan*, 429 U.S. 413, 433 (1977); *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 6:38. Ähnlich *U.S. v. Eugene*, 451 F.3d 578, 584 (2006).

ser Maßnahme dienen, liegt in der Regel ein gewichtiger Verstoß vor.<sup>655</sup> In der Rechtsprechung wird zur Bestimmung eines Verwertungsverbots in dieser Hinsicht gefragt, ob die verletzte Regelung eine zentrale oder wichtige Rolle im System der Gesetze zur Kommunikationsüberwachung spielt bzw. ob sie den gesetzgeberischen Zweck, den Einsatz der Maßnahme zu beschränken, direkt und maßgeblich umsetzt,<sup>656</sup> oder ob der Fehler den Erlass einer richterlichen Überwachungsanordnung beeinflussen kann.<sup>657</sup> Dabei werden außerdem weitere Kriterien zur Bestimmung der Verwertbarkeit der Beweise entwickelt, die danach fragen, ob die konkret von dem Fehler betroffene Vorgehensweise eine zentrale oder zweckmäßige Schutzmaßnahme ist oder ob der Zweck der Überwachung trotz der Rechtsverletzung erreicht wird.<sup>658</sup> Sind diese beiden Kriterien nicht maßgeblich für das Ergebnis, dann ist entscheidend, ob das übliche Prozedere bewusst ignoriert wurde und infolgedessen ein taktischer Vorteil für die Regierung entstand.<sup>659</sup> Hier ist die Fallkonstellation zu erwähnen, dass der schwere Fehler nicht bewusst begangen wurde, sondern die Polizei in gutem Glauben (*good faith*) gehandelt hat. Keine einheitliche Meinung vertritt die Rechtsprechung bezüglich der im Kontext des 4. Zusatzartikels entwickelten *good faith exception* zu der Frage, ob diese als Ausnahme auf die Kommunikationsüberwachung anwendbar ist oder nicht.<sup>660</sup>

#### aa) Verstöße bei der Anordnung

Bisher wurde nicht eindeutig festgelegt, welche Vorschriften eine zentrale oder wichtige Rolle spielen bzw. welche Fehler den Erlass einer Anordnung beeinflussen können. Die Verwertbarkeit der Beweise ist je nach den Umständen des Einzelfalls zu entscheiden. Allerdings dienen einige übergeordnete Fallgruppen zur Orientierung bezüglich der Beweisverwertungsverbote.

Eine erste Gruppe betrifft die Genehmigung durch die höheren Beamten der Staatsanwaltschaft. Im Fall *U.S. v. Giordano*<sup>661</sup> wurde der Antrag nicht von einem der in 18 U.S.C. § 2516 (1) vorgeschriebenen Staatsanwälte, sondern von einem *Attorney General's Executive Assistant* genehmigt. Die durch *wiretapping* bzw. Telefonüberwachung erlangten Beweise waren dadurch unverwertbar. Mit dem Erfordernis der Genehmigung durch einen höheren Beamten im *Department of Justice* will der Gesetzgeber eine Prüfung durch diesen Beamten für den Einsatz

<sup>655</sup> Vgl. *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 6:39.

<sup>656</sup> *U.S. v. Giordano*, 416 U.S. 505, 527, 528 (1974); *U.S. v. Chavez*, 416 U.S. 562 (1974).

<sup>657</sup> *U.S. v. Acon*, 513 F.2d 513, 517 (1975); *U.S. v. Eugene*, 451 F.3d 578, 584 (2006).

<sup>658</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 6:39.

<sup>659</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 6:39.

<sup>660</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 6:40.

<sup>661</sup> *U.S. v. Giordano*, 416 U.S. 505 (1974).



der Maßnahme vorschalten,<sup>662</sup> um die Verantwortung für diese Maßnahme auf einer höheren Ebene festzumachen.<sup>663</sup> Diese Prüfung könnte verhindern, in verschiedenen Fällen auf Überwachungen zurückzugreifen, in denen die Ermittlungspersonen sonst die gerichtlichen Überwachungsanordnungen ersuchen und Gerichte die Anwendung der Überwachungen zulassen würden.<sup>664</sup> Die Prüfung stellt also eine entscheidende Voraussetzung für eine richterliche Anordnung dar.<sup>665</sup> Deswegen spielt die Vorschrift über die Genehmigung durch einen höheren Beamten eine zentrale Rolle, und ihre Verletzung führt zum Ausschluss bzw. zum Verwertungsverbot.<sup>666</sup> Dagegen wurde im Antrag auf *wiretapping* im Fall *U.S. v. Chavez*<sup>667</sup> zwar der Genehmigende falsch identifiziert,<sup>668</sup> aber kein Verwertungsverbot als Folge anerkannt, da der nach dem Gesetz zuständige Beamte den Antrag bereits genehmigt hatte. Dieser Fehler schadet nicht der Erfüllung der vom amerikanischen Kongress gewünschten Prüfungsfunktion,<sup>669</sup> und auch die Anforderung bezüglich der Identifizierung des Genehmigenden ist nicht von zentraler oder auch nur funktionaler Bedeutung für den Schutz vor ohne Anordnung erfolgendem Einsatz von *wiretapping*.<sup>670</sup> Die Verwerfung eines Verwertungsverbots in *U.S. v. Chavez*<sup>671</sup> setzt allerdings einen Kontext der faktischen Einhaltung dieser Genehmigungsvorschrift voraus.<sup>672</sup> Werden die Genehmigungsvorschriften überhaupt nicht befolgt, kann dies zu einem Beweisverwertungsverbot führen, z.B. bei fehlender Identifizierung des Genehmigenden<sup>673</sup> oder sogar fehlender Genehmigung durch den vorgeschriebenen Staatsanwalt.<sup>674</sup> Im Fall *U.S. v. Eugene*<sup>675</sup> hatte ein Staats-

<sup>662</sup> *U.S. v. Giordano*, 416 U.S. 505, 527 (1974).

<sup>663</sup> *U.S. v. Martinez*, 588 F.2d 1227, 1233 (1978).

<sup>664</sup> *U.S. v. Giordano*, 416 U.S. 505, 528 (1974).

<sup>665</sup> *U.S. v. Giordano*, 416 U.S. 505, 515, 516 (1974).

<sup>666</sup> *U.S. v. Giordano*, 416 U.S. 505, 528 (1974).

<sup>667</sup> *U.S. v. Chavez*, 416 U.S. 562 (1974).

<sup>668</sup> In diesem Fall hatte zwar der *Attorney General* den *Assistant Attorney General* zur Genehmigung eigens beauftragt, aber dafür gab es in der Genehmigung keine Bestätigung, so dass der Eindruck entstand, der *Assistant Attorney General* hätte den Antrag ohne besonderen Auftrag nach 18 U.S.C. § 2516 (1) genehmigt.

<sup>669</sup> *U.S. v. Chavez*, 416 U.S. 562, 575 (1974).

<sup>670</sup> *U.S. v. Chavez*, 416 U.S. 562, 578 (1974).

<sup>671</sup> *U.S. v. Chavez*, 416 U.S. 562 (1974).

<sup>672</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 4:63.

<sup>673</sup> Z.B. *U.S. v. Chavez*, 416 U.S. 562 (1974). In diesem Fall lag neben dem oben in Anm. 668 im Zweiten Teil, II.D.5.b)aa) erwähnten Manko ein weiterer Fehler vor, da ein zweiter Antrag überhaupt keine Erklärung zur Identität des Genehmigenden enthielt, was zum Verwertungsverbot führte.

<sup>674</sup> Z.B. *U.S. v. Reyna*, 218 F.3d 1108 (2000). In diesem Fall beantragten zwei Staatsanwälte ohne Genehmigung durch den *Attorney General* oder einen übergeordneten Staatsanwalt eine Telefonüberwachung direkt beim Richter, der daraufhin unter Vorbehalt die Anordnung erließ. Eine Stunde später erhielten die Staatsanwälte die Genehmigung des *Attorney General*, worauf die Überwachung in Gang gesetzt wurde. Zwar wurde die Genehmigung nachträglich dem Richter vorgelegt. Diese Vorgehensweise stellte trotzdem

anwalt zwei Genehmigungen für zwei unterschiedliche Anträge verwechselt und dem Antrag gegen den Beschuldigten eine falsche Genehmigung beigelegt. Ein Verwertungsverbot wurde anerkannt, da die Genehmigung eine wichtige Vorbedingung für die Zustimmung zu dem Antrag ist und ihr Fehlen die Entscheidung des Richters beeinflussen kann.<sup>676</sup> Der Fehler führte somit zum Beweisausschluss.<sup>677</sup>

Eine zweite Fallgruppe bezieht sich auf das Vorliegen von *probable cause* für die Überwachung. Der Antrag auf eine Überwachung soll nach 18 U.S.C. § 2518 (1) (b) (i) bis (iv) zur Begründung des Vorliegens von *probable cause* Angaben zu den folgenden vier Elementen enthalten: zu der betroffenen Katalogtat, zu den zu überwachenden Einrichtungen oder dem zu überwachenden Ort, zur Art der Kommunikation und zur Identität der zu überwachenden Person(en).<sup>678</sup> Das Vorliegen von *probable cause* ist hier genauso wichtig wie bei einer gewöhnlichen *search* im Sinne des 4. Zusatzartikels. Die Rechtsprechung legt jedoch die Angabe dieser vier Elemente relativ weit aus, obwohl gemäß dem 4. Zusatzartikel eine Genauigkeitsanforderung (*particularity requirement*) für diese Maßnahme besteht.<sup>679</sup> Der Grund dafür besteht darin, dass die Rechtsprechung bei der Kommunikationsüberwachung das *particularity requirement* nicht restriktiv, sondern eher in vernünftiger und pragmatischer Weise auslegen will.<sup>680</sup> Die folgenden detaillierteren Erörterungen zu den vier Elementen zeigen, dass die weite Auslegung des *probable cause*-Erfordernisses in vielen Fällen nicht zu einem Verwertungsverbot führt. Da die im Antrag auf Überwachung zur Begründung des Vorliegens von *probable cause* angegebenen vier Elemente normalerweise in der richterlichen Anordnung übernommen werden, betreffen die Erörterungen in den folgenden Abschnitten streckenweise auch die Angaben in der richterlichen Anordnung.

Das erste Element, die zu überwachende Straftat, muss in dem Antrag nicht erschöpfend präzisiert werden.<sup>681</sup> Es genügt eine allgemeine und schematische Darstellung der Straftat.<sup>682</sup> Daher ist es zulässig, wenn z.B. der Anordnung gemäß die Kommunikation bezüglich gestohlener Gegenstände zu überwachen ist, obwohl es um gestohlene kostbare Diamanten geht.<sup>683</sup> Wenn in der Anordnung allerdings nur

---

einen Verstoß gegen 18 U.S.C. § 2516 dar, der eine zentrale Rolle spielte. Die Beweise waren auszuschließen.

<sup>675</sup> *U.S. v. Eugene*, 451 F.3d 578 (2006).

<sup>676</sup> *U.S. v. Eugene*, 451 F.3d 578, 584 (2006).

<sup>677</sup> *U.S. v. Eugene*, 451 F.3d 578, 584 (2006).

<sup>678</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 4:22.

<sup>679</sup> Die vier Elemente, die gemäß 18 U.S.C. § 2518 (1) (b) zur Bestimmung des Vorliegens von *probable cause* für eine Kommunikationsüberwachung anzugeben sind, entsprechen sinngemäß dem *particularity requirement* im Sinne des 4. Zusatzartikels.

<sup>680</sup> *U.S. v. Armocida*, 515 F.2d 29, 37 (1975).

<sup>681</sup> *U.S. v. Kalustian*, 529 F.2d 585, 589 (1975).

<sup>682</sup> *U.S. v. Armocida*, 515 F.2d 29, 37 (1975).

<sup>683</sup> *U.S. v. Licavoli*, 604 F.2d 613 (1979).

zum Ausdruck gebracht wird, dass Beweise einer Straftat zu erheben sind, ohne präzise Angaben über die Art der Straftat zu liefern, sind die Beweise unverwertbar, da der Polizei praktisch unbegrenztes Ermessen bei der Telefonüberwachung zugesprochen würde.<sup>684</sup> Ein Überwachungsverbot ist für gewöhnlich anzunehmen, wenn sich der Antrag und die Anordnung der Überwachung gegen eine Nichtkatalogtat richten, da der die Katalogtaten regelnde 18 U.S.C. § 2516 der Beschränkung des Einsatzes dieser intensiven Form der Überwachung und dem Schutz vor ohne Anordnung erfolgender Überwachung dient und somit eine zentrale Rolle spielt.<sup>685</sup>

Beim zweiten Element, der zu überwachenden Einrichtung, reicht es grundsätzlich im Sinne des *particularity requirement* aus, wenn nur die Telefonnummer angegeben wird.<sup>686</sup> Wenn aus dem Antrag allerdings kein *probable cause* zur Annahme hervorgeht, dass die angegebene Nummer zur Begehung der Straftat benutzt wird, sind die durch Überwachung an dieser Telefonnummer erlangten Beweise auszuschließen.<sup>687</sup>

Auch das dritte Element, die Art der Kommunikation bzw. ihre Beschreibung, lässt sich flexibel und pragmatisch auslegen,<sup>688</sup> obwohl dies Auswirkungen auf die Minimierung der Überwachung haben kann, die der Beschränkung staatlicher Eingriffe dient. Zur Begründung wird ausgeführt, dass der tatsächliche Inhalt der Kommunikation nicht vorausgesehen werden kann, so dass die präzise Beschreibung der Kommunikationsinhalte unmöglich ist.<sup>689</sup> Wenn der Anordnung zufolge *probable cause* zur Annahme vorliegt, dass die zu überwachende Kommunikation den Beschuldigten in ein konkretes Straftatschema verwickelt, so reicht dies aus.<sup>690</sup> Die Überwachung ist selbst dann zulässig, wenn die Anordnung es erlaubt, alle Kommunikationsinhalte bezüglich der Straftat zu überwachen.<sup>691</sup> Einigen Meinungen zufolge könne die Formulierung recht weit gefasst werden, so dass die Überwachung aller Aussagen bezüglich einer bestimmten Straftat zulässig sei, solange die Überwachungsanordnung den Anforderungen des 4. Zusatzartikels entspreche.<sup>692</sup> Eine zu flexible Formulierung ist jedoch unzulässig, etwa indem nur *voice communication* als zu überwachende Kommunikationsform angegeben wird.<sup>693</sup> Kommunikation, die aus einer solchen Überwachung erlangt worden ist, darf nicht

---

<sup>684</sup> *People v. Taylor*, 93 Mich. App. 292, 298 (1979).

<sup>685</sup> *U.S. v. Ward*, 808 F. Supp. 803, 806 (1992).

<sup>686</sup> *U.S. v. Santiago*, 826 F. Supp. 2d 337, 340 (2011).

<sup>687</sup> *U.S. v. Dinkins*, 546 F. Supp. 2d 308 (2008).

<sup>688</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 4:30.

<sup>689</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 4:30.

<sup>690</sup> *U.S. v. Sklaroff*, 323 F. Supp. 296, 307 (1971).

<sup>691</sup> Am. Jur. 2d, Searches and Seizures § 402.

<sup>692</sup> *U.S. v. Carneiro*, 861 F. 2d 1171, 1178, 1179 (1988).

<sup>693</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 4:30.

verwertet werden. In den meisten Fällen gelten die Anforderungen bezüglich des dritten Elements als mit erfüllt, wenn in dem Antrag die Art der zu überwachenden Straftat, die Beteiligten an der Kommunikation, der Ort und die Uhrzeit der Kommunikation angegeben sind.<sup>694</sup>

Auch die Anforderungen bezüglich des vierten Elements, der Angabe der Identität der zu überwachenden Person(en), werden nicht sehr streng gehandhabt. Manchmal wird in der Rechtsprechung sogar angedeutet, dass es gemäß *Title III* nicht erforderlich ist, die Identität der an der Kommunikation beteiligten Personen in dem Antrag anzugeben.<sup>695</sup> Der primäre Nutzen dieser Maßnahme soll die Identifizierung der unbekanntem Teilnehmer und die Erlangung belastender Beweise sein.<sup>696</sup> Obwohl alle Personen, gegen die *probable cause* zur Überwachung besteht, im Antrag aufgelistet werden sollen, ist bei einer unvollständigen Auflistung kein Ausschluss der daraus stammenden Beweise anzunehmen.<sup>697</sup> In einem Verlängerungsantrag im Fall *U.S. v. Donovan*<sup>698</sup> wurden drei der durch die erste Überwachung bereits zur Kenntnis gelangten Beschuldigten nicht namentlich benannt, sondern nur als „others as yet unknown“ bezeichnet. Die verlängerte Telefonüberwachung wurde gleichwohl gegen diese Beschuldigten verwertet, weil dieser Fehler die Anordnung aufgrund anderer ausreichender Faktoren in dem Antrag nicht beeinflussen konnte.<sup>699</sup> Wenn der Staatsanwalt gegen einen Beschuldigten eine Mobiltelefonüberwachung beantragt, dieses Mobiltelefon aber von einem anderen, nicht im Antrag Benannten, zur Förderung derselben Straftat benutzt wird, sind die durch die Überwachung erlangten Erkenntnisse trotzdem gegen den Beschuldigten und diesen Anderen verwertbar, da *probable cause* für die Anordnung vorliegt.<sup>700</sup> Die entscheidende Frage ist nicht, ob eine bestimmte Person verdächtig ist, sondern ob die überwachte Kommunikation mögliche Beweise für die Straftat enthalten könnte.<sup>701</sup> Obwohl sich eine Überwachungsanordnung nicht auf die im Antrag benannten Personen beschränken muss, ist es jedoch verboten, diese gegen eine unbenannte Person zu richten, die angesichts der vorhandenen Informationen bis zur Beantragung der Überwachung keinen Verdacht ihrer Beteiligung an der Straftat

<sup>694</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 4:30.

<sup>695</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 4:36. Vgl. auch Am. Jur. 2d, Searches and Seizures, § 401.

<sup>696</sup> Vgl. *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 4:36.

<sup>697</sup> *U.S. v. Bennett*, 825 F. Supp. 1512, 1522, 1523 (1993). Vgl. auch *U.S. v. Kahn*, 415 U.S. 143 (1974).

<sup>698</sup> *U.S. v. Donovan*, 429 U.S. 413 (1977).

<sup>699</sup> *U.S. v. Donovan*, 429 U.S. 413, 436 (1977).

<sup>700</sup> *U.S. v. Ramirez*, 112 F.3d 849, 851, 852 (1997).

<sup>701</sup> *U.S. v. McGuinness*, 764 F. Supp. 888, 900 (1991). Die Zulässigkeit der überwachten Kommunikation, die von einer nicht in der Anordnung genannten Person stammt, aber mit der Straftat zu tun hat, kann mit der *plain view doctrine* begründet werden. Siehe *U.S. v. Edwards*, 124 F. Supp. 2d 387, 410 (2000); *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 5:4.

erregt hatte.<sup>702</sup> Im letztgenannten Fall wäre ein Verwertungsverbot der daraus erlangten Kommunikation anzunehmen.

Allerdings ist mit der Erfüllung der vier Elemente den *probable cause*-Anforderungen gemäß dem 4. Zusatzartikel noch nicht Genüge getan. Der Richter muss gemäß 18 U.S.C. § 2518 (3) aufgrund der im Antrag angegebenen Tatsachen bestimmen, ob es *probable cause* zur Annahme gibt, dass jemand eine Katalogtat begeht, begangen hat oder zu begehen beabsichtigt und ob durch die Überwachung der Kommunikation Hinweise oder Beweise bezüglich der Straftat erfasst werden können. Für diese richterliche *probable cause*-Überzeugung bedarf es keiner schriftlichen Begründung seitens des Richters, solange seine Überzeugung auf rechtskräftigen Gründen beruht. Der Grundsatz der Formfreiheit ergibt sich hier aus dem 4. Zusatzartikel, der keine Vorschrift darüber enthält, auf welche Weise der Nachweis von *probable cause* erfolgen muss.<sup>703</sup>

Eine dritte Fallgruppe betrifft schließlich die Frage der Notwendigkeit der Kommunikationsüberwachung, die ebenfalls eine wesentliche Rolle spielt. Die Nichterfüllung dieser Voraussetzung hat einen Beweisausschluss zur Folge.<sup>704</sup> Die Notwendigkeit der Überwachung lässt sich unter Berücksichtigung aller Umstände aus *Common Sense*-Sicht betrachten; die Strafverfolgungsbehörden müssen nicht vor dem Rückgriff auf eine Kommunikationsüberwachung alle anderen denkbaren Ermittlungsmethoden ausschöpfen.<sup>705</sup> Nur sehr selten haben Gerichte in der Praxis befunden, dass die Unzulänglichkeit anderer Ermittlungsmethoden im Antrag nicht bewiesen wurde.<sup>706</sup> Im Fall *U.S. v. Rice*<sup>707</sup> wurden in einem Antrag auf *wiretapping* irreführende und fahrlässige Angaben zur Beschattung (*physical surveillance*) des Beschuldigten gemacht, so dass der Anschein erweckt wurde, dass die Beschattung schon ausprobiert worden sei.<sup>708</sup>

Des Weiteren enthielt der Antrag verallgemeinernde und unbestätigte Informationen über die Nutzlosigkeit anderer Ermittlungsmethoden, z.B. des Einsatzes von Vertrauenspersonen sowie der Verwendung eines *pen register* und *telephone toll*.

---

<sup>702</sup> *U.S. v. Edwards*, 303 F.3d 606, 621 (2002). Zwar geht es hier um *interception of oral communication/bugging*, doch ist das Beispiel auch auf die anderen zwei Überwachungsarten anwendbar. Außerdem sind die aufgrund dieser rechtswidrigen Maßnahmen erfolgten Überwachungen gegen diese Person auch deswegen unverwertbar, weil hier eine Fernwirkung besteht.

<sup>703</sup> *U.S. ex rel. Pugach v. Mancusi*, 310 F. Supp. 691, 704 (1970). Dieser Fall bezieht sich auf *interception of oral communication*. Jedoch lassen sich die Grundsätze aus diesem Fall auch auf zwei andere Überwachungsarten, *interception of wire communication* und *interception of electronic communication*, anwenden.

<sup>704</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 4:39.

<sup>705</sup> *U.S. v. Segura*, 318 Fed. Appx. 706, 708 (2009).

<sup>706</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 4:39.

<sup>707</sup> *U.S. v. Rice*, 478 F.3d 704 (2007).

<sup>708</sup> *U.S. v. Rice*, 478 F.3d 704, 710, 711 (2007).

Beispielsweise wurde bezüglich des *pen register* nur allgemein der begrenzte Nutzen dieser Methode erwähnt, da mit ihr weder telefonierende Personen identifiziert noch die Inhalte der Gespräche aufgezeichnet werden konnten.<sup>709</sup> Die Rechtsprechung führte diesbezüglich aus, dass eine sich ausschließlich auf ein Fazit beschränkende Erklärung ohne sachlichen Bezug auf den konkreten Fall und die vorliegenden Umstände nicht ausreichte, um der Anforderung der Notwendigkeit der Überwachung Genüge zu tun.<sup>710</sup> Ein Verstoß gegen diese Anforderung führte zum Ausschluss der dadurch erlangten Beweise.<sup>711</sup>

#### bb) Teilweise Beweisverwertungsverbote

Die bisher erwähnten Ausschlüsse der Beweise bzw. Beweisverwertungsverbote sind grundsätzlich vollständige Verwertungsverbote. Demgegenüber stehen teilweise Verwertungsverbote aufgrund von Erhebungsfehlern bei der Kommunikationsüberwachung. Oft ist ein teilweises Verwertungsverbot anzuerkennen, wenn bei der Überwachung der Kommunikation gegen die sogenannte „Minimierungsanweisung“ (*minimization instructions* oder *minimization rules*) verstoßen wurde. In diesem Fall sind die unter Verstoß gegen diese Anweisung abgehörten Kommunikationsteile unverwertbar, und die übrigen rechtmäßig erlangten Kommunikationsteile bleiben unberührt. Jedoch ist ein Verwertungsverbot für alle durch die Überwachung erlangten Beweise anzunehmen, wenn die Minimierungsanweisung absichtlich ignoriert wird.<sup>712</sup> Ein weiterer Anlass für ein teilweises Verwertungsverbot ergibt sich aus dem Verstoß gegen die Überwachungsfrist. Bei einer geringfügigen Überschreitung der in der Anordnung genannten Frist, z.B. bei einer Überwachung über 31 Tage statt über 30 Tage,<sup>713</sup> ist die erlangte Kommunikation des 31. Tages unverwertbar. Haben die Beamten die in der Anordnung vorgesehene Überwachungszeit nicht eingehalten und über die festgelegte Uhrzeit hinaus weiter abgehört, wird infolgedessen nur die Kommunikation außerhalb des Überwachungszeitraums ausgeschlossen, auch wenn darin eine offensichtliche Verletzung lag.<sup>714</sup>

#### cc) Formale Fehler

Auch andere Fehler, wie beispielsweise die Nichteinhaltung der für eine Vereidigung vorgeschriebenen Form, Schreibfehler, unter Umständen das Vergessen der Unterschrift des Antragstellers,<sup>715</sup> die fehlende Identifizierung der überwachen-

<sup>709</sup> *U.S. v. Rice*, 478 F.3d 704, 708, 711 (2007).

<sup>710</sup> *U.S. v. Rice*, 478 F.3d 704, 710 (2007).

<sup>711</sup> *U.S. v. Rice*, 478 F.3d 704, 710 (2007).

<sup>712</sup> Vgl. *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 4:70.

<sup>713</sup> *U.S. v. Gangi*, 33 F. Supp. 2d 303 (1999).

<sup>714</sup> *U.S. v. Principie*, 531 F. 2d 1132, 1140, 1141 (1976).

<sup>715</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 4:17.

den Behörde,<sup>716</sup> die Fehlzitierung von Gesetzen,<sup>717</sup> unter Umständen Anordnungen ohne Terminierungsanweisung oder Minimierungsanweisung<sup>718</sup> oder ohne festgelegte Dauer,<sup>719</sup> können zu keinem grundsätzlichen Ausschluss der Beweise bzw. keinem grundsätzlichen Verwertungsverbot führen.

dd) Täuschung durch eine *under color of law* handelnde Person

Alle oben erwähnten Beweisverwertungsverbote, sowohl vollständige als auch teilweise Verwertungsverbote, beziehen sich auf ohne Zustimmung bzw. ohne Wissen der Kommunikationsteilnehmer vorgenommene Überwachungen. Wenn die Zustimmung eines Beteiligten vorliegt, bedarf es keiner richterlichen Anordnung. Das gilt auch für die Überwachung der Kommunikation zwischen dem Beschuldigten und einem *under color of law* handelnden Informanten oder einem verdeckten Informanten, und zwar mit Zustimmung des Informanten. Dies entspricht dem in 18 U.S.C. § 2511 (2) (c) geregelten Fall, der im deutschen Recht allerdings eine Täuschung bei der Telekommunikationsüberwachung impliziert.<sup>720</sup> Anders als bei der Hörfalle, bei der das Abhören zwar auch mit Zustimmung der Bezugs- oder Kontaktperson des Beschuldigten, jedoch mit Hilfe eines Zweithörers oder am selben Telefonhörer erfolgt, geschieht die Überwachung hier durch komplizierte Vorrichtungen. Diesbezüglich ist eine denkbare Fallkonstellation z.B. das Abhören eines Mobiltelefongesprächs zwischen dem Beschuldigten und dem zustimmenden Informanten.

Nach 18 U.S.C. § 2511 (2) (c) ist es für eine *under color of law*<sup>721</sup> handelnde Person nicht rechtswidrig, eine *wire communication*, *oral communication* oder *electronic communication* abzuhören, wenn diese Person ein Kommunikationsteilnehmer ist oder einer der an der Kommunikation Beteiligten seine vorherige Zustimmung zur Überwachung gegeben hat. Daher sind die durch eine solche Täuschung erlangten Beweise verwertbar. Begründet wird dies wie bei der oben beschriebenen Hörfalle.<sup>722</sup> Wenn jemand einem anderen Informationen mitteilt, muss er das Risiko in

<sup>716</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 4:63.

<sup>717</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 4:23.

<sup>718</sup> Vgl. Am. Jur. 2d, Searches and Seizures § 403, § 404.

<sup>719</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 4:68.

<sup>720</sup> Nach US-amerikanischem Recht kann diese Täuschungsmethode sowohl bei der Ermittlung von begangenen Straftaten als auch bei der Ermittlung von zu begehenden Straftaten angewandt werden. Siehe *U.S. v. Davanzo*, 699 F. 2d 1097, 1100 (1983).

<sup>721</sup> Wenn der Informant nach den Anweisungen und unter der Aufsicht von staatlichen Ermittlern agiert, handelt er nach *U.S. v. Marcello*, 508 F. Supp. 586, 601 (1981) *under color of law*. Nach *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 3:52, können auch Privatpersonen *under color of law* handeln, wenn sie auf Anfrage der Polizei der Überwachung zugestimmt haben.

<sup>722</sup> Siehe oben Zweiter Teil, II.B.4.b)bb).

Kauf nehmen, dass sein Vertrauen von dem anderen missbraucht werden könnte.<sup>723</sup> Der 4. Zusatzartikel zur US-Bundesverfassung bietet dem Täter keinen Schutz davor, fälschlicherweise anzunehmen, dass sein Gesprächspartner ihn schon nicht verraten wird, wenn er diesem freiwillig seine Tat gestanden hat.<sup>724</sup> Ein Zwang zu selbstbelastenden Aussagen besteht hier nicht, so dass dies keine Verletzung des *privilege against self-incrimination* aus dem 5. Zusatzartikel zur US-Bundesverfassung zur Folge hat.<sup>725</sup>

In der Praxis werden bei der *interception of oral communication* relativ oft Täuschungsmethoden angewandt, bei denen ein *under color of law* handelnder Informant während des Gesprächs ein Abhörgerät oder einen Rekorder mitlaufen lässt.<sup>726</sup> Täuschungen ähnlicher Art können auch beim E-Mail-Verkehr zwischen dem Beschuldigten und einem Informanten erfolgen.<sup>727</sup>

### c) Eingriffe in den Kernbereich privater Lebensgestaltung

Im US-amerikanischen Recht gibt es keinen Begriff, der dem „Kernbereich privater Lebensgestaltung“ im Sinne des deutschen Rechts entspricht. Die Beschränkungen bei der Kommunikationsüberwachung hinsichtlich der Kommunikationsinhalte ergeben sich aus 18 U.S.C. § 2518 (5), nach dem diese Maßnahme so durchzuführen ist, dass die Überwachung von Kommunikation, die sonst nicht der Überwachung unterzogen werden soll, „minimiert“ wird. Kriterium ist hier, ob die Kommunikation für den zu ermittelnden Fall relevant ist oder nicht.<sup>728</sup> Wegen der Nützlichkeit derartiger Überwachungsmittel bei der Infiltration von Verschwörungen wird eine weite Auslegung allgemein akzeptiert; Kommunikation wird als relevant angesehen, wenn sie Informationen über Identität und Aufenthaltsort des Täters sowie der Mitverschwörer und sonstige Informationen, die direkt oder indirekt für die Ermittlung nützlich sind, liefert.<sup>729</sup> Als irrelevant wird Kommunikation im Allgemeinen betrachtet, wenn es sich um Kommunikation, die den Beschuldigten nicht belastet, handelt bzw. die Kommunikation von keiner Bedeutung für die Ermittlung und die Beweise ist.<sup>730</sup> Jede richterliche Anordnung enthält grundsätzlich eine sogenannte Minimierungsanweisung nach 18 U.S.C. § 2518 (5), die dazu dient sicherzustellen, dass die Überwachung innerhalb der für die Ermittlung erforder-

<sup>723</sup> *U.S. v. Shields*, 675 F.2d 1152, 1158 (1982).

<sup>724</sup> *U.S. v. Shields*, 675 F.2d 1152, 1158 (1982).

<sup>725</sup> *Hoffa v. U.S.*, 385 U.S. 293, 303–304 (1966).

<sup>726</sup> *Z.B. Hoffa v. U.S.*, 385 U.S. 293 (1966); *Archer Daniels Midland Co. v. Whitacre*, 60 F. Supp. 2d 819 (1999); *U.S. v. Shields*, 675 F.2d 1152 (1982); *U.S. v. Marcello*, 508 F. Supp. 586 (1981); *U.S. v. Sheddan*, 651 F.2d 336 (1981).

<sup>727</sup> Vgl. *Carr/Bellia*, *Law of Electronic Surveillance*, § 3:53.

<sup>728</sup> *Carr/Bellia*, *Law of Electronic Surveillance*, § 5:17.

<sup>729</sup> *Carr/Bellia*, *Law of Electronic Surveillance*, § 5:17.

<sup>730</sup> *Carr/Bellia*, *Law of Electronic Surveillance*, § 4:70.



lichen Grenzen vorgenommen und nicht in eine allgemeine *search* umgewandelt wird, so dass es nicht zu massiven Eingriffen in die Privatsphäre kommt.<sup>731</sup> Allerdings haben weder der Bund noch die Bundesstaaten konkrete Methoden zur Erfüllung der sogenannten „Minimierungsanforderung“ (*minimization requirement*) vorgeschrieben;<sup>732</sup> demzufolge gelten für die Umsetzung der Minimierungsanweisung in verschiedenen Situationen keine starren Regeln.<sup>733</sup> Der Überwachende, der hinreichende Möglichkeiten hat, den Charakter der Kommunikation zu erfassen, muss die Überwachung beenden, sobald die Kommunikation für die Ermittlung nicht relevant erscheint.<sup>734</sup>

Die Minimierungsanforderung gilt auch für privilegierte Kommunikation.<sup>735</sup> Dies betrifft das *husband-wife privilege*, das *attorney-client privilege*, das *physician-patient privilege* und das *clergy-parishioner privilege*. Die Kommunikation zwischen diesen Personen ist privilegiert, aber nicht absolut unantastbar. Nach 18 U.S.C. § 2517 (4) ist die Überwachung der privilegierten Kommunikation erlaubt; jedoch soll dieser Eingriff durch die Minimierungsanweisung beschränkt werden.<sup>736</sup> Der Ausschluss der privilegierten Kommunikation kann gemäß 18 U.S.C. § 2517 (4) unter Berufung auf das Privileg oder gemäß 18 U.S.C. § 2518 (5) i.V.m. § 2515 erfolgen,<sup>737</sup> was schon oben dargestellt wurde. Jedoch steht das Gespräch zwischen den Kommunikationsteilnehmern nicht unter dem Schutz des Privilegs und kann überwacht werden, wenn sie verdächtig sind, gemeinsam eine Straftat begangen zu haben oder zu begehen.<sup>738</sup> Wurde privilegierte Kommunikation erfasst, muss der Überwachende umgehend dem aufsichtführenden Polizeibeamten oder Staatsanwalt Bericht erstatten. Der aufsichtführende Polizeibeamte oder Staatsanwalt hat unverzüglich zu bewerten, ob die Kommunikation das Privileg tangiert. Bejahendenfalls muss er die Ermittlungsbehörde anweisen, den privilegierten Inhalt nicht zu offenbaren und Ermittlungen, die auf dem privilegierten Inhalt beruhen, nicht weiterzuführen.<sup>739</sup> In diesem Fall können nicht einmal Ermittlungsinteressen den Eingriff in die Privatsphäre rechtfertigen.<sup>740</sup>

---

<sup>731</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 5:16; § 4:70; *State v. Thompson*, 191 Conn. 360, 383 (1983). Vgl. auch *U.S. v. Oriakhi*, 57 F.3d 1290, 1300 (1995).

<sup>732</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 4:70.

<sup>733</sup> *U.S. v. King*, 335 F. Supp. 523, 538 (1971).

<sup>734</sup> *U.S. v. Mansoori*, 304 F.3d 635, 646 (2002).

<sup>735</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 5:17.

<sup>736</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 5:7.

<sup>737</sup> Vgl. *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 5:10.

<sup>738</sup> *U.S. v. Cleveland*, 964 F. Supp. 1073, 1100, 1101 (1997); *U.S. v. Shakur*, 560 F. Supp. 318, 326 (1983).

<sup>739</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 5:10.

<sup>740</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 5:7.

Berühmtheit erlangte der Fall *Scott v. U.S.*,<sup>741</sup> in dem grundlegende Ansichten der Rechtsprechung zur Beurteilung der Einhaltung der Minimierungsanweisung entwickelt wurden. Es ging um eine Verschwörung zu Einfuhr und Vertrieb von Betäubungsmitteln mit neun Beteiligten. Die Telefongespräche einiger dieser Beschuldigten wurden überwacht. Am Ende ergab sich, dass nur 40% der überwachten Telefonkommunikation für die Straftat relevant waren. Der Supreme Court beurteilte die Überwachung trotzdem als *reasonable*.<sup>742</sup> Demnach gibt es keine starren Regelungen zur Beurteilung der *reasonableness*, nach denen alle Überwachungsfälle entschieden werden.<sup>743</sup> Das Gesetz sieht kein Verbot der Überwachung aller irrelevanten Kommunikationsteile vor; eher weist es die Behörden an, die Überwachung der Kommunikation auf möglichst „minimierte“ Weise vorzunehmen.<sup>744</sup> Die *reasonableness* des Bemühens der Ermittlungsbehörde um Minimierung der Überwachung lässt sich nur unter Betrachtung der der Behörde bei der Durchführung der Überwachung bekannten Umstände und Informationen einschätzen und kann nicht anhand ihrer subjektiven Intention bestimmt werden.<sup>745</sup> Allein die Prozentzahl der überwachten irrelevanten Telefonanrufe ist kein geeignetes Indiz, wenn es darum geht, herauszufinden, ob die Behörde sich *reasonably* um Minimierung bemüht hat.<sup>746</sup> Im *Scott*-Fall und einigen späteren Fällen wurden deshalb weitere Kriterien zur Bestimmung der *reasonableness* des „Minimierungsbemühens“ entwickelt. Zu diesen Kriterien zählen: der Umfang der kriminellen Aktivitäten, da komplexe Straftaten eine intensivere Überwachung erfordern als einfache Straftaten; die Art der Kommunikation – handelt es sich z.B. um ein kurzes und einmaliges oder kodierte Gespräch, ist es schwer zu entscheiden, ob dieses relevant ist; der Typ des zu überwachenden Telefons, da sich die Überwachung eines öffentlichen Telefons aufwendiger gestaltet als die eines privaten Telefons; die Phase der Überwachung, da in der Anfangsphase mehr Zeit als in späteren Phasen dafür benötigt wird, die Gesprächsteilnehmer zu identifizieren und die Bedeutung der Kommunikation und somit die wiederkehrenden Gesprächsmuster und Anteile irrelevanter Kommunikation einzuschätzen; die Gründlichkeit des „Minimierungs-

---

<sup>741</sup> *Scott v. U.S.*, 436 U.S. 128 (1978).

<sup>742</sup> *Scott v. U.S.*, 436 U.S. 128, 140 (1978).

<sup>743</sup> *Scott v. U.S.*, 436 U.S. 128, 139 (1978).

<sup>744</sup> *Scott v. U.S.*, 436 U.S. 128, 140 (1978); auch *U.S. v. Segura*, 318 Fed. Appx. 706, 711 (2009). Vgl. auch *U.S. v. Clemente*, 482 F. Supp. 102, 108 (1979).

<sup>745</sup> *Scott v. U.S.*, 436 U.S. 128, 140 (1978); auch *U.S. v. Clemente*, 482 F. Supp. 102, 108 (1979). Ähnlich *U.S. v. Padilla-Pena*, 129 F.3d 457, 462 (1997); *U.S. v. Garcia*, 785 F.2d 214, 224 (1986); *U.S. v. Rivera*, 527 F.3d 891, 904 (2008); *U.S. v. Segura*, 318 Fed. Appx. 706, 711 (2009).

<sup>746</sup> *Scott v. U.S.*, 436 U.S. 128, 140 (1978). Ähnlich *U.S. v. Clemente*, 482 F. Supp. 102, 108 (1979). Vgl. auch *U.S. v. Cox*, 462 F.2d 1293, 1301 (1972).

bemühens“ sowie das Ausmaß der richterlichen Aufsicht.<sup>747</sup> Mit anderen Worten: Die Entscheidung über die *reasonableness* des „Minimierungsbemühens“ ist auf einer *case-by-case basis* zu treffen.<sup>748</sup> In der Praxis erhalten die Überwachenden die Anweisung, Telefongespräche über einen als *reasonable* angesehenen Zeitraum abzuhören, der nicht länger als zwei Minuten sein sollte, um zu bestimmen, ob ein Gespräch mit einer Straftat zu tun hat.<sup>749</sup> Wenn das Gespräch für die Straftat irrelevant erscheint, ist die Überwachung zu unterbrechen; den Überwachenden ist es dagegen erlaubt, weitere Gespräche abzuhören und regelmäßig stichprobenartig die Relevanz der abgehörten Abschnitte des Gespräches für die Straftat zu prüfen.<sup>750</sup> Für die Stichprobenkontrolle wird vom *Department of Justice* die sogenannte *two minutes up/one minute down*-Methode empfohlen.<sup>751</sup>

Allerdings wurde bereits in der Rechtsprechung die Meinung vertreten, dass die Polizei mehr oder weniger die entsprechende Anordnung missachtet und wahllos relevante und irrelevante Kommunikation abhört.<sup>752</sup> Keine Kommunikationsüberwachung kann so sauber durchgeführt werden, dass Kommunikation, die den Beschuldigten nicht belastet, komplett ausgeschlossen werden kann.<sup>753</sup> Der Gesetzgeber hat ähnlich eingeräumt, dass in Erwartung belastender Beweise irrelevante Kommunikationsteile miterfasst werden können.<sup>754</sup> Daher wird in der Rechtsprechung grundsätzlich angenommen, dass bei versehentlichen oder vereinzelt Verstößen gegen die Minimierungsanweisung nur die nicht ordnungsgemäß „minimierten“ Kommunikationsteile aus dem Prozess ausgeschlossen werden und die rechtmäßig erfassten Informationen verwertbar bleiben.<sup>755</sup> Das bedeutet aber nicht, dass alle erfassten irrelevanten Kommunikationsteile nach dem Prinzip des teilweisen Verwertungsverbots ausgeschlossen werden, nachdem die Überwachung durchgeführt und ihre Minimierung trotz zeitweiliger fahrlässiger Eingriffe in die Privatsphäre insgesamt als *reasonable* beurteilt worden ist. Dabei können einige

---

<sup>747</sup> *Scott v. U.S.*, 436 U.S. 128, 140, 141 (1978); *U.S. v. Cleveland*, 964 F. Supp. 1073, 1092 (1997); *U.S. v. Ozar*, 50 F.3d 1440, 1447 (1995); *U.S. v. Garcia*, 785 F.2d 214, 224 (1986); *U.S. v. Clemente*, 482 F. Supp. 102, 109, 110 (1979).

<sup>748</sup> *U.S. v. Oriakhi*, 57 F.3d 1290, 1300 (1995); *U.S. v. Cox*, 462 F.2d 1293, 1300 (1972); *U.S. v. Ozar*, 50 F.3d 1440, 1447 (1995).

<sup>749</sup> *U.S. v. Rivera*, 527 F.3d 891, 905 (2008). Vgl. auch *U.S. v. Segura*, 318 Fed. Appx. 706, 711, 712 (2009).

<sup>750</sup> Am. Jur. 2d, Searches and Seizures § 413.

<sup>751</sup> *U.S. v. Ozar*, 50 F.3d 1440, 1447 (1995).

<sup>752</sup> *U.S. v. Principie*, 531 F.2d 1132, 1139 (1976). Ähnlich *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 5:16.

<sup>753</sup> *U.S. v. Goffer*, 756 F. Supp. 2d 588, 592 (2011). Vgl. auch Am. Jur. 2d, Searches and Seizures § 418.

<sup>754</sup> *U.S. v. Principie*, 531 F.2d 1132, 1139 (1976).

<sup>755</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 5:21. Vgl. auch *U.S. v. Ozar*, 50 F.3d 1440, 1448 (1995); *U.S. v. Cox*, 462 F.2d 1293, 1301 (1972); *U.S. v. Principie*, 531 F.2d 1132, 1139 (1976); *U.S. v. Cleveland*, 964 F. Supp. 1073, 1091 (1997).

irrelevante Kommunikationsteile der Minimierung entgehen, denn Anrufen, die kürzer als zwei Minuten dauern, ist normalerweise kaum zu entnehmen, ob sie sich auf die Straftat beziehen oder nicht.<sup>756</sup> Für solche Anrufe gilt das Prinzip des teilweisen Verwertungsverbots nicht. Neben dem teilweisen Verwertungsverbot kann der Betroffene einen Zivilprozess gegen die Ermittlungsbehörde wegen Befugnisüberschreitung anstrengen.<sup>757</sup> Ein Beispiel für ein teilweises Verwertungsverbot bietet der Fall *U.S. v. Goffer*,<sup>758</sup> in dem unter mehr als 1000 überwachten Anrufen 180 Telefongespräche zwischen dem Beschuldigten und seiner Frau waren, einige davon sehr intimen Charakters. Vorab hatten die Polizeibeamten vom aufsichtführenden Staatsanwalt die Minimierungsanweisung erhalten, die Überwachung zu unterbrechen, wenn sie bemerkten, dass es sich nur um persönliche Kommunikation zwischen den Eheleuten handelte. Zwar wurden in den Präzedenzfällen die die Minimierung betreffenden Vorschriften 18 U.S.C. §§ 2517 (4)<sup>759</sup> und 2518 (5)<sup>760</sup> im Kontext der privilegierten Kommunikation nur begrenzt ausgelegt; die Gerichte befanden dabei aber im Allgemeinen, dass für die Überwachung privilegierter Anrufe der gleiche *reasonableness*-Standard gilt wie bei nicht privilegierten Anrufen.<sup>761</sup> Die Minimierungsanweisung verbietet nicht, privilegierte Kommunikationsteile abzuhören, solange die Vorgehensweise bei der Minimierung *reasonable* ist.<sup>762</sup> Die privilegierten Kommunikationsteile sind als Beweise unzulässig, soweit sie ihren privilegierten Charakter beibehalten.<sup>763</sup> Die Unverwertbarkeit solcher Beweise lässt sich nicht so verstehen, dass die Überwachung an sich rechtswidrig ist.<sup>764</sup> Im genannten Fall wurden nur einige sehr persönliche Anrufe unter rund 1000 Telefonaten unrechtmäßig erfasst, und die meisten davon waren überdies sehr kurz; die Vorgehensweise der Regierung im Hinblick auf die gesamte Überwachung war jedoch als *reasonable* anzusehen.<sup>765</sup> Daher wurde nur ein teilweises Verwertungsverbot angenommen. Die Begründungen für den teilweisen Ausschluss sind in der Rechtsprechung unterschiedlich; mal liegen sie in dem offensichtlichen Dilemma, das daraus entstand, dass eine ganze *search* als Reaktion auf

<sup>756</sup> Vgl. *U.S. v. Goffer*, 756 F. Supp. 2d 588, 592, 597 (2011).

<sup>757</sup> *U.S. v. Cox*, 462 F.2d 1293, 1301, 1302 (1972); *U.S. v. Principie*, 531 F.2d 1132, 1140 (1976).

<sup>758</sup> *U.S. v. Goffer*, 756 F. Supp. 2d 588 (2011).

<sup>759</sup> 18 U.S.C. § 2517 (4): “No otherwise privileged wire, oral, or electronic communication intercepted in accordance with, or in violation of, the provisions of this chapter shall lose its privileged character.”

<sup>760</sup> 18 U.S.C. § 2518 (5): “...Every order and extension thereof shall contain a provision that the authorization to intercept ... shall be conducted in such a way as to minimize the interception of communications not otherwise subject to interception under this chapter...”

<sup>761</sup> *U.S. v. Goffer*, 756 F. Supp. 2d 588, 593–595 (2011).

<sup>762</sup> *U.S. v. Goffer*, 756 F. Supp. 2d 588, 593 (2011).

<sup>763</sup> *U.S. v. Goffer*, 756 F. Supp. 2d 588, 593 (2011).

<sup>764</sup> *U.S. v. Goffer*, 756 F. Supp. 2d 588, 593 (2011).

<sup>765</sup> *U.S. v. Goffer*, 756 F. Supp. 2d 588, 595, 596 (2011).

einen einzigen illegalen Aspekt nachträglich ungültig wurde; mal in Fällen, in denen die Minimierung nicht gelingt, entweder in der Unmöglichkeit, alle irrelevanten Gespräche auszuschließen, oder darin, dass in dem speziellen Fall das radikale Mittel eines vollständigen Ausschlusses nicht angebracht ist.<sup>766</sup>

Am teilweisen Ausschluss wird kritisiert, dass die Minimierungsanforderung illusorisch wäre, wenn die unrechtmäßig abgehörten Kommunikationsteile nachträglich „minimiert“ werden, da der Staat zunächst alle Kommunikationsteile überwachen und später vom Gericht die unrechtmäßig erfassten Kommunikationsteile ausschließen lassen würde.<sup>767</sup> Das teilweise Verwertungsverbot würde den Anreiz zur Beschränkung der Überwachung auf einen gemäß der Minimierungsanordnung angemessenen Umfang torpedieren.<sup>768</sup>

Trotz der Kritik wird zum Teil vertreten, dass der teilweise Ausschluss für die Abschreckungswirkung der *Exclusionary Rule* effektiv sein kann.<sup>769</sup> Der Abschreckungseffekt besteht beispielsweise in folgendem Fall: Wenn ein Schema der unrechtmäßigen Überwachung festgestellt wird und der Staat die Gespräche, die offensichtlich in das Schema fallen, dennoch abhört, sind solche Gespräche auszuschließen.<sup>770</sup> Dies bedeutet nicht, dass eine Minimierungsanforderung, die keinen vollständigen Ausschluss zur Folge hat, unwirksam ist.<sup>771</sup> Es ist immer zu entscheiden, ob die Gespräche, deren Verwertung in der Gerichtsverhandlung beabsichtigt ist, unter das Schema der unrechtmäßigen Überwachung fallen.<sup>772</sup>

Ein vollständiges Verwertungsverbot ist allerdings dann anzuerkennen, wenn eine zweifelsfrei schwere Verletzung der Minimierungsanforderung vorliegt. Davon ist auszugehen, wenn die Verletzung über jedes Maß hinausgeht und die Minimierungsanforderung eklatant missachtet wird,<sup>773</sup> oder wenn wegen wesentlicher fehlender Minimierungsbemühungen die Überwachung den Charakter einer allgemeinen *search* erhält.<sup>774</sup> Das vollständige Verwertungsverbot betrifft normalerweise solche Fälle, in denen keine echten Bemühungen um Minimierung unternommen wurden.<sup>775</sup> Ein Beispiel dafür ist der Fall, dass eine übermäßige Zahl von *unreasonable interceptions* stattgefunden hat.<sup>776</sup> Jedoch ist ein vollständiges Verwertungsverbot nicht zulässig, wenn der Staat einen *prima facie*-Fall einer als

---

<sup>766</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 6:45.

<sup>767</sup> *U.S. v. Principie*, 531 F.2d 1132, 1140 (1976).

<sup>768</sup> *State v. Thompson*, 191 Conn. 360, 382 (1983).

<sup>769</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 6:45.

<sup>770</sup> *U.S. v. Dorfman*, 542 F. Supp. 345, 395 (1982).

<sup>771</sup> *U.S. v. Dorfman*, 542 F. Supp. 345, 395 (1982).

<sup>772</sup> *U.S. v. Dorfman*, 542 F. Supp. 345, 395 (1982).

<sup>773</sup> *U.S. v. Cleveland*, 964 F. Supp. 1073, 1091 (1997).

<sup>774</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 5:21.

<sup>775</sup> *U.S. v. Cleveland*, 964 F. Supp. 1073, 1092 (1997).

<sup>776</sup> *U.S. v. Suquet*, 547 F. Supp. 1034, 1046 (1982).

*reasonable* angesehenen Minimierung begründet hat.<sup>777</sup> Ein vollständiger Ausschluss ist von geringer Wahrscheinlichkeit, was einerseits auf die Vertrautheit der Polizeibeamten mit dem Gesetz und darauf, dass sie auf Gesetzeinhaltung bedacht sind, und andererseits auf das durch den *Scott*-Fall gewährte Ermessen zurückzuführen ist.<sup>778</sup> Allerdings sind auf Ebene einzelner Bundesstaaten gelegentlich solche Fälle zu finden.<sup>779</sup> Ein Beispielsfall für ein vollständiges Verwertungsverbot ist *State v. Thompson*,<sup>780</sup> in dem die Polizeibeamten keine oder nur eine sehr unspezifische Minimierungsanweisung erhielten und alle Telefonanrufe aufzeichneten, darunter auch eine große Anzahl von Kommunikationen, die nicht unter die Anordnung fielen. Im Urteil wurde betont, dass das Gericht davon überzeugt werden müsse, dass die Überwachenden insgesamt eine hohe Achtung vor dem Recht auf Privatsphäre gezeigt und alles, was *reasonably* in ihrer Macht stand, getan hatten, um unnötige Eingriffe zu vermeiden.<sup>781</sup> Obwohl *good faith* kein entscheidender Faktor bei der Minimierung ist, kann das Motiv der Polizeibeamten herangezogen werden, wenn es darum geht, nach Feststellung der Unrechtmäßigkeit der Telefonüberwachung einen Rechtsbehelf zu gewähren.<sup>782</sup> Die Polizei verletzte durch ihr Vorgehen im Fall *State v. Thompson* offenkundig und umfassend das Gebot der bestmöglichen Minimierung und wandelte folglich die Überwachungsanordnung in eine allgemeine Anordnung um.<sup>783</sup> Ein vollständiges Verwertungsverbot entspricht überdies dem Bedürfnis nach effektiver Abschreckung vor unrechtmäßiger Telefonüberwachung.<sup>784</sup>

#### d) Beweisverwertungsverbote bei Zufallsfunden

Die bei einer rechtmäßigen Überwachung in Erfahrung gebrachte Kommunikation über andere Straftaten als die in der Anordnung genannten wird im US-amerikanischen Recht als *windfall*-Kommunikation bezeichnet. 18 U.S.C. § 2517 (5) schreibt diesbezüglich klar vor, dass *windfall*-Beweise zu Ermittlungszwecken stets verwendet werden dürfen und dass für ihre Verwertung im Gerichtsprozess so bald wie möglich ein Antrag auf Abänderung der ursprünglichen Anordnung beim Gericht gestellt werden muss, damit der Richter die Überwachung der *windfall*-Kommunikation nachträglich genehmigen kann. Mit der Vorschrift über den Antrag auf Abänderung der Anordnung wollte der Gesetzgeber sicherstellen, dass die Staatsanwaltschaft die Aufzeichnung der Überwachung einem neutralen Richter

<sup>777</sup> *U.S. v. Cleveland*, 964 F. Supp. 1073, 1092 (1997).

<sup>778</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 5:21.

<sup>779</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 5:21.

<sup>780</sup> *State v. Thompson*, 191 Conn. 360 (1983).

<sup>781</sup> *State v. Thompson*, 191 Conn. 360, 370 (1983).

<sup>782</sup> *State v. Thompson*, 191 Conn. 360, 370 (1983).

<sup>783</sup> *State v. Thompson*, 191 Conn. 360, 383 (1983).

<sup>784</sup> Vgl. *State v. Thompson*, 191 Conn. 360, 382 (1983).

zur Entscheidung darüber vorlegt, ob die Überwachung ein unabsichtliches (*inadvertent*) Produkt einer rechtmäßig erwirkten Abhöraktion ist oder ob es sich dabei vielmehr um das elektronische Äquivalent einer Art von illegalem Beweis handelt, wie er früher aufgrund der vermeintlichen Ermächtigung durch eine allgemeine Durchsuchungsanordnung erlangt wurde.<sup>785</sup> Demzufolge ist der Änderungsantrag vom Richter zu bestätigen, wenn in dem Antrag darauf hingewiesen wird, dass die Bemühungen um die ursprüngliche Anordnung in gutem Glauben und nicht als Vorwand zur *search* unternommen wurden und die Anordnung rechtmäßig erlangt wurde und dass die in Frage stehende Kommunikation während der rechtmäßigen Durchführung der Anordnung zufällig (*incidentally*) erfasst wurde.<sup>786</sup> Die verfassungsrechtliche Basis für die Abänderung der Anordnung und die Verwertbarkeit eines *windfall*-Beweises gründet in der *plain view doctrine*.<sup>787</sup>

Dieser Doktrin liegt die Interpretation zugrunde, dass Strafverfolgungsbeamte (Polizisten) zunächst rechtmäßig einen Eingriff in ein Gebiet vornehmen, von dem aus sie freie Sicht auf ein bestimmtes Gebiet erhalten und dabei zufällig belastende Beweise entdecken.<sup>788</sup> Außerdem muss den Polizisten sofort klar sein, dass es sich bei den solcherart in *plain view* befindlichen Gegenständen um Beweise für eine Straftat oder Konterbande handeln kann.<sup>789</sup> Zu der Frage, ob sich *windfall*-Beweise für die Verwertbarkeit vor Gericht auf eine Katalogtat beziehen müssen, gibt es auf Bundesebene und auf bundesstaatlicher Ebene unterschiedliche Vorschriften und Entscheidungen. Einige Bundesstaaten verbieten eine Verwertung von *windfall*-Beweisen für Nichtkatalogtaten.<sup>790</sup> In vielen Entscheidungen auf Bundesebene werden *windfall*-Beweise in Zusammenhang mit der Anklage von Nichtkatalogtaten dagegen tendenziell eher zugelassen.<sup>791</sup>

Wurde die ursprüngliche Anordnung unsachgemäß oder zweckwidrig erlassen, ist die *windfall*-Kommunikation für den Gerichtsprozess unzulässig bzw. unverwertbar.<sup>792</sup> Beispielhaft wäre der Fall einer Vorwandüberwachung (*subterfuge interception*), in dem die Staatsanwaltschaft die Überwachung von Kommunikation bezüglich der in 18 U.S.C. § 2516 (1) (a) bis (o) spezifizierten Katalogtaten beantragt, jedoch in der Absicht, Kommunikation in Bezug auf Straftaten zu überwachen, für die eine Überwachung nicht bewilligt wird oder für die kein *probable cause* zur Erlangung einer Überwachungsanordnung vorliegt.<sup>793</sup> Die fälschlicher-

---

<sup>785</sup> *U.S. v. Brodson*, 528 F. 2d 214, 215 (1975).

<sup>786</sup> *U.S. v. Giordano*, 259 F. Supp. 2d 146, 154 (2003).

<sup>787</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 5:25.

<sup>788</sup> *U.S. v. Giordano*, 259 F. Supp. 2d 146, 154 (2003).

<sup>789</sup> *U.S. v. Giordano*, 259 F. Supp. 2d 146, 154, 155 (2003).

<sup>790</sup> Näher dazu *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 5:26.

<sup>791</sup> Vgl. *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 5:26.

<sup>792</sup> Vgl. *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 5:25.

<sup>793</sup> *U.S. v. London*, 66 F.3d 1227, 1234 (1995).

weise als „Zufallsfunde“ bezeichneten Beweise würden in diesem Fall nicht verwertet, und die ursprüngliche Anordnung wäre zweckwidrig.

Für mit der Anlassstat in Zusammenhang stehende und während der Überwachung zufällig entdeckte Straftaten wird hier die Verwertbarkeit von *windfall*-Beweisen gegen diese Straftaten aus einer mit dem US-amerikanischen Rechtssystem verbundenen, sich vom deutschen Recht unterscheidenden Perspektive untersucht. In den USA wird oft darüber diskutiert, ob in einem solchen Fall ein vorheriger Abänderungsantrag für die Verwertung der *windfall*-Beweise vor Gericht notwendig ist. Früher wurde 18 U.S.C. § 2517 (5) restriktiv dahingehend interpretiert, dass ein Abänderungsantrag erforderlich sei, um *windfall*-Beweise für eine zufällig entdeckte Straftat verwerten zu können. Im Fall *U.S. v. Brodson*<sup>794</sup> wurden im Zuge eines zur Ermittlung wegen unerlaubter Veranstaltung eines Glücksspiels durchgeführten *wiretapping* auch Beweise für die Weiterleitung der Glücksspieleinsätze erlangt. Das Bundesberufungsgericht (*Seventh Circuit*) sah hier einen Abänderungsantrag für die Verwertung solcher Beweise für die Weiterleitung der Summen als erforderlich an. Allerdings wurden inzwischen in der Rechtsprechung flexiblere Interpretationen von 18 U.S.C. § 2517 (5) vorgetragen, die zu einer „Aufweichung“ der restriktiven Haltung geführt haben.<sup>795</sup> Derzeit wird neben der strengen Haltung aus dem Beispielfall *U.S. v. Brodson* in einigen Entscheidungen auch die Ansicht vertreten, dass ein Abänderungsantrag für die mit der Anlassstat allgemein in Zusammenhang stehenden, zufällig bei einer rechtmäßigen Überwachung entdeckten Straftaten unnötig ist.<sup>796</sup> Wenn eine zufällig entdeckte Straftat die gleichen Elemente enthält oder der gleichen gesetzlichen Definition entspricht wie die Anlassstat, bedarf es keines Abänderungsantrags.<sup>797</sup>

Die im deutschen Recht vorgesehene Möglichkeit der Verwendung als „Spurenansatz“ bezieht sich faktisch auf die Frage, ob Zufallserkenntnisse, die nicht zu Beweis Zwecken im Gerichtsprozess verwertet werden dürfen, zur Einleitung weiterer Ermittlungen wegen der zufällig entdeckten Straftat verwendet werden dürfen. Im anders funktionierenden US-amerikanischen Rechtssystem stellt sich die Frage in dieser Form überhaupt nicht, da die Zufallserkenntnisse ohnehin – wie zu Beginn dieses Abschnitts d) bereits erwähnt – zu Ermittlungszwecken verwendet werden dürfen, und zwar unabhängig davon, ob sie später vor Gericht als Beweise verwertet werden können oder nicht.

<sup>794</sup> *U.S. v. Brodson*, 528 F.2d 214 (1975).

<sup>795</sup> Vgl. *U.S. v. Mancari*, 663 F. Supp. 1343, 1351 (1987). In diesem Fall hat das Gericht drei „aufgeweichte“ Interpretationsansätze zusammenfassend dargestellt: den *implicit authorization approach*, die *similar offense exception* und die *integral part exception*.

<sup>796</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 5:26. Dort werden mehrere Entscheidungen dazu kurz erwähnt.

<sup>797</sup> Am. Jur. 2d, Searches and Seizures § 439.



## 6. Beweisverwertungsverbote beim Einsatz technischer Mittel

Die für das deutsche Recht diskutierte Problematik des Einsatzes von technischen Mitteln betrifft im US-amerikanischen Recht zwei Sachverhalte: *interception of oral communication* und *search*. Wie schon dargestellt, ist unter *interception of oral communication* die akustische Überwachung sowohl innerhalb als auch außerhalb der Wohnung zu verstehen.<sup>798</sup> Der Einsatz weiterer technischer Mittel zu Observationszwecken wird im Rahmen der Diskussion der *search* analysiert. Die dabei entstehenden Beweisverwertungsverbote werden in den folgenden Unterabschnitten untersucht.

### a) Beweisverwertungsverbote bei der akustischen Wohnraumüberwachung

Eine *interception of oral communication* kann in der Praxis durch ein *bugging*-Gerät oder durch einen nach den Anweisungen und unter der Aufsicht staatlicher Ermittler (*under color of law*)<sup>799</sup> handelnden Informanten mittels eines am Körper getragenen Abhörgerätes erfolgen.<sup>800</sup> Obwohl *bugging/interception of oral communication* einen intensiveren Eingriff in die Privatsphäre als *wiretapping/interception of wire communication* darstellt,<sup>801</sup> gelten fast alle für *interception of wire communication* maßgeblichen Vorschriften auch für *interception of oral communication*. Verstöße gegen Vorschriften, die bei *wiretapping* zu Beweisverwertungsverbote führen können, sorgen ebenfalls für eine Unverwertbarkeit bei *bugging*.<sup>802</sup> Daher erübrigt es sich, hier auf die schon in Zusammenhang mit *interception of wire communication* behandelten Fallkonstellationen der Beweisverwertungsverbote, etwa im Hinblick auf die Anordnung und Durchführung der Überwachung oder die Beweisverwertungsverbote bei Zufallsfunden, einzugehen. Nur was Eingriffe in die Privatsphäre (nicht in den Kernbereich privater Lebensgestaltung!) anbelangt, ist für *interception of oral communication* eine separate Diskussion notwendig.

Anders als bei einer normalen *search*, in der der Schutz der Privatsphäre rechtsgeschichtlich und auch sachverhaltlich wesentlich mit dem persönlichen Eigentum,

---

<sup>798</sup> Siehe oben Zweiter Teil, II.D.5.a).

<sup>799</sup> Zu diesem Begriff siehe Anm. 721 oben Zweiter Teil, II.D.5.b)dd).

<sup>800</sup> Z.B. *People v. Cleveland*, 14 A.D.3d 798 (2005); *U.S. v. Kline*, 366 F. Supp. 994 (1973). Vgl. auch *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 3:53.

<sup>801</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 1:2. Ähnlich *U.S. v. Clemente*, 482 F. Supp. 102, 106 (1979).

<sup>802</sup> Allerdings bedeutet der Nachweis von *probable cause* in einem Antrag auf *interception of wire communication* nicht, dass gleichzeitig auch *probable cause* für eine *interception of oral communication* gegeben ist. Wenn neben der *interception of wire communication*, für die *probable cause* nachgewiesen wurde, auch eine *interception of oral communication*, für die jedoch kein *probable cause* vorlag, vorgenommen wurde, werden die durch die *interception of oral communication* erlangten Beweise vom Prozess ausgeschlossen. Siehe *People v. Frank*, 85 A.D.2d 109, 113 (1982).

vor allem mit dem Privathaus, verbunden ist, und auch anders als bei der akustischen Überwachung innerhalb oder außerhalb der Wohnung im deutschen Recht, wo sich der Schutz der Privatsphäre, besonders des Kernbereichs privater Lebensgestaltung, grundsätzlich durch den Wohnbereich als Trennungslinie unterscheiden lässt, hängt der Schutz der Privatsphäre oder der berechnete Anspruch auf Privatsphäre (*reasonable expectation of privacy*)<sup>803</sup> hier von zwei maßgeblichen Fragen ab: Zum einen, ob eine Person erkennen lässt, dass sie effektiv (subjektiv) auf den Schutz ihrer Privatsphäre vertraut, und zum anderen, ob die Gesellschaft bereit ist, diese Erwartung als gerechtfertigt (*reasonable*) anzuerkennen.<sup>804</sup> Diese zwei Maßstäbe wurden durch die Entscheidung im Fall *Katz v. U.S.*<sup>805</sup> aufgestellt, in dem der Beschuldigte in einer öffentlichen Telefonzelle mit Hilfe eines *bugging*-Geräts abgehört wurde. In diesem Fall trennte der Supreme Court den Privatsphärenschutz gemäß dem 4. Zusatzartikel von physischen Eingriffen in das Privateigentum. Die Kommunikation des Beschuldigten in der öffentlichen Telefonzelle, also außerhalb der Wohnung, stand unter dem Privatsphärenschutz des 4. Zusatzartikels.<sup>806</sup> Deshalb beschränkt sich der Privatsphärenschutz im Rahmen einer *interception of oral communication* nicht nur auf den Wohnbereich, sondern kann auch außerhalb der Wohnung wirksam sein. Wenn sich hingegen die sprechende Person zwar in ihrem Haus oder Büro befindet, jedoch bewusst zulässt, dass ihre Kommunikation von der Öffentlichkeit mitgehört wird, lässt sich der Schutz der Privatsphäre nach den zwei oben genannten Maßstäben nicht rechtfertigen.<sup>807</sup> Die weiterentwickelte Rechtsprechung bezieht heute zur Bestimmung des Privatsphärenschutzes oder des berechtigten Anspruchs auf Privatsphäre (*reasonable expectation of privacy*) neben den beiden Maßstäben aus dem *Katz*-Fall noch einige weitere Faktoren<sup>808</sup> mit ein und entscheidet auf Einzelfallbasis (*on a case-by-case basis*).<sup>809</sup> Es gibt indes einige Bereiche, in denen allgemein anerkannt wird, dass die sich Unterhaltenden einen berechtigten Anspruch auf Privatsphäre haben; dazu gehören z.B. Privathäuser, Hotel-

---

<sup>803</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 1:8. Der Begriff *reasonable expectation of privacy* wurde nicht durch den im Folgenden geschilderten *Katz*-Fall geprägt, sondern durch die spätere Rechtsprechung entwickelt.

<sup>804</sup> *Katz v. U.S.*, 389 U.S. 347, 361 (1967).

<sup>805</sup> *Katz v. U.S.*, 389 U.S. 347 (1967).

<sup>806</sup> *Katz v. U.S.*, 389 U.S. 347, 353 (1967).

<sup>807</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 3:5.

<sup>808</sup> Z.B. die Lautstärke, in der eine Unterhaltung geführt wird; die Frage, ob sich andere, möglicherweise mithörende Personen in der Nähe befinden; die Möglichkeit, dass über die Kommunikation Bericht erstattet wird; von den Sprechenden zum Schutz ihrer Privatsphäre proaktiv ergriffene Maßnahmen; die Frage, ob zum Abhören der Kommunikation technische Hilfsmittel erforderlich sind; den Ort, an dem die Kommunikation stattfindet. Siehe *Kee v. City of Rowlett, Tex.*, 247 F.3d 206, 213, 214 (2001).

<sup>809</sup> *Kee v. City of Rowlett, Tex.*, 247 F.3d 206, 213, 214 (2001).

zimmer, Büros, Arbeitsstätten sowie Bereiche von Arbeitsstätten, die für private Aktivitäten genutzt werden, wie z.B. Toilettenräume.<sup>810</sup>

Allerdings gilt dieser Schutz nicht absolut. Daher gibt es keinen kategorisch unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung im Sinne des deutschen Begriffs. In Bereiche, für die ein berechtigter Anspruch auf Privatsphäre besteht, durch akustische Überwachung einzugreifen ist nicht verboten, vorausgesetzt, dass eine Überwachungsanordnung vorliegt. Örtliche Beschränkungen zum Schutz der Privatsphäre gibt es bei *interception of oral communication* nicht. Auch in einem Schlafzimmer kann ein *bugging*-Gerät installiert werden, wenn alle Voraussetzungen für eine *interception of oral communication* erfüllt sind.<sup>811</sup>

Daher ist es denkbar, dass das Abhören in einer Privatwohnung in den USA nicht verboten ist, solange dieser Maßnahme eine Überwachungsanordnung zugrunde liegt. Der Fall des sogenannten „Raumgespräches“, in dem unbeabsichtigt die Verbindung aufrechterhalten wird – z.B. indem der Hörer des überwachten Telefons nicht richtig aufgelegt wird – und sodann die Gespräche in dem Raum, in dem das Telefon steht, abgehört werden, wird im deutschen Recht grundsätzlich als Eingriff in den unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung betrachtet; im US-amerikanischen Recht hingegen muss dies nicht zwangsläufig der Fall sein. Das amerikanische Recht zieht in solchen Fällen die *plain view doctrine* heran, der zufolge die auf diese Weise abgehörten Gespräche unverdeckt zur Kenntnis (*plain view*) der Polizei gelangen.<sup>812</sup> Neben der *plain view doctrine* wird zur Begründung der Verwerbarkeit der abgehörten Gespräche weiter ausgeführt, dass in diesem Fall die Strafverfolgungsbehörden nur ein passiver Begünstigter seien und dass sich jeder beim Telefonieren des Risikos bewusst sein und dieses tragen müsse, dass sein Gesprächspartner das Gespräch mithören oder abhören oder sogar aufnehmen lassen kann.<sup>813</sup> Anders verhielte es sich in dem Fall, wenn der Hörer des überwachten Telefons absichtlich abgehängt würde, um Unterbrechungen durch eingehende Anrufe zu vermeiden, und das Telefon unbenutzt bliebe, und die Gespräche im Raum (sogenannte „Hintergrundgespräche“) abgehört würden. In diesem Fall würde Kommunikation, auf die sich die Telefonüberwachungsanordnung nicht bezieht, abgehört.<sup>814</sup> Daher ist die solchermaßen erfasste Kommunikation nicht verwertbar.<sup>815</sup> Die Gespräche in dem Raum würden dann mittels *bugging* – mit Hilfe des

---

<sup>810</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 3:5. Die hier erwähnten Bereiche genießen jedoch nicht in gleichem Maße Schutz. Nach *U.S. v. Agrusa*, 541 F.2d 690, 697 (1976) ist der Schutz des 4. Zusatzartikels für ein Geschäftslokal oder eine Betriebsstätte geringer anzusetzen als für ein Privathaus und der Schutz für ein leerstehendes Gebäude geringer als der für ein genutztes Gebäude.

<sup>811</sup> Vgl. *U.S. v. Lambert*, 771 F.2d 83, 91 (1985).

<sup>812</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 5:17.

<sup>813</sup> *U.S. v. Baranek*, 903 F. 2d 1068, 1070, 1071 (1990).

<sup>814</sup> *People v. Basilicato*, 64 N. Y.2d 103, 114 (1984).

<sup>815</sup> *People v. Basilicato*, 64 N. Y.2d 103, 114 (1984).

abgehängten Telefonhörers – erfasst; für ein solches Abhören wäre eine Abänderung der ursprünglichen Anordnung erforderlich.<sup>816</sup> Die *plain view doctrine* ist somit hier nicht anwendbar.<sup>817</sup>

Bei der Kommunikation über Straftaten besteht kein berechtigter Anspruch auf Privatsphäre, auch dann nicht, wenn die Kommunikation in einem privaten Zimmer stattfindet.<sup>818</sup> Sie darf stets abgehört werden. Das Abhören irrelevanter und privilegierter Kommunikation soll dabei „minimiert“ werden. Wie bei *interception of wire communication* ist die akustische Überwachung privilegierter Kommunikation trotz der Minimierungsanforderung nicht verboten. Es besteht somit kein absolutes Verwertungsverbot wegen des Eingriffs in privilegierte Kommunikation; doch gilt das Verwertungsverbot bei Inanspruchnahme des Privilegs. So kann z.B. eine angeordnete akustische Überwachung der Kommunikation zwischen dem Beschuldigten und seinem Rechtsanwalt im Büro des Beschuldigten gegen den 4. Zusatzartikel und den 6. Zusatzartikel zur US-Bundesverfassung verstoßen.<sup>819</sup> Die Informationen aus dieser Überwachung dürfen bei Inanspruchnahme des *attorney-client privilege* nicht verwertet werden. Unter Umständen kann die akustische Überwachung der Kommunikation zwischen Ehegatten in einem geschlossenen Raum das *husband-wife privilege* verletzen und zum Ausschluss der daraus resultierenden Beweise führen.<sup>820</sup>

*b) Beweisverwertungsverbote bei der akustischen Überwachung außerhalb der Wohnung*

Wie schon erwähnt, entspricht der Begriff der akustischen Überwachung außerhalb von nicht allgemein zugänglichen Wohnungen im Sinne des deutschen Rechts der *interception of oral communication* im US-amerikanischen Recht. Der Bereich außerhalb des vom 4. Zusatzartikel geschützten Privathauses wird als *open field* bezeichnet und zählt in der Regel zum öffentlichen Bereich. Die Kommunikation in der Öffentlichkeit bzw. im *open field* begründet grundsätzlich<sup>821</sup> keine *reasonable expectation of privacy*, z.B. was die Kommunikation auf offener Straße, in Klassenzimmern oder Schulbussen oder auf allgemein zugänglichen Grundstücken anbelangt.<sup>822</sup> Das gilt auch für öffentlich vor anderen gesprochene Worte<sup>823</sup> oder Äu-

<sup>816</sup> Dies lässt sich schließen aus Fn. 2 in *People v. Basilicato*, 64 N.Y.2d 103, 114 (1984).

<sup>817</sup> *People v. Basilicato*, 64 N.Y.2d 103, 115 (1984).

<sup>818</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 3:5.

<sup>819</sup> Vgl. *People v. Morhouse*, 21 N.Y.2d 66, 78, 79 (1967).

<sup>820</sup> Vgl. *State v. Howard*, 728 A.2d 1178, 1186 (1998). In diesem Fall ging es zwar um eine Videoüberwachung, aber grundsätzlich gelten die allgemeinen Prinzipien der Verwertungsverbote für alle Arten von *interception of communication*.

<sup>821</sup> Unter Umständen kann auch in allgemein zugänglichen Bereichen die Privatsphäre geschützt sein. Siehe *Katz v. U.S.*, 389 U.S. 347, 351, 352 (1967).

<sup>822</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 3:5.

ßerungen, die ohne irgendwelche Hilfsmittel mit bloßem Ohr zu hören sind.<sup>824</sup> Das Abhören nichtöffentlich gesprochener Worte des Beschuldigten oder anderer Personen in einem öffentlich zugänglichen Bereich – der sogenannte „kleine Lauschangriff“ im deutschen Recht – könnte den persönlichen, berechtigten Anspruch auf Privatsphäre (*reasonable expectation of privacy*) tangieren, wenn die zwei maßgeblichen Voraussetzungen aus dem *Katz*-Fall erfüllt sind, was beispielsweise beim Abhören in einer Telefonzelle<sup>825</sup> oder in einer öffentlichen Toilette<sup>826</sup> mit Hilfe eines *bugging*-Gerätes der Fall ist. In solchen Fällen gelten im Prinzip ebenfalls die Grundsätze der bei *interception of wire communication* angewandten Beweisverwertungsverbote, da fast alle für *interception of wire communication* maßgeblichen Vorschriften (*Title III*) auch auf *interception of oral communication* anwendbar sind. Eine rechtmäßig angeordnete akustische Überwachung von Kommunikation außerhalb von nicht allgemein zugänglichen Wohnungen ist auch zu „minimieren“, wenn ihre Inhalte für die Straftat irrelevant oder privilegiert sind.

Mit Bezug auf die Überwachung im Besuchsraum einer Justizvollzugsanstalt wurde durch die Entscheidungen *Lanza v. New York*<sup>827</sup> und *Hudson v. Palmer*<sup>828</sup> unter anderem festgelegt, dass die Überwachung der Kommunikation in einer Zelle nicht rechtswidrig ist und dass Häftlinge keinen berechtigten Anspruch auf Privatsphäre (*reasonable expectation of privacy*) im Sinne des 4. Zusatzartikels vor als *unreasonable* angesehenen Durchsuchungen und Beschlagnahmen haben. Sogar Besucher genießen in der Haftanstalt nur einen reduzierten Schutz der Privatsphäre, und ihre Kommunikation mit den Häftlingen darf überwacht werden.<sup>829</sup> Allerdings ist dann ein berechtigter Anspruch auf Privatsphäre anzunehmen, wenn die Kommunikation vertraulich<sup>830</sup> oder privilegiert ist. Dies gilt ebenfalls für den Besuch bei einem Beschuldigten während der Ermittlung. So ist die akustische Überwachung der Kommunikation zwischen dem Beschuldigten und seinem Rechtsanwalt in einem Vernehmungsraum der Polizeibehörde verboten.<sup>831</sup>

---

<sup>823</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 3:5.

<sup>824</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 3:21.

<sup>825</sup> *Katz v. U.S.*, 389 U.S. 347 (1967).

<sup>826</sup> *People v. Lesslie*, 939 P.2d 443 (1996).

<sup>827</sup> *Lanza v. New York*, 370 U.S. 139 (1962).

<sup>828</sup> *Hudson v. Palmer*, 468 U.S. 517 (1984).

<sup>829</sup> *Shell v. U.S.*, 448 F.3d 951, 955–957 (2006). Die Überwachung gilt auch als erlaubt in einem Raum des Polizeireviers oder einem Verhörraum, in den der Beschuldigte während der Ermittlung gebracht wird. Siehe *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 3:6.

<sup>830</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 3:6.

<sup>831</sup> *Gennusa v. Shoar*, 879 F. Supp. 2d 1337 (2012).

c) *Beweisverwertungsverbote beim Einsatz technischer Mittel  
zu Observationszwecken*

Die im deutschen Teil behandelten technischen Mittel zu Observationszwecken – wie Bildaufnahme, Videoaufnahme, Videoüberwachung, Bewegungsmelder, GPS usw. – unterliegen nach US-amerikanischem Recht meist nicht den gesetzlichen Vorschriften für *interception of communication*, sondern den Bestimmungen des 4. Zusatzartikels. Dabei ist zuerst zu prüfen, ob sie in die Privatsphäre im Sinne des 4. Zusatzartikels eingreifen bzw. ob es sich um eine *search* handelt. Wenn anzunehmen ist, dass eine *search* vorliegt und es für diese keinen *warrant* gibt, dürfen Beweise, die durch den Einsatz von technischen Mitteln erlangt worden sind, grundsätzlich nicht verwertet werden.

Zwei Prüfungsmaßstäbe bestimmen, ob ein Eingriff in die Privatsphäre bzw. eine Verletzung des berechtigten Anspruchs auf Privatsphäre (*reasonable expectation of privacy*) vorliegt. Dabei geht es darum, welche technischen Mittel eingesetzt werden und an welchem Ort die Überwachung stattfindet.<sup>832</sup>

Ein *beeper* darf zu Observationszwecken in einem Fahrzeug oder Gegenstand installiert werden, um mit Hilfe der regelmäßig gesendeten Signale dessen Aufenthaltsort lokalisieren zu können. Im Fall *U.S. v. Knotts*<sup>833</sup> hatte die Polizei die Fahrt des Beschuldigten auf öffentlichen Straßen und Autobahnen mit Hilfe eines *beeper* verfolgt, der in einem Behälter installiert worden war, den der Beschuldigte gekauft hatte. Der Supreme Court erkannte keinen berechtigten Anspruch auf Privatsphäre (*reasonable expectation of privacy*) des Beschuldigten während der Fahrt an, da die Fahrt durch *open field* führte und die Polizei auch durch visuelle Überwachung der Fahrt alle Informationen hätte erlangen können.<sup>834</sup> Außerdem hatte die Polizei in diesem Fall keine Informationen darüber erfasst, wie der Behälter in der Hütte bewegt wurde, in der die Fahrt schließlich endete und die von außen mit bloßem Auge nicht eingesehen werden konnte.<sup>835</sup> Daher erfolgte der Einsatz des *beeper* hier nicht im Rahmen einer *search*, und die erfassten Informationen waren verwertbar. In *U.S. v. Karo*,<sup>836</sup> einem vergleichbaren Fall, der jedoch viel weiter ging, wurden ebenfalls Bewegungen mit Hilfe eines *beeper* verfolgt. Die Polizei „trackte“ dabei mit Hilfe des in einem Behälter (*can of ether*) versteckten *beeper* nicht nur die Bewegung eines Fahrzeugs, sondern lokalisierte darüber hinaus anschließend den *beeper* in einem privaten Haus, das von außen nicht einsehbar

<sup>832</sup> *Dressler/Michaels*, Understanding Criminal Procedure, 6. Aufl., Band I, S. 95.

<sup>833</sup> *U.S. v. Knotts*, 460 U.S. 276 (1983).

<sup>834</sup> *U.S. v. Knotts*, 460 U.S. 276, 281, 282 (1983).

<sup>835</sup> *U.S. v. Knotts*, 460 U.S. 276, 283 (1983).

<sup>836</sup> *U.S. v. Karo*, 468 U.S. 705 (1984).

war.<sup>837</sup> Diese *search* ohne *warrant* verletzte das gerechtfertigte Interesse am Schutz der Privatsphäre in der Wohnung gemäß dem 4. Zusatzartikel.<sup>838</sup>

Bei komplizierteren Ortungsverfahren, z.B. mit GPS, stellt sich die Sachlage anders dar. Die Gerichte sind bisher unterschiedlicher Meinung hinsichtlich der Frage, ob für GPS-Überwachung ein *warrant* erforderlich ist. Einige Gerichte wandten die Grundsätze des *Knotts*-Falls auch auf die Überwachung von Fahrzeugbewegungen auf der Autobahn durch GPS an.<sup>839</sup> Andere Gerichte stellten Unterschiede zur Überwachung mit Hilfe eines *beeper* fest und erkannten die Überwachung per GPS als eine *search* mit *warrant requirement* an.<sup>840</sup> Der Supreme Court traf 2012 diesbezüglich eine Entscheidung im Fall *U.S. v. Jones*,<sup>841</sup> in dem die Polizei zwar einen *warrant* erhalten hatte, der die Installierung eines GPS-Ortungssystems innerhalb von zehn Tagen erlaubte, aber diese Frist überschritt und erst am elften Tag ein GPS-Überwachungsgerät im Unterboden eines Jeeps installierte und die Bewegungen des Jeeps 28 Tage lang überwachte. Der Supreme Court vertrat die Meinung, dass diese Installierung und Überwachung eine *search* darstellten.<sup>842</sup> Obwohl es theoretisch ebenso möglich gewesen wäre, die fraglichen Informationen durch eine visuelle Überwachung zu erfassen, ließ der Supreme Court offen, ob er sich an den *Knotts*-Fall anlehnen wollte.<sup>843</sup> Die Beweise, die durch die GPS-Überwachung ohne *warrant* entgegen dem 4. Zusatzartikel erlangt worden waren, wurden für unzulässig befunden.

Aus der Anwendung der beiden oben im Zweiten Teil unter II.D.6.a) genannten, aus dem *Katz*-Fall sich ergebenden Maßstäbe lässt sich schließen, dass eine *search* anerkannt werden könnte, wenn ein nicht allgemein verwendetes, oft auch kompliziertes technisches Mittel zur Beobachtung des Innenraums eines Hauses eingesetzt wird. Ein Beispiel bietet der Fall *Kyllo v. U.S.*,<sup>844</sup> in dem die Polizei ohne *warrant* mit Hilfe eines thermografischen Verfahrens die Temperaturen im Hause des Beschuldigten ermittelte und entdeckte, dass eine Außenwand und das Dach der Garage signifikant wärmer als der Rest des Hauses und die Nachbarhäuser waren, was die Vermutung der Polizei bestätigte, dass der Beschuldigte mit Hilfe deutlich stärkerer Beleuchtung Marihuana züchtete. Aufgrund dieser Information und anderer Quellen beantragte die Polizei eine Durchsuchungsanordnung und durchsuchte das Haus. Der Supreme Court vertrat die Meinung, dass im Inneren des Hauses gemäß

---

<sup>837</sup> *U.S. v. Karo*, 468 U.S. 705, 714, 715 (1984).

<sup>838</sup> *U.S. v. Karo*, 468 U.S. 705, 714, 715 (1984).

<sup>839</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 3:19.

<sup>840</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 3:19; vgl. auch *Emanuel*, Criminal Procedure, 31. Aufl., S. 37–39.

<sup>841</sup> *U.S. v. Jones*, 565 U.S. 400 (2012).

<sup>842</sup> *U.S. v. Jones*, 565 U.S. 400, 404 (2012).

<sup>843</sup> *U.S. v. Jones*, 565 U.S. 400, 412 (2012).

<sup>844</sup> *Kyllo v. U.S.*, 533 U.S. 27 (2001).

fest im *Common Law* verwurzelten Kriterien ein berechtigter Anspruch auf minimalen Schutz der Privatsphäre (*reasonable minimal expectation of privacy*) bestand und dass die Erlangung der Informationen über die Innenräume des Hauses durch ein die Wahrnehmung verstärkendes technisches Mittel – wobei diese Informationen sonst ohne physisches Eindringen nicht zu erlangen gewesen wären – eine *search* darstellte, zumindest soweit dabei nicht allgemein gebräuchliche technische Hilfsmittel verwendet wurden.<sup>845</sup> Hier betonte der Supreme Court die Unantastbarkeit des Privathauses. Der Schutz des Hauses gemäß dem 4. Zusatzartikel sei nicht mit der Qualität oder Quantität der erfassten Informationen verbunden.<sup>846</sup> Alle Details im Haus seien intime Details, weil der gesamte Bereich als frei von den zudringlichen Augen der Regierung zu betrachten sei.<sup>847</sup> Wenn es beim Einsatz des Thermografieverfahrens nur verboten wäre, intime Details zu beobachten, wäre dies nicht nur vom Prinzip her falsch, sondern auch schwer in der Praxis durchzuführen – damit könne kein tragfähiger Kompromiss zwischen den Bedürfnissen der Gesetzesdurchsetzung und den durch den 4. Zusatzartikel geschützten Interessen erzielt werden.<sup>848</sup> Daher ist das gesamte Haus unantastbar. Das Gericht meinte zwar, dass in der Rechtsprechung präzisiert werden sollte, welche häuslichen Aktivitäten als „intim“ anzusehen sind und welche nicht.<sup>849</sup> Aber selbst wenn die Richter eine erschöpfende Auflistung der Aktivitäten erstellen würden, könnte kein Polizist vorher wissen, ob er mittels einer Überwachung, die durch eine Wand hindurch erfolgt, Kenntnis intimer Details erlangen wird; daher könnte er auch nicht vorher wissen, ob sein Vorgehen verfassungskonform sei.<sup>850</sup> Der Supreme Court beharrte auf der festen und klaren Grenzlinie, die der 4. Zusatzartikel für das Betreten eines Hauses an der Eingangstür gezogen hat; diese Linie muss klar und deutlich definiert werden, was eine eindeutige Beschreibung der Überwachungsmethoden verlangt, die einen *warrant* erfordern.<sup>851</sup> Ob die Rechtswidrigkeit der mit Hilfe des thermografischen Verfahrens vorgenommenen *search* einen Ausschluss der bei der späteren Hausdurchsuchung gewonnenen Beweise auslösen kann, sei in diesem Fall davon abhängig, ob auch ohne die mit Hilfe der Temperaturlaufzeichnung erlangten Informationen *probable cause* für eine Hausdurchsuchung hätte nachgewiesen werden können.<sup>852</sup> Diese Frage betrifft jedoch bereits die Problematik der Fernwirkung.

---

<sup>845</sup> *Kyllo v. U.S.*, 533 U.S. 27, 34 (2001).

<sup>846</sup> *Kyllo v. U.S.*, 533 U.S. 27, 37 (2001).

<sup>847</sup> *Kyllo v. U.S.*, 533 U.S. 27, 37 (2001).

<sup>848</sup> *Kyllo v. U.S.*, 533 U.S. 27, 38 (2001).

<sup>849</sup> *Kyllo v. U.S.*, 533 U.S. 27, 38, 39 (2001).

<sup>850</sup> *Kyllo v. U.S.*, 533 U.S. 27, 38, 39 (2001).

<sup>851</sup> *Kyllo v. U.S.*, 533 U.S. 27, 40 (2001).

<sup>852</sup> *Kyllo v. U.S.*, 533 U.S. 27, 40 (2001).



Wenn allgemein gebräuchliche technische Mittel wie Bildaufnahmen, Videoaufnahmen oder Videoüberwachung außerhalb des Hauses und der *curtilage* eingesetzt werden, ist dies grundsätzlich kein Verstoß gegen den 4. Zusatzartikel, da nach *Common Law* im *open field* kein Schutz der Privatsphäre erwartet werden kann.<sup>853</sup> Der Schutz des 4. Zusatzartikels erstreckt sich nur bis zur *curtilage*. Was ein Polizist, auch unter Einsatz technischer Mittel, im *open field* beobachten könnte, fällt grundsätzlich unter *plain view*. Eine Besonderheit im US-amerikanischen Recht ist hierbei, dass das Fotografieren mit einer Luftbildkamera – etwa um Aufnahmen von Hausdächern oder umzäunten Hinterhöfen zu machen – keine *search* darstellt,<sup>854</sup> dies gilt ebenso für die Beobachtung eines Grundstücks vom Hubschrauber aus,<sup>855</sup> denn alles, was die Polizei aus einem Flugzeug heraus am Boden sehen kann, fällt in den *plain view*-Bereich.<sup>856</sup>

Würde aber eine Kamera an einem Ort eingesetzt, von dem aus man in den Bereich der Privatsphäre hineinschauen kann, könnte eine solche Bildaufnahme, Videoaufnahme oder Videoüberwachung gegen den 4. Zusatzartikel verstoßen. Privathäuser samt ihrer *curtilage* sind üblicherweise durch den 4. Zusatzartikel absolut geschützt; selbst ein wenige Zentimeter großer Eingriff in den geschützten Bereich wäre zu groß, und es gäbe keine Ausnahme zum *warrant requirement* gemäß dem 4. Zusatzartikel, nicht einmal, wenn ein Polizist die Haustür nur einen Spalt weit geöffnet und einen Teppich im Flur liegen gesehen hätte.<sup>857</sup> Allerdings verlangt der Schutz der Privatsphäre nicht, dass der Polizist seine Augen abschirmt, wenn er auf einer öffentlichen Straße an einem Haus vorbeiläuft; er kann das Haus und die *curtilage* von einem öffentlich zugänglichen Punkt aus beobachten, an dem zu sein er berechtigt ist und von wo aus die dortigen Aktivitäten klar sichtbar sind.<sup>858</sup> Daher verletzt der Einsatz einer an einem Leitungsmast angebrachten Kamera (*pole camera*), um in den für Passanten leicht einsehbaren Außenbereich rings um ein Haus hineinblicken zu können, den 4. Zusatzartikel nicht.<sup>859</sup> Jedoch ist dies nicht unproblematisch, wenn es sich um eine langfristige Überwachung handelt. Im Fall *U.S. v. Anderson-Bagshaw*<sup>860</sup> ging es darum, dass die Polizei eine Kamera an der Spitze eines Strommastes, der auf einem unbebauten Grundstück neben dem Haus stand, angebracht und 24 Tage lang den zur *curtilage* gehörenden *backyard* hinter

---

<sup>853</sup> *Oliver v. U.S.*, 466 U.S. 170, 180 (1984). Zu den Begriffen *curtilage* und *open field* siehe oben Zweiter Teil, II.D.2.a).

<sup>854</sup> *Dow Chemical Co. v. U.S.*, 476 U.S. 227 (1986); *California v. Ciraolo*, 476 U.S. 207 (1986).

<sup>855</sup> *Florida v. Riley*, 488 U.S. 445 (1989).

<sup>856</sup> *Emanuel*, *Criminal Procedure*, 31. Aufl., S. 42.

<sup>857</sup> *Kyllo v. U.S.*, 533 U.S. 27, 37 (2001).

<sup>858</sup> *U.S. v. Anderson-Bagshaw*, 509 Fed. Appx. 396, 404 (2012).

<sup>859</sup> *U.S. v. Jackson*, 213 F.3d 1269, 1281 (2000).

<sup>860</sup> *U.S. v. Anderson-Bagshaw*, 509 Fed. Appx. 396 (2012).

dem Haus beobachtet hatte. Hier wurde ein Verstoß gegen den 4. Zusatzartikel angenommen, wobei der Fehler in diesem Fall jedoch unschädlich gewesen sei.<sup>861</sup>

Hierzu ist aus Sicht des 4. Zusatzartikels die Anmerkung zu machen, dass die bisher erwähnten, als *search* angesehenen Verwendungsweisen von technischen Mitteln nicht unbedingt gegen den 4. Zusatzartikel verstoßen, wenn vorher ein richterlicher *warrant* eingeholt werden konnte. Somit könnte auch die im *Kyllo*-Fall geschilderte thermografische Ermittlung der innerhalb eines Hauses herrschenden Temperaturen zulässig sein, wenn die Polizei *probable cause* nachgewiesen und einen *warrant* für den Einsatz des Thermografieverfahrens erhalten hätte.<sup>862</sup> Daher könnte in den USA der Einsatz von technischen Mitteln in einem Haus oder einer Wohnung zulässig sein, solange der Eingriff in den berechtigten Anspruch auf Privatsphäre (*reasonable expectation of privacy*), durch richterliche Anordnung bewilligt wird.

Im Folgenden ist die Problematik der Videoüberwachung zu erörtern: Handelt es sich um eine rein visuelle Überwachung, betrifft sie nur *search* und *seizure* im Sinne des 4. Zusatzartikels. Wenn jedoch eine akustische Überwachung hinzukommt, betrifft dies auch *interception of communication*. Daher gilt der 4. Zusatzartikel grundsätzlich auch hier; mitunter finden die Vorschriften zu *interception of communication* auch Anwendung bei der Videoüberwachung. Gemäß Fed. R. Crim. P. 41, welche die Anforderungen in Bezug auf *search* und *seizure* regelt, kann ein Richter eine Videoüberwachung anordnen, und zwar gemäß den gleichen Richtlinien, wie sie für einen *warrant* bei *interception of communication* gelten.<sup>863</sup> Die Voraussetzungen für die Anordnung einer Videoüberwachung umfassen also ebenfalls den Nachweis von *probable cause*, die Notwendigkeit der Überwachung, die Minimierungsanforderung usw.<sup>864</sup> Nur wenn es neben der visuellen Überwachung auch um eine akustische Überwachung geht, ist noch eine weitere Genehmigung gemäß 18 U.S.C. § 2516 (1) erforderlich. Das allgemeine Prinzip im US-amerikanischen Recht, dass ein *warrant* für eine *search* im Fall der Zustimmung der betroffenen Person unnötig ist, gilt hier ebenso, und zwar auch bei Videoüberwachung mit einer versteckten Kamera durch Informanten.<sup>865</sup>

---

<sup>861</sup> *U.S. v. Anderson-Bagshaw*, 509 Fed. Appx. 396, 405 (2012). In diesem Fall gab es nur eine begrenzte Anzahl von kurzen Videoaufnahmen des Hinterhofs („five clips total a mere 56 seconds“). Die Möglichkeit, dass die Videoaufnahmen zur Verurteilung beigetragen haben könnten, wurde nicht als begründet (*reasonable*) angesehen; andere, wichtigere Beweise halfen in diesem Fall, die Beschuldigte zu überführen. Siehe *U.S. v. Anderson-Bagshaw*, 509 Fed. Appx. 396, 406 (2012).

<sup>862</sup> *Emanuel*, Criminal Procedure, 31. Aufl., S. 42.

<sup>863</sup> *Z.B. U.S. v. Ianniello*, 621 F. Supp. 1455, 1467 (1985).

<sup>864</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 4:73.

<sup>865</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 3:53. Verlassen jedoch die Informanten das Hotelzimmer, in dem ihr Gespräch mit den Beschuldigten stattgefunden hat, und die Videoüberwachung dieses Zimmers läuft weiter, verletzt dies die *reasonable expecta-*

Der Innenraum einer Wohnung oder eines Hauses ist gewöhnlich durch den 4. Zusatzartikel vor Videoüberwachung geschützt.<sup>866</sup> Wenn aber die Videoüberwachung eines Innenraums einer Wohnung richterlich angeordnet wird, ist dies mit dem 4. Zusatzartikel vereinbar, und die daraus stammenden Beweise sind somit verwertbar.<sup>867</sup> Falls eine Videoüberwachung Privilegien, wie das *husband-wife privilege*, betrifft, kann sie einen Eingriff in den berechtigten Anspruch auf Privatsphäre (*reasonable expectation of privacy*), darstellen, und die Videoaufnahmen können in diesem Fall durch Geltendmachung der Privilegien von der Verwertung ausgeschlossen werden, auch wenn die Videoüberwachung außerhalb der Wohnung vorgenommen wurde.<sup>868</sup> Eine langfristige Videoüberwachung ist im US-amerikanischen Recht auf jeden Fall dann möglich, wenn eine richterliche Anordnung dafür vorliegt. Da diese Maßnahme einen außergewöhnlichen Eingriff darstellt, wird allerdings gefordert, spezielle Vorsorge zur Vermeidung der unnötigen Verlängerung der Videoüberwachung zu treffen, und es sind z.B. regelmäßig Berichte an das Gericht zu übermitteln.<sup>869</sup>

## E. Fernwirkung der Beweisverwertungsverbote

### 1. Die fruit of the poisonous tree doctrine und ihre Ausnahmen

In den USA ist die Fernwirkung der Beweisverwertungsverbote als *fruit of the poisonous tree doctrine* bekannt. Schon 1920 wurde im Fall *Silverthorne Lumber Co. v. U.S.*<sup>870</sup> darauf angespielt, dass das Verbot des rechtswidrigen Erlangens der Beweismittel nicht lediglich die Verwertung der so zustande gekommenen Beweismittel untersagt, sondern die Verwertung aller aufgrund dieses ersten unrechtmäßig erlangten Beweismittels gewonnenen Beweise.<sup>871</sup> Später wurde in *Nardone v.*

---

*tion of privacy* der Beschuldigten in Bezug auf ihre Aktivitäten und Kommunikation. Dazu *U.S. v. Nerber*, 222 F.3d 597, 604, 605 (2000).

<sup>866</sup> *U.S. v. Falls*, 34 F.3d 674, 678 (1994).

<sup>867</sup> Vgl. *U.S. v. Falls*, 34 F.3d 674, 679 (1994).

<sup>868</sup> *State v. Howard*, 728 A.2d 1178 (1998). In diesem Fall ging es um die Videoüberwachung eines beschuldigten Ehepaars in einem Vernehmungszimmer, in dem die Eheleute allein waren. Nach US-amerikanischem Recht hat der Beschuldigte in einem Vernehmungszimmer grundsätzlich keinen berechtigten Anspruch auf Privatsphäre. Das Vernehmungszimmer wird als Bereich außerhalb des durch diesen Anspruch geschützten Privathauses angesehen. Eine Videoaufnahme von Gesprächen der Eheleute im Vernehmungszimmer wurde in diesem Fall aber ausgeschlossen, woraus sich folgern lässt, dass für unter das *husband-wife privilege* fallende vertrauliche Aktivitäten oder Kommunikation in einem Privathaus Videoüberwachung nicht zulässig ist.

<sup>869</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 4:73.

<sup>870</sup> *Silverthorne Lumber Co. v. U.S.*, 251 U.S. 385 (1920).

<sup>871</sup> *Silverthorne Lumber Co. v. U.S.*, 251 U.S. 385, 392 (1920). Das totale Verbot hängt mit der Theorie des *continuing wrongful use* zusammen, auf dem die Begründung der *judi-*

U.S.<sup>872</sup> entschieden, dass die Beweisverwertungsverbote bezüglich des 4. Zusatzartikels nicht nur auf die unmittelbar erlangten Beweismittel anzuwenden sind, sondern auch auf die mittelbar erlangten Beweismittel, die als *fruit of the poisonous tree* gelten.<sup>873</sup> Anders als bezüglich der Fernwirkung im deutschen Recht besteht hinsichtlich der *fruit of the poisonous tree doctrine* in der US-amerikanischen Rechtsprechung und Literatur Einigkeit. Grundsätzlich wird die *fruit of the poisonous tree doctrine*, also die Fernwirkung der Beweisverwertungsverbote, in den USA anerkannt. Die Gründe für das Verwertungsverbot von *fruit of the poisonous tree* bzw. für die Fernwirkung sind die gleichen wie bei den Beweisverwertungsverbotten: Hauptsächlich soll die Polizei durch die Beweisverwertungsverbote davor abgeschreckt werden, den verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Schutz zu verletzen.<sup>874</sup>

Es gibt drei Ausnahmen von der *fruit of the poisonous tree doctrine*: Eine Fernwirkung wird nicht angenommen,

- wenn das Beweismittel auch völlig unabhängig von dem Verstoß gegen die Verfassung hätte erlangt werden können (*independent source*),
- wenn das Beweismittel durch rechtmäßige Ermittlung unvermeidlich gefunden worden wäre (*inevitable discovery*), oder
- wenn der kausale Zusammenhang zwischen dem Auffinden des Beweismittels und dem Rechtsfehler stark abgeschwächt ist (*attenuated connection*).

Die Ausnahme der *independent source* besagt, dass bei Auffinden eines Beweismittels, das sich auf zwei Quellen zurückführen lässt, nur eine davon mit dem Rechtsfehler zu tun hat und die andere hingegen unabhängig von dem Rechtsfehler ist.<sup>875</sup> Ein Beispiel für diese Ausnahmeregelung findet sich in dem Fall *Murray v. U.S.*,<sup>876</sup> in dem die Polizei zwar *probable cause*, jedoch keinen *warrant* für die Durchsuchung eines Lagerhauses hatte. Allerdings hatte die Polizei sich bereits Zutritt zu dem Lagerhaus verschafft und viele eingewickelte Bündel, in denen die Polizei Marihuana vermutet hatte, erblickt. Nachdem die Polizisten das Lagerhaus verlassen hatten, blieb es unter fortgesetzter Überwachung, und es wurden gleichzeitig Polizisten beauftragt, einen *warrant* zu besorgen. Zur Begründung des Durch-

---

*cial ratification* beruht. Ausführlich dazu *Wasserstrom/Mertens*, (1984) 22 Am. Crim. L. Rev. 138 Fn. 369.

<sup>872</sup> *Nardone v. U.S.*, 308 U.S. 338 (1939).

<sup>873</sup> *Nardone v. U.S.*, 308 U.S. 338, 341 (1939).

<sup>874</sup> *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431, 442, 443 (1984). Seit 1939 wird diese Abschreckungswirkung als Grund für das Verbot der Verwertung von *fruit of the poisonous tree* angenommen. Zur Entwicklung der Gründe für das erweiterte Verwertungsverbot für *fruit of the poisonous tree* siehe *Wasserstrom/Mertens*, (1984) 22 Am. Crim. L. Rev. 142 f.

<sup>875</sup> *Emanuel*, Criminal Procedure, 31. Aufl., S. 312; *Dressler/Michaels*, Understanding Criminal Procedure, 6. Aufl., Band I, S. 375 f. Für Kritik an dieser Ausnahme siehe *LaFave*, Search and Seizure, Band VI, § 11.4(a), S. 334–338.

<sup>876</sup> *Murray v. U.S.*, 487 U.S. 533 (1988).

suchungsantrags wurden nur die von der Polizei vor dem Betreten des Lagerhauses rechtmäßig erlangten Informationen aufgeführt. Aufgrund des daraufhin erlassenen *warrant* wurde eine Durchsuchung durchgeführt und das dabei entdeckte Marihuana als Beweismittel beschlagnahmt. In der Entscheidung von *Murray v. U.S.* wurde befunden, dass das Auffinden des Marihuana auf eine *independent source* zurückzuführen und das Marihuana somit als Beweismittel verwertbar war.<sup>877</sup> Der *warrant* gründete sich auf *probable cause* und beruhte nicht auf den durch die erste rechtswidrige Durchsuchung erlangten Informationen; das Beweismittel wurde durch eine zweite, rechtmäßige Durchsuchung gefunden. Außerdem war der Supreme Court hier wie bei einem Präzedenzfall<sup>878</sup> der Meinung, dass das Interesse der Gesellschaft an der Abschreckung illegaler polizeilicher Handlungen und das Interesse der Öffentlichkeit daran, dass der Jury alle Beweismittel zur Verfügung gestellt werden, angemessen ausbalanciert sind, indem die Polizei in die gleiche Position versetzt wird, in der sie bei Nichtvorliegen des Fehlers stehen könnte, und nicht in eine schlechtere Position.<sup>879</sup> Wenn das in Frage stehende Beweismittel aus einer *independent source* stammt, würde die Polizei durch den Ausschluss des Beweismittels in eine schlechtere Position versetzt als die, die sie ohne den Fehler einnehmen könnte.<sup>880</sup>

Bei der Ausnahme der *independent source* ist die rechtswidrige Handlung nicht kausal für die Entdeckung der Beweismittel; hingegen besteht bei der Ausnahme der *inevitable discovery* ein kausaler Zusammenhang, wobei jedoch angenommen wird, dass die Polizei die Beweismittel auch auf rechtmäßigem Wege finden würde.<sup>881</sup> Bahnbrechend war in diesem Zusammenhang der Fall *Nix v. Williams*.<sup>882</sup> Hier hatte die Polizei unter Verstoß gegen den 6. Zusatzartikel (*right to counsel*) belastende Aussagen des Beschuldigten darüber erlangt, wo sich die Leiche des Opfers befand. Anschließend führte der Beschuldigte die Polizei zu der Leiche. Zu diesem Zeitpunkt fand aber bereits eine gründliche Suche statt, und ein Suchtrupp war nur einige Meilen vom Fundort entfernt. Der Supreme Court befand, dass die Leiche durch die Suche innerhalb kurzer Zeit gefunden worden wäre.<sup>883</sup> Hier vertrat der Supreme Court eine ähnliche Position wie bei der Ausnahme der *independent source*, nämlich dass die Polizei durch den Ausschluss eines Beweismittels,

<sup>877</sup> Für Kritik an diesem Fall siehe *Dressler/Michaels*, *Understanding Criminal Procedure*, 6. Aufl., Band I, S. 376–378.

<sup>878</sup> *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431, 443 (1984).

<sup>879</sup> *Murray v. U.S.*, 487 U.S. 533, 537 (1988).

<sup>880</sup> *Murray v. U.S.*, 487 U.S. 533, 537 (1988). Kritisch *Wasserstrom/Mertens*, (1984) 22 *Am. Crim. L. Rev.* 158–160.

<sup>881</sup> *Dressler/Michaels*, *Understanding Criminal Procedure*, 6. Aufl., Band I, S. 378. Für Kritik an dieser Ausnahme siehe *LaFave*, *Search and Seizure*, Band VI, § 11.4(a), S. 343 f.; *Giddings*, (2006) 91 *Iowa L. Rev.* 1075 f.

<sup>882</sup> *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984).

<sup>883</sup> *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431, 437, 438 (1984).

das unvermeidlich gefunden worden wäre, in eine nachteiligere Position gerät.<sup>884</sup> Dazu wird in der Entscheidung weiter geäußert, dass hier die Argumentation, dass die Polizei vor rechtswidrigen Handlungen abgeschreckt werden soll, eine so geringe Basis hat, dass das Beweismittel akzeptiert werden sollte.<sup>885</sup> Nach Ansicht des Gerichts würden die Polizisten von sich aus versuchen, fragwürdige Methoden zu vermeiden, wenn sie wüssten, dass das Beweismittel ohnehin entdeckt wird.<sup>886</sup> Sie ziehen kaum Gewinn daraus, das Verfahren zur Erlangung des Beweismittels auf fragwürdige Weise abzukürzen.<sup>887</sup> Mit anderen Worten: Eine *inevitable discovery* kann für die Polizei kaum Anreize zur Verletzung der Verfassung bieten.<sup>888</sup>

In Bezug auf die hypothetische Kausalität der *inevitable discovery* verlangt der Supreme Court, dass die Anklage überwiegende Beweise (*by a preponderance of the evidence*) dafür erbringen kann, dass die Informationen letztendlich oder unvermeidlich mit legalen Mitteln hätten erlangt werden können.<sup>889</sup> Die meisten Gerichte neigen bei der Anwendung der Ausnahme der *inevitable discovery* dazu, durch Verwendung des englischen Konditionals (*would*) den Grad der Wahrscheinlichkeit des Auffindens der Beweismittel durch rechtmäßige Ermittlung auszu-drücken.<sup>890</sup> Diese Wahrscheinlichkeit darf keine bloße Vermutung oder Spekulation sein.<sup>891</sup> Der Supreme Court warnt vor der Herstellung eines kausalen Zusammenhangs, der sich auf komplizierte Argumente gründet, z.B. dass im Nachhinein gezeigt wird, was die Polizei in einer gegebenen Situation hätte tun können.<sup>892</sup> Die *inevitable discovery* wird höchstwahrscheinlich angewandt, wenn z.B. vor der Entdeckung durch eine rechtswidrige Handlung die rechtmäßige Ermittlung schon eingeleitet war oder wenn nach standardisierten Ermittlungsprozessen oder routinemäßig ein Vorfall des Beweisauffindens mit Sicherheit hätte vorkommen können.<sup>893</sup> Einige Gerichte setzen für die Annahme einer *inevitable discovery* voraus, dass die Strafverfolgungsbehörden zum Zeitpunkt des Verfassungsverstoßes bereits aktiv erhebliche alternative Ermittlungen eingeleitet haben.<sup>894</sup> Es wird zudem die

<sup>884</sup> *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431, 443 (1984).

<sup>885</sup> *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431, 444 (1984).

<sup>886</sup> *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431, 445, 446 (1984).

<sup>887</sup> *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431, 446 (1984).

<sup>888</sup> Kritisch *Wasserstrom/Mertens*, (1984) 22 Am. Crim. L. Rev. 166 f.

<sup>889</sup> *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431, 444 (1984). In einer abweichenden Meinung zu der Entscheidung (*Nix v. Williams*, 467 U.S. 431, 459 (1984)) wurde argumentiert, dass die Staatsanwaltschaft die Unvermeidlichkeit der Entdeckung nach höherem Standard, also mit einem klaren und überzeugenden Beweis, begründen soll.

<sup>890</sup> *LaFave*, Search and Seizure, Band VI, § 11.4(a), S. 359; *Bain/Kelly*, (1977) 31 U. Miami L. Rev. 628.

<sup>891</sup> *LaFave*, Search and Seizure, Band VI, § 11.4(a), S. 359.

<sup>892</sup> *LaFave*, Search and Seizure, Band VI, § 11.4(a), S. 361.

<sup>893</sup> *LaFave*, Search and Seizure, Band VI, § 11.4(a), S. 363–365.

<sup>894</sup> *LaFave*, Search and Seizure, Band VI, § 11.4(a), S. 365–368, auch mit Kritik.

Meinung vertreten, dass die Möglichkeit der *inevitable discovery* auch dahingehend zu überprüfen sei, was andere Personen – außer den Strafverfolgungsbehörden – hätten unternehmen können und ob Handlungen anderer Personen zur Entdeckung der Beweismittel hätten führen können.<sup>895</sup>

Die Ausnahme der *independent source* und die Ausnahme der *inevitable discovery* erscheinen zwar auf den ersten Blick ähnlich, weisen aber einige Unterschiede auf: Bei der ersten Rechtsfigur besteht eine tatsächliche rechtmäßige Kausalität zwischen dem Auffinden des Beweismittels und der Rechtmäßigkeit der Beweiserhebung, bei der zweiten besteht hingegen nur eine hypothetische rechtmäßige Kausalität zwischen den beiden. Diese Grenzen wurden in dem relativ jungen Fall *Hudson v. Michigan*<sup>896</sup> nicht klar gezogen.<sup>897</sup> In diesem Fall hatte die Polizei zwar einen *warrant* für eine Durchsuchung, hielt aber die *knock-and-announce*-Regel<sup>898</sup> nicht ein und verstieß somit gegen den 4. Zusatzartikel. Der Supreme Court war hier nicht der Ansicht, dass ein Beweis als *fruit of the poisonous tree* anzusehen ist, nur weil er nicht entdeckt worden wäre, wenn die Polizei nicht rechtswidrig gehandelt hätte (*but-for*-Kausalität).<sup>899</sup> Die *but-for*-Kausalität sei eine notwendige, aber keine hinreichende Voraussetzung für den Ausschluss der Beweismittel.<sup>900</sup> In diesem Fall war die rechtswidrige Weise, in der sich die Polizei Zutritt zu der Wohnung verschaffte, kein *but-for*-Grund, der zum Auffinden der Beweismittel führte.<sup>901</sup> Gleichgültig ob diese Rechtswidrigkeit vorlag oder nicht, hätte die Polizei die Durchsuchung in jedem Fall durchgeführt und mithin die Beweismittel entdecken können.<sup>902</sup> Der Supreme Court stimmte aber der Auffassung der Staatsanwaltschaft zu, dass die Informationen, die der Polizei vorlagen, bevor sie sich Zutritt zu der Wohnung verschaffte, als *independent source* für das Auffinden und die Beschlagnahme der Beweismittel hätten dienen können.<sup>903</sup> Eine solche Begründung wird in der Literatur kritisiert, die es vorzieht, die Möglichkeit einer *inevitable discovery* anzuführen.<sup>904</sup> Außerdem wurde in diesem Fall mit Hilfe

---

<sup>895</sup> *LaFave*, Search and Seizure, Band VI, § 11.4(a), S. 369–371, auch mit Kritik.

<sup>896</sup> *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586 (2006).

<sup>897</sup> Vgl. *Dressler/Michaels*, Understanding Criminal Procedure, 6. Aufl., Band I, S. 378.

<sup>898</sup> Zu dieser Regel siehe oben Zweiter Teil, II.D.2.b)cc). Mehr über diese Regel bei *Wilson v. Arkansas*, 514 U.S. 927, 933, 934 (1995).

<sup>899</sup> *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586, 592 (2006).

<sup>900</sup> *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586, 592 (2006).

<sup>901</sup> *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586, 592 (2006).

<sup>902</sup> *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586, 592 (2006). Kritisch *Dressler/Michaels*, Understanding Criminal Procedure, 6. Aufl., Band I, S. 376 f.

<sup>903</sup> *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586, 600 (2006). Kritisch *Tomkovicz*, (2008) 93 Iowa L. Rev. 1850–1862.

<sup>904</sup> *Emanuel*, Criminal Procedure, 29. Aufl., S. 271. Für weitere Kritik siehe *Dressler/Michaels*, Understanding Criminal Procedure, 6. Aufl., Band I, S. 378; *LaFave*, Search and Seizure, Band VI, § 11.4(a), S. 330, 349, 351–373.

einer *cost-benefit analysis* die Verwertbarkeit der Beweismittel begründet.<sup>905</sup> Der Supreme Court berücksichtigte auch die hohen sozialen Kosten, die beim Ausschluss von Beweismitteln dadurch entstehen können, dass manchmal ein Schuldiger freigelassen wird.<sup>906</sup> Des Weiteren wurde in der Entscheidung betont, dass der Ausschluss der Beweismittel immer *ultima ratio* und nicht der erste Impuls zu sein hat.<sup>907</sup> Der Nutzen des Ausschlusses der Beweismittel – die Abschreckungswirkung – kommt nur abhängig von der Stärke des von der verbotenen Handlung ausgehenden Anreizes zur Geltung.<sup>908</sup> Aus dieser Sicht ist die Abschreckung bei Verstößen gegen die *knock-and-announce*-Regel nicht sehr wirksam, und ein massiver Abschreckungseffekt findet sich hier kaum.<sup>909</sup>

Die Ausnahme der *attenuated connection* entspricht im Prinzip der Fortwirkung nach dem deutschen Recht. Bei dieser Ausnahme gibt es zwar eine Kausalität zwischen der Rechtswidrigkeit der Ermittlungshandlung und dem Auffinden der Beweismittel – die oben erwähnte *but-for*-Kausalität –, jedoch ist ab einem bestimmten Punkt der Kausalitätskette der primäre Makel abgeschwächt oder bereinigt.<sup>910</sup> Ab diesem Punkt ist ein mittelbar erlangtes Beweismittel, wenn es mit der früheren Rechtswidrigkeit kausal verbunden ist, genügend „gesäubert“, so dass es in das Verfahren zuzulassen ist.<sup>911</sup> Bei der Ausnahme der *attenuated connection* geht es um die Frage, wie weit eine Rechtswidrigkeit sich auswirken kann. Im Fall *Wong Sun v. U.S.*<sup>912</sup> hatte die Polizei *James Wah Toy* ohne *probable cause* in seiner Wohnung verhaftet und ein Geständnis von ihm erlangt. Aufgrund von *Toys* Geständnis wurde *Johnny Yee* entdeckt, der jedoch wiederum aussagte, dass er das bei ihm gefundene Rauschgift von *Toy* und *Wong Sun* erhalten habe. *Wong Sun* wurde anschließend verhaftet, jedoch ohne *probable cause*. Im Folgenden gestand *Wong Sun*, unterschrieb das Geständnis jedoch nicht. Einige Tage nach seiner rechtmäßigen Freilassung im Laufe des Prozesses erschien *Wong Sun* freiwillig wieder bei der Polizei, um eine Aussage zu machen. Der Supreme Court vertrat die schon beschriebene Ansicht, dass Beweismittel nicht unbedingt *fruit of the poisonous tree* sind, nur weil sie ohne rechtswidrige Handlung der Polizei nicht zutage treten können.<sup>913</sup> Es sei eher zu fragen, ob das in Frage stehende Beweismittel von der Ausnutzung der Rechtswidrigkeit abzuleiten ist oder durch die Mittel entdeckt wird,

<sup>905</sup> Für Kritik an der *cost-benefit analysis* siehe *Tomkovicz*, (2008) 93 Iowa L. Rev. 1872–1885; *Bloom/Fentin*, (2010) 13 U. Pa. J. Const. L. 62–68.

<sup>906</sup> *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586, 591 (2006).

<sup>907</sup> *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586, 591 (2006).

<sup>908</sup> *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586, 596 (2006).

<sup>909</sup> *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586, 596 (2006).

<sup>910</sup> *Dressler/Michaels*, Understanding Criminal Procedure, 6. Aufl., Band I, S. 379 f.; vgl. auch *Emanuel*, Criminal Procedure, 31. Aufl., S. 317.

<sup>911</sup> *Dressler/Michaels*, Understanding Criminal Procedure, 6. Aufl., Band I, S. 379.

<sup>912</sup> *Wong Sun v. U.S.*, 371 U.S. 471 (1963).

<sup>913</sup> *Wong Sun v. U.S.*, 371 U.S. 471, 487, 488 (1963).



die den primären Makel ausreichend und erkennbar „bereinigen“ können.<sup>914</sup> *Toys* Geständnis stand in einem zeitlich und räumlich sehr engen Zusammenhang mit dem rechtswidrigen Betreten seiner Wohnung durch die Polizei und war daher nicht verwertbar.<sup>915</sup> Hingegen stellte sich *Wong Sun* mit zeitlichem Abstand später freiwillig der Polizei und sagte nach Erhalt der *Miranda Warnings* aus. Der Supreme Court befand, dass der Zusammenhang zwischen *Wong Sun*s rechtswidriger Verhaftung und seinen Aussagen ausreichend abgeschwächt oder „gesäubert“ war, um den Makel zu tilgen.<sup>916</sup>

Durch die Rechtsprechung<sup>917</sup> haben sich folgende Faktoren,<sup>918</sup> die bei der Beurteilung der *attenuated connection* zu berücksichtigen sind, standardmäßig herausgebildet: der zeitliche Abstand,<sup>919</sup> intervenierende Ereignisse, insbesondere freiwillig erfolgende Handlungen,<sup>920</sup> die Verwerflichkeit des Verstoßes<sup>921</sup> und die Art des mittelbar erlangten Beweismittels.<sup>922</sup> Je größer der zeitliche Abstand zwischen der Rechtswidrigkeit und dem Auffinden des Beweismittels ist und je mehr intervenierende Ereignisse eintreten, z.B. ein freiwilliges Geständnis und die Belehrung über die *Miranda*-Rechte, desto schwerer sind die mittelbar erlangten Beweismittel angreifbar zu machen.<sup>923</sup> Wenn ein vorsätzlicher oder willkürlicher Rechtsverstoß vorliegt, wird mehr Zeit nötig sein, um den Makel zu bereinigen,<sup>924</sup> die *Exclusionary Rule* wird weitgehend angewandt, wenn das mittelbare Beweismittel kausal mit einem polizeilichen Rechtsverstoß bzw. einem polizeilichen Verhalten verbunden ist, bei dem ein stärkeres Interesse daran besteht, dass die Polizei davor abgeschreckt wird.<sup>925</sup> Ein Zeugnis ist gegenüber einem Sachbeweis tendenziell

<sup>914</sup> *Wong Sun v. U.S.*, 371 U.S. 471, 488 (1963).

<sup>915</sup> *Wong Sun v. U.S.*, 371 U.S. 471, 486 (1963).

<sup>916</sup> *Wong Sun v. U.S.*, 371 U.S. 471, 491 (1963).

<sup>917</sup> In der Literatur werden weitere Faktoren aufgezählt. Dazu *LaFave*, Search and Seizure, Band VI, § 11.4(a), S. 328 f.

<sup>918</sup> *Dressler/Michaels*, Understanding Criminal Procedure, 6. Aufl., Band I, S. 381–383. Rechtsprechungsfälle: *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590, 603, 604 (1975); *Kaupp v. Texas*, 538 U.S. 626, 633 (2003). *LaFave*, Search and Seizure, Band VI, § 11.4(b), S. 378, merkt kritisch an, dass die im *Brown*-Fall aufgelisteten Faktoren falsch ausgelegt oder manipuliert werden können.

<sup>919</sup> Z.B. *Wong Sun v. U.S.*, 371 U.S. 471 (1963); *Kaupp v. Texas*, 538 U.S. 626, 633 (2003).

<sup>920</sup> Z.B. *Wong Sun v. U.S.*, 371 U.S. 471 (1963); *Kaupp v. Texas*, 538 U.S. 626 (2003).

<sup>921</sup> Z.B. *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590 (1975).

<sup>922</sup> Z.B. *U.S. v. Ceccolini*, 435 U.S. 268 (1978).

<sup>923</sup> Vgl. *Dressler/Michaels*, Understanding Criminal Procedure, 6. Aufl., Band I, S. 381 f.

<sup>924</sup> *Dressler/Michaels*, Understanding Criminal Procedure, 6. Aufl., Band I, S. 382.

<sup>925</sup> *Dressler/Michaels*, Understanding Criminal Procedure, 6. Aufl., Band I, S. 382 f. Dabei wird jedoch kritisch angemerkt, dass es extrem schwer ist, die Grenzen zwischen absichtlichen und unabsichtlichen Verletzungen zu ziehen. Dies erschwert den Beweis, dass die Polizei willkürlich gehandelt hat. Dazu *Bain/Kelly*, (1977) 31 U. Miami L. Rev. 649.

leichter zu „säubern“,<sup>926</sup> da Zeugen aus freiem Willen aussagen können und es daher im Vergleich zu Sachbeweisen eher möglich ist, dass ein Zeuge auf rechtmäßigem Weg gefunden wird.<sup>927</sup> In einem solchen Fall hat die Polizei weniger Anreiz, illegal zu handeln, um den Zeugen zu finden.<sup>928</sup>

Neben den oben erwähnten Faktoren ist noch ein weiterer Faktor zu berücksichtigen, nämlich das geschützte Interesse.<sup>929</sup> Dieser Faktor lässt sich aus dem oben erörterten Fall *Hudson v. Michigan* ableiten,<sup>930</sup> in dem nicht nur die *independent source*, sondern auch die *attenuated connection* zur Begründung des Urteils herangezogen wurde.<sup>931</sup> Die durch die *knock-and-announce*-Regel geschützten Interessen können nicht durch Beweisverwertungsverbote gewahrt werden, selbst wenn ein kausaler Zusammenhang zwischen der Rechtswidrigkeit und dem Auffinden des Beweismittels besteht.<sup>932</sup> Die *knock-and-announce*-Regel dient zum einen dem Schutz von Leib und Leben vor durch Notwehr hervorgerufenen Verletzungen – die denkbar wären, wenn die Polizei unangekündigt eine Wohnung betreten würde –, zum anderen dem Schutz von Eigentum, Privatsphäre und Würde vor Verletzungen, die resultieren könnten, wenn die Polizei sich gewaltsam Zutritt verschaffen würde.<sup>933</sup> Diese Regel kann nicht verhindern, dass die Polizei die in einem *warrant* beschriebenen Beweismittel ermitteln und erheben kann.<sup>934</sup> Daher kann sich eine Verletzung der *knock-and-announce*-Regel nicht auf das Auffinden von Beweismitteln auswirken, selbst wenn ein kausaler Zusammenhang zwischen beiden Geschehnissen vorliegt.

Was die *Miranda Warnings* anbelangt, hat sich die US-amerikanische Rechtsprechung in Bezug auf die Ausnahme der *attenuated connection* dahingehend geäußert, dass allein durch die *Miranda Warnings* ein Geständnis nicht ausreichend freiwillig werden kann, um die Kausalität zwischen einer Rechtswidrigkeit, z.B. bei Durchsuchung, Beschlagnahme oder Verhaftung, und dem Geständnis zu unterbrechen.<sup>935</sup> Folglich sollen die *Miranda Warnings* zusammen mit anderen Faktoren

---

<sup>926</sup> Kritisch *Dressler/Michaels*, *Understanding Criminal Procedure*, 6. Aufl., Band I, S. 383.

<sup>927</sup> *U.S. v. Ceccolini*, 435 U.S. 268, 276, 277 (1978).

<sup>928</sup> *U.S. v. Ceccolini*, 435 U.S. 268, 276 (1978).

<sup>929</sup> *Dressler/Michaels*, *Understanding Criminal Procedure*, 6. Aufl., Band I, S. 380 f. Vgl. auch *LaFave*, *Search and Seizure*, Band VI, § 11.4(a), S. 351. Für Kritik an diesem neuen Faktor siehe *LaFave*, *Search and Seizure*, Band VI, § 11.4(a), S. 330–333.

<sup>930</sup> *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586 (2006).

<sup>931</sup> Für Kritik an der Anwendung der Ausnahme der *attenuated connection* in diesem Fall siehe *Tomkovicz*, (2008) 93 *Iowa L. Rev.* 1862–1871.

<sup>932</sup> *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586, 593 (2006).

<sup>933</sup> *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586, 594 (2006).

<sup>934</sup> *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586, 594 (2006).

<sup>935</sup> *Kaupp v. Texas*, 538 U.S. 626, 633 (2003); *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590, 603 (1975).

berücksichtigt werden,<sup>936</sup> um so beurteilen zu können, ob eine *attenuated connection* vorliegt. Mit anderen Worten: Die Rechtsprechung hat hier auf eine *totality of the circumstances*-Analyse zurückgegriffen.<sup>937</sup> Wie die Belehrung über die *Miranda*-Rechte die Fernwirkung bzw. die Fortwirkung im konkreten Fall beeinflussen kann, soll in den folgenden Abschnitten erklärt werden.

## 2. Fallkonstellationen

Die im Rahmen der Fernwirkung im deutschen Recht diskutierten Konstellationen, namentlich in Bezug auf die Fernwirkung der Beweisverwertungsverbote bei verbotenen Vernehmungsmethoden, die Fernwirkung der Belehrung über das Schweigerecht und die Zufallsfunde bei der Telekommunikationsüberwachung, sind auch im US-amerikanischen Recht anzutreffen, wobei die letztgenannte bereits im Rahmen der Beweisverwertungsverbote bei der Telekommunikationsüberwachung diskutiert wurde: Zufallsfunde, gleichgültig ob sie mit der Anlassstrafat zu tun haben oder nicht, sind grundsätzlich verwertbar. Da die *Miranda Warnings* gewissermaßen die Garantien des 5. Zusatzartikels absichern, sowohl was die verbotenen Vernehmungsmethoden als auch die Schweigerechtsbelehrung betrifft, soll bei der Diskussion der ersten beiden Konstellationen verstärkt auf die *Miranda Warnings* eingegangen werden.

Bei der Anwendung verbotener Vernehmungsmethoden spielt in den USA, wie schon bei den Beweisverwertungsverböten im Zusammenhang mit der Beschuldigtenvernehmung erwähnt, Zwang (*coercion* oder *compulsion*) eine große Rolle. Ob die Anwendung von Zwang bei einer Vernehmung eine Fernwirkung erstens auf mittelbare Sachbeweise oder zweitens auf Aussagen bei späteren Vernehmungen entfaltet, wird im Folgenden separat untersucht.

Zum ersten Unterfall – der Fernwirkung von Zwangsanwendung bei einer Vernehmung auf den mittelbar erlangten Sachbeweis – lassen sich die Grundsätze aus der Rechtsprechung erschließen. Im Fall *Baker v. Texas*<sup>938</sup> wird vertreten, dass ein aufgrund einer Aussage mittelbar erlangter Beweis auszuschließen ist, wenn diese Aussage durch tatsächlichen Zwang erlangt wurde.<sup>939</sup> Dies schließt auch den Sachbeweis mit ein. Besteht hingegen kein tatsächlicher Zwang bei der Vernehmung und wurde die Aussage trotz der fehlenden Erteilung der *Miranda Warnings* frei-

---

<sup>936</sup> *Kaupp v. Texas*, 538 U.S. 626, 633 (2003); *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590, 603 (1975).

<sup>937</sup> *Emanuel*, *Criminal Procedure*, 29. Aufl., S. 275.

<sup>938</sup> *Baker v. Texas*, 956 S.W.2d 19 (1997).

<sup>939</sup> *Baker v. Texas*, 956 S.W.2d 19, 22 (1997).

willing gemacht, so ist ein aufgrund dieser Aussage mittelbar gefundener Beweis, z.B. ein Sachbeweis, grundsätzlich verwertbar.<sup>940</sup>

In Bezug auf den zweiten Unterfall – die Fernwirkung auf Aussagen bei späteren Vernehmungen – hat der Supreme Court im Fall *Oregon v. Elstad*<sup>941</sup> befunden: Wenn die frühere Aussage erzwungen wurde, kann der zeitliche Abstand zwischen den Aussagen und ein etwaiger Wechsel der Vernehmungsorte und der Vernehmenden Einfluss darauf haben, ob der Zwang sich auf die zweite Aussage auswirkt.<sup>942</sup> Ein weiteres Beispiel für Zwangsanwendung bietet der Fall *People v. Dennis*,<sup>943</sup> in dem der verletzte Beschuldigte nach Begehen der Straftat im Krankenhaus vernommen wurde. Dabei stellte ein Polizist dem Beschuldigten während seiner Behandlung, ohne ihm die *Miranda Warnings* zu erteilen, zehn Minuten lang eindringlich immer wieder die gleiche Frage, bis der Beschuldigte in Tränen ausbrach und zu reden begann. Rund drei Stunden später wurde der Beschuldigte auf dem Polizeirevier über seine *Miranda-Rechte* belehrt und erneut vernommen und legte ein Geständnis ab. Der Supreme Court von *Kalifornien* ist der Ansicht, dass der Wille des Beschuldigten zu schweigen, bei der Vernehmung im Krankenhaus von der Polizei gebrochen wurde.<sup>944</sup> Die im Krankenhaus getätigte Aussage war somit unter Berücksichtigung der *totality of the circumstances* unfreiwillig. Ob diese Rechtswidrigkeit sich auf die zweite Vernehmung auswirkte oder ob der Makel abgeschwächt oder „gesäubert“ wurde, hängt von der Würdigung aller Umstände des Einzelfalls ab; ein einzelner Faktor allein ist nicht entscheidend.<sup>945</sup> Es sind insbesondere folgende Faktoren, von denen sich die letzten drei auch unter den Kriterien zur Beurteilung des Vorliegens einer *attenuated connection* finden, zu berücksichtigen: die Belehrung oder das Fehlen der Belehrung über die *Miranda-Rechte*; die intervenierenden Ereignisse; der zeitliche Abstand zwischen der Rechtswidrigkeit und der Aussage oder dem Geständnis sowie die Schwere der rechtswidrigen polizeilichen Handlung.<sup>946</sup> Der Supreme Court von *Kalifornien* hat befunden, dass in diesem Fall nur der erste der genannten vier Faktoren für eine Abschwächung spricht, die anderen jedoch eher dagegen.<sup>947</sup> Daher ist das Geständnis aus der zweiten Vernehmung durch die Rechtswidrigkeit der ersten belastet und folglich ist eine Fortwirkung bzw. Fernwirkung des Zwangs zu bejahen.

---

<sup>940</sup> Vgl. *State v. Goodman*, 165 N.C. App. 865, 868 (2004); *U.S. v. Guzman*, 11 F. Supp. 2d 292, 297 (1998); *Baker v. Texas*, 956 S.W.2d 19, 22–24 (1997).

<sup>941</sup> *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298 (1985).

<sup>942</sup> *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298, 310 (1985).

<sup>943</sup> *People v. Dennis*, 373 Ill. App. 3d 30 (2007).

<sup>944</sup> *People v. Dennis*, 373 Ill. App. 3d 30, 46 (2007).

<sup>945</sup> *People v. Dennis*, 373 Ill. App. 3d 30, 47 (2007).

<sup>946</sup> *People v. Dennis*, 373 Ill. App. 3d 30, 47 (2007).

<sup>947</sup> *People v. Dennis*, 373 Ill. App. 3d 30, 50 (2007).

Zusammenfassend lässt sich die Frage, ob die Anwendung von Zwang bei einer Vernehmung auf spätere Vernehmungen bzw. Aussagen des Beschuldigten fortwirkt oder eine Fernwirkung entfaltet, unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls beurteilen. Zu bemerken ist dabei der schon erwähnte Grundsatz, dass das Erteilen der *Miranda Warnings* allein die Kausalität zwischen der Rechtswidrigkeit und dem Geständnis nicht unterbrechen kann und somit nur zusammen mit anderen Faktoren, denen auch bei der Beurteilung des Vorliegens einer *attenuated connection* Rechnung getragen wird, zu berücksichtigen ist.

Im Fall *Oregon v. Elstad*<sup>948</sup> wurde die grundsätzliche Frage diskutiert, ob die Unterlassung der Schweigerechtsbelehrung eine Fortwirkung bzw. Fernwirkung auf eine weitere Vernehmung entfaltet. In diesem Fall wurden versehentlich keine *Miranda Warnings* erteilt. In der Folge machte der Beschuldigte ohne Zwang seine Aussage. Später wurden ihm im Hauptbüro des *Sheriff* die *Miranda Warnings* erteilt und er entschied sich auszusagen. Der Supreme Court vertritt die Ansicht, dass bei Verstoß gegen die Pflicht zur Belehrung über die *Miranda*-Rechte die Aussagen, die freiwillig im Sinne des 5. Zusatzartikels gemacht wurden, von den Beweismitteln auszuschließen sind.<sup>949</sup> Dieser Verstoß könne aber nicht automatisch dazu führen, dass die später nach der Belehrung über die *Miranda*-Rechte gemachten Aussagen ungültig werden.<sup>950</sup> Ob das Geständnis aus der zweiten Vernehmung noch unter dem Einfluss der Rechtswidrigkeit der ersten Vernehmung steht und somit ob es verwertbar ist oder nicht, macht der Supreme Court allein davon abhängig, ob es bewusst und freiwillig abgelegt wurde.<sup>951</sup> Nach Ansicht des Gerichts bedeutet das Nichterteilen der *Miranda Warnings* bei der ersten Vernehmung nicht, dass die Aussage durch Anwendung von Zwang erlangt wurde, sondern nur, dass der im 5. Zusatzartikel garantierten Selbstbelastungsfreiheit nicht vernünftig Genüge getan wurde.<sup>952</sup> Im *Elstad*-Fall wurde der Beschuldigte bei der ersten Vernehmung schließlich nicht zur Aussage gezwungen. In solchen Fällen könne eine sorgfältige, vollständige Verlesung der *Miranda*-Rechte den Mangel, der die erste Vernehmung unzulässig machte, heilen.<sup>953</sup> Nach der Belehrung sei der Beschuldigte über seine Rechte informiert, und seine Entscheidung zu schweigen oder auszusagen könne somit in der Regel als freiwillig betrachtet werden.<sup>954</sup> Außerdem ist der Supreme

---

<sup>948</sup> *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298 (1985).

<sup>949</sup> Vgl. *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298, 309 (1985).

<sup>950</sup> Vgl. *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298, 309 (1985).

<sup>951</sup> *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298, 309 (1985). Einige Untergerichte legen jedoch davon abweichende Maßstäbe an. Sie verlangen, dass genügend Zeit verstrichen sein muss oder ein bestimmter Bruch innerhalb der Ereigniskette auftreten muss, bevor die zweite Aussage als frei von Mängeln angesehen werden kann. Dazu *Emanuel*, *Criminal Procedure*, 31. Aufl., S. 327.

<sup>952</sup> *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298, 310 (1985).

<sup>953</sup> *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298, 310, 311 (1985).

<sup>954</sup> *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298, 311 (1985).

Court der Meinung, dass die Polizei nicht verpflichtet ist, den Beschuldigten darüber zu belehren, dass seine frühere Aussage nicht gegen ihn verwertet werden darf.<sup>955</sup> Eine solche Belehrung sei weder praktikabel noch verfassungsrechtlich notwendig.<sup>956</sup> Dafür werden zwei wichtige Gründe angeführt: Erstens kann eine Verletzung der Pflicht zur Belehrung über die *Miranda*-Rechte in vielen Fällen erst lange nach dem Zeitpunkt identifiziert werden, an dem die vollständigen *Miranda Warnings* erteilt wurden und ein gültiges Geständnis erlangt wurde.<sup>957</sup> Zweitens kann der Beschuldigte schon nach der Erteilung der *Miranda Warnings* einen Rechtsanwalt heranziehen; die Polizei ist nicht in der Lage, als Rechtsanwalt einzuspringen.<sup>958</sup>

Anders sieht die Rechtslage aus, wenn die Polizei die *Miranda Warnings* absichtlich unterlässt, um eine Aussage oder ein Geständnis zu erlangen; dieser Fehler kann sich auch in der Zukunft auf weitere Vernehmungen auswirken. Im Fall *Missouri v. Seibert*<sup>959</sup> wurde die Beschuldigte zuerst absichtlich ohne *Miranda Warnings* vernommen. Nachdem sie ein Geständnis abgelegt hatte, wurde ihr eine Kaffeepause von rund 20 Minuten gewährt. Anschließend wurde sie von demselben Polizisten, der unterdessen einen Kassettenrekorder eingeschaltet und ihr die *Miranda Warnings* erteilt hatte, weiter vernommen. Dabei hielt ihr der Polizist die Aussagen vor, die sie vor den *Miranda Warnings* gemacht hatte. Diese Vorgehensweise wird als *two-step interrogation* bezeichnet. Der Supreme Court macht in diesem Fall die Antwort auf die Frage, ob die Aussage aus der späteren Vernehmung verwertbar ist, nur davon abhängig, ob sie bewusst und freiwillig gemacht wurde.<sup>960</sup> Dabei ist zu fragen, ob im konkreten Fall die Bedeutung der *Miranda*-Rechte effektiv erklärt wurde.<sup>961</sup> Angesichts der Umstände des Falles hat der Supreme Court anerkannt, dass die erste Vernehmung offenbar zu dem Zweck durchgeführt wurde, von der Beschuldigten ein Geständnis zu erhalten, das sie im Bewusstsein ihrer Rechte nicht abgegeben hätte.<sup>962</sup> Die *Miranda Warnings*, die kurz nach der ersten Vernehmung und dem Geständnis erteilt wurden, können dazu führen, dass der Beschuldigten das Wissen vorenthalten wird, das wesentlich ist, damit sie die Art ihrer Rechte und die Konsequenzen des Verzichts auf diese Rechte verstehen kann.<sup>963</sup> Die *Miranda Warnings* wurden in diesem Fall erst mitten in der koordinierten

---

<sup>955</sup> *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298, 316 (1985).

<sup>956</sup> *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298, 316 (1985).

<sup>957</sup> *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298, 316 (1985).

<sup>958</sup> *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298, 316 (1985).

<sup>959</sup> *Missouri v. Seibert*, 542 U.S. 600 (2004).

<sup>960</sup> *Missouri v. Seibert*, 542 U.S. 600, 612 (2004).

<sup>961</sup> *Missouri v. Seibert*, 542 U.S. 600, 612 (2004).

<sup>962</sup> *Missouri v. Seibert*, 542 U.S. 600, 613 (2004).

<sup>963</sup> *Missouri v. Seibert*, 542 U.S. 600, 613, 614 (2004).

nierten und kontinuierlichen Vernehmung erteilt.<sup>964</sup> Um beurteilen zu können, ob die Erteilung der *Miranda Warnings* effektiv in Einklang mit deren Zielsetzung erfolgt, nannte das Gericht außerdem die zu berücksichtigenden Umstände: Vollständigkeit und Ausführlichkeit der im Rahmen der ersten Vernehmung gestellten Fragen und erhaltenen Antworten; inhaltliche Überschneidungen der beiden Aussagen; räumlicher und zeitlicher Kontext der ersten und zweiten Vernehmung; Kontinuität des involvierten Polizeipersonals und inwieweit aus den Fragen des Vernehmenden hervorgeht, dass die zweite Vernehmung als eine Fortsetzung der ersten zu betrachten ist.<sup>965</sup> Nach diesen Kriterien wurde die zweite Vernehmung als unverwertbar eingestuft.

### III. Begründungen

Wegen des kasuistischen Charakters des amerikanischen Rechts lassen sich dort die theoretischen Erörterungen nicht klar von der Rechtsprechung trennen. Häufig untersuchen amerikanische Rechtswissenschaftler konkrete Entscheidungen, interpretieren die Begründungen der Fälle und stellen Theorien dazu auf. Das führt dazu, dass die amerikanischen Theorien im Vergleich zu den deutschen einerseits deutlich vom Pragmatismus geprägt und andererseits nicht sehr detailliert strukturiert sind. Oft unterscheiden die akademischen Diskussionen nicht zwischen den Zwecken und den theoretischen Begründungen der *Exclusionary Rule*.<sup>966</sup>

Die US-amerikanische Rechtsprechung hat im Laufe der Zeit verschiedene Begründungen für die *Exclusionary Rule* hervorgebracht, welche im Wesentlichen auf der justiziellen Integrität und dem gegenüber der Polizei wirkenden Abschreckungseffekt beruhen. Allerdings ist evident, dass der überwiegende Teil der Rechtsprechung inzwischen dazu neigt, den Abschreckungseffekt als dominante Begründung der *Exclusionary Rule* anzusehen.<sup>967</sup> In den folgenden Abschnitten werden die theoretischen Erörterungen zur *Exclusionary Rule* dargestellt.

---

<sup>964</sup> *Missouri v. Seibert*, 542 U.S. 600, 613 (2004).

<sup>965</sup> *Missouri v. Seibert*, 542 U.S. 600, 615 (2004).

<sup>966</sup> Z.B. *Jackson*, (1996) 86 J. Crim. L. & Criminology 1221.

<sup>967</sup> Für einen Überblick über diese Entwicklung siehe *Milhizer*, (2008) 39 U. Tol. L. Rev. 756 f.; *Starr/Maness*, (2010) 43 Tex. Tech L. Rev. 377 f.; *Shanks*, (1983) 57 Tul. L. Rev. 649–651; *Harris*, StV 1991, 313 f. Vgl. auch *Re*, (2014) 127 Harv. L. Rev. 1898 f.; *Wasserstrom/Mertens*, (1984) 22 Am. Crim. L. Rev. 85–87; *Dapondé*, (1999) 30 McGeorge L. Rev. 1297–1301.

### A. Abschreckungsgedanke

Grundsätzlich bezweckt der Abschreckungsgedanke (*deterrence*<sup>968</sup>), dass der Polizei der Anreiz zur Missachtung der Verfassung durch den Ausschluss der rechtswidrig gewonnenen Beweise genommen und dadurch verfassungswidrigen polizeilichen Handlungen in der Zukunft vorgebeugt wird.<sup>969</sup> Auf den Abschreckungsgedanken wird schon in dem die Fernwirkung behandelnden Fall *Nardone v. U.S.*<sup>970</sup> angespielt, und er wird in *Wolf v. Colorado*<sup>971</sup> zum ersten Mal explizit erwähnt. In späteren Fällen taucht der Abschreckungsgedanke immer häufiger auf,<sup>972</sup> z.B. in *U.S. v. Leon*<sup>973</sup> in Zusammenhang mit der *good faith*-Ausnahme zur *Exclusionary Rule*; *State v. Thompson*<sup>974</sup> bezüglich des vollständigen Verwertungsverbots aufgrund eines Verstoßes gegen die Minimierungsanweisung; *Nix v. Williams*<sup>975</sup> in Zusammenhang mit der *inevitable discovery* bei der Fernwirkung; *U.S. v. Ceccolini*<sup>976</sup> in Zusammenhang mit der *attenuated connection* bei der Fernwirkung, sowie *Hudson v. Michigan*<sup>977</sup> in Zusammenhang mit der Verwertbarkeit der unter Verstoß gegen die *knock-and-announce*-Regel erlangten Beweismittel. Im Fall *U.S. v. Calandra* wurde explizit vorgebracht, dass das Hauptziel der *Exclusionary Rule* darin besteht, die Polizei von zukünftigem rechtswidrigem Handeln abzuhalten.<sup>978</sup> Dieser Gedanke hat in der Literatur so weite Zustimmung erfahren,<sup>979</sup> dass er als herrschende Meinung gelten kann. *Yale Kamisar* hat in Bezug auf den Abschreckungsgedanken ausgeführt, dass die Polizisten die Gerichte weder verstehen noch

---

<sup>968</sup> *Deterrence* wird ins Deutsche oft mit „Disziplinierung“ übersetzt, z.B. *Harris*, StV 1991, 313–322. Jedoch hat *deterrence* im englischen Sprachgebrauch eine eher präventive Bedeutung, während Disziplinierung repressiv wirkt. Ziel der *Exclusionary Rule* ist die Verhinderung von verfassungswidrigen polizeilichen Handlungen in der Zukunft (vgl. *Amsterdam*, (1974) 58 Minn. L. Rev. 368; *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590, 599 (1975)). Daher empfiehlt es sich, *deterrence* mit „Abschreckung“ zu übersetzen. Anderer Meinung ist *Holland*, (2009) 36 Rutgers L. Rec. 40: *deterrence* habe einen starken Bezug zur Bestrafung (*punishment*). Nach dieser Ansicht hat *deterrence* eine eher repressive Konnotation.

<sup>969</sup> Ähnlich *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590, 599, 600 (1975); *Elkins v. U.S.*, 364 U.S. 206, 217 (1960). Vgl. auch *Harris*, StV 1991, 321.

<sup>970</sup> *Nardone v. U.S.*, 308 U.S. 338, 340, 341 (1939).

<sup>971</sup> *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25, 31 (1949).

<sup>972</sup> Ausführlich dazu siehe *Bloom/Fentin*, (2010) 13 U. Pa. J. Const. L. 53–58. Vgl. auch *Herrmann*, FS für Jescheck, S. 1300.

<sup>973</sup> *U.S. v. Leon*, 468 U.S. 897, 916–918 (1984).

<sup>974</sup> *State v. Thompson*, 191 Conn. 360, 382 (1983).

<sup>975</sup> *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431, 442, 443 (1984).

<sup>976</sup> *U.S. v. Ceccolini*, 435 U.S. 268, 276 (1978).

<sup>977</sup> *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586, 596 (2006).

<sup>978</sup> *U.S. v. Calandra*, 414 U.S. 338, 347 (1974).

<sup>979</sup> *Bain/Kelly*, (1977) 31 U. Miami L. Rev. 650; *Tomkovicz*, (2008) 93 Iowa L. Rev. 1858; *Harris*, StV 1991, 313; *Amsterdam*, (1974) 58 Minn. L. Rev. 437; *Steiker*, (1994) 107 Harv. L. Rev. 848; *LaFave/Israel/King/Kerr*, Criminal Procedure, § 3.1(b).



respektieren können, wenn diese ihnen einerseits verfassungsrechtliche Standards aufzudrängen versuchen und andererseits die unter Verletzung dieser Standards erlangten Beweise nicht ausschließen.<sup>980</sup> Erst durch die *Exclusionary Rule* könnten die Polizisten die Bedeutung solcher Standards verstehen lernen und die Verfassung respektieren.<sup>981</sup>

Allerdings wird diese Begründung der *Exclusionary Rule* nicht in der gesamten Literatur akzeptiert. Zum einen wird kritisch angemerkt, dass der Verwendung des Abschreckungsgedankens zur Begründung der *Exclusionary Rule* eine verfassungsmäßige Grundlage fehle.<sup>982</sup>

Wenn der Abschreckungsgedanke jedoch als Begründung der *Exclusionary Rule* anerkannt wird, stellt sich zweitens die Frage, warum die Polizisten nicht durch direkte individuelle Sanktionen von rechtswidrigem Handeln abgehalten werden, sondern erst durch die indirekte Sanktion des Beweisausschlusses.<sup>983</sup> Eine solche Lösung kann indes keine effektive Abschreckungswirkung gegenüber der Polizei entfalten.<sup>984</sup> Indirekte Sanktionen gegen Rechtsbrecher finden sich kaum in anderen rechtlichen Verboten.<sup>985</sup>

Drittens wird kritisch angemerkt, dass beim Abschreckungsgedanken der Beschuldigte als Vertreter der Interessen des Volkes an der Beschränkung der Regierungsmacht angesehen wird.<sup>986</sup> Die Regierung bzw. die Polizei würde durch die *Exclusionary Rule* davon abgehalten, die Verfassungsrechte der Bürger zu verletzen. Der Beschuldigte, dessen Verfassungsrechte im Strafverfahren verletzt wurden, stehe deshalb quasi als Vertreter des Volkes da. Jedoch gelte er als ein schlechter Vertreter<sup>987</sup> und verhalte sich lediglich eigennützig.<sup>988</sup> Er könne deshalb die Interessen des Volkes, das sich zum großen Teil rechtmäßig verhält, nicht vertreten, ganz im Gegenteil: Seine Interessen stünden sogar im Konflikt mit denen des Volkes.<sup>989</sup> Des Weiteren sei zu fragen, warum diese „Zahlung“ an den Schuldigen gehen solle, wenn der Ausschluss der Beweise als eine Art von „Zahlung“ des Staates für die von der Polizei begangene Rechtsverletzung angesehen wird.<sup>990</sup>

---

<sup>980</sup> *Kamisar*, (1987) 86 Mich. L. Rev. 33.

<sup>981</sup> Vgl. *Kamisar*, (1987) 86 Mich. L. Rev. 21 f.

<sup>982</sup> Vgl. *Wasserstrom/Mertens*, (1984) 22 Am. Crim. L. Rev. 152; *Re*, (2014) 127 Harv. L. Rev. 1900.

<sup>983</sup> *Amsterdam*, (1974) 58 Minn. L. Rev. 431. Ähnlich *Shanks*, (1983) 57 Tul. L. Rev. 655.

<sup>984</sup> *Amsterdam*, (1974) 58 Minn. L. Rev. 431.

<sup>985</sup> *Wolf*, (1963) 32 Geo. Wash. L. Rev. 217.

<sup>986</sup> *Amar*, (1994) 107 Harv. L. Rev. 796.

<sup>987</sup> *Amar*, (1994) 107 Harv. L. Rev. 796.

<sup>988</sup> *Amar*, (1994) 107 Harv. L. Rev. 796.

<sup>989</sup> *Amar*, (1994) 107 Harv. L. Rev. 796.

<sup>990</sup> *Amar*, (1994) 107 Harv. L. Rev. 797.

Der Abschreckungsgedanke stößt in der Praxis auf weitere Kritik. So wird erstens bemängelt, dass es bisher keine überzeugenden empirischen Nachweise für den Abschreckungseffekt gibt.<sup>991</sup> Dies hat sogar einer der renommiertesten Befürworter der *Exclusionary Rule*, *Yale Kamisar*, eingeräumt.<sup>992</sup> Die berühmte rigorose Untersuchung von *Dallin Oaks*<sup>993</sup> ist bereits mehr als 40 Jahre alt und hat gezeigt, dass der Abschreckungseffekt im Allgemeinen unklar geblieben ist.<sup>994</sup> Wenn in der Praxis überhaupt ein Abschreckungseffekt existiert, dann wirkt er nur schwach. Die Polizei bekommt kaum von Gericht und Staatsanwaltschaft eine Rückmeldung hinsichtlich des Ausschlusses der illegal erlangten Beweise.<sup>995</sup> Zweitens wird kritisch angemerkt, dass der Abschreckungseffekt erst dann entstehen kann, wenn die Polizei vorsätzlich oder zumindest (bewusst) fahrlässig (*negligent*) die Verfassung verletzt und infolge ihrer Handlung eine Anklageerhebung erzielt hat.<sup>996</sup> Diese Voraussetzungen lassen sich aber in der Praxis nicht leicht erfüllen. Oft geschieht eine Rechtsverletzung durch die Polizei unabsichtlich oder bloß fahrlässig.<sup>997</sup> Drittens kommt es nicht in allen Fällen rechtswidriger polizeilicher Handlungen zu einer Abschreckung durch die *Exclusionary Rule*. Die polizeilichen Handlungen gehen nicht unbedingt mit den öffentlichen Klagen einher; viele Fälle enden nicht mit einer Anklageerhebung.<sup>998</sup> Wenn ein Fall nicht mit dieser endet und in ihm eine rechtswidrige polizeiliche Handlung vorhanden ist, hat diese Abschreckung kaum Auswirkung auf die Polizei.<sup>999</sup> Im Gegenteil: Die *Exclusionary Rule* kann unter Umständen sogar dazu führen, dass die Polizei sich nicht mehr bemüht, formelle Anklage zu erheben, sondern versucht, den Fall durch informelle und illegale Sanktionen zu erledigen.<sup>1000</sup>

Schließlich wird noch kritisch angemerkt, dass eine tatsächlich optimale Abschreckung in der Praxis nicht erreicht werden kann. Zur optimalen Abschreckung müssten zuerst alle Beweise, deren Auffinden auf einer rechtswidrigen Handlung

---

<sup>991</sup> *Milhizer*, (2008) 39 U. Tol. L. Rev. 764; *Wasserstrom/Mertens*, (1984) 22 Am. Crim. L. Rev. 152; *Slobogin*, (1999) 99 U. Ill. L. Rev. 369 f.; *Herrmann*, FS für Jescheck, S. 1301.

<sup>992</sup> *Kamisar*, (1983) 16 Creighton L. Rev. 598. Aber *Kamisar* findet den Ansatz falsch, dass man die Existenz der *Exclusionary Rule* von der empirischen Bewertung der Effizienz der Abschreckung abhängen lässt (siehe *Kamisar*, (1983) 16 Creighton L. Rev. 620, 658).

<sup>993</sup> *Oaks*, (1970) 37 U. Chi. L. Rev. 665–757.

<sup>994</sup> *Re*, (2014) 127 Harv. L. Rev. 1901.

<sup>995</sup> *Milhizer*, (2008) 39 U. Tol. L. Rev. 764; *Shanks*, (1983) 57 Tul. L. Rev. 656.

<sup>996</sup> *Shanks*, (1983) 57 Tul. L. Rev. 655. Der Voraussetzung, dass die rechtswidrige polizeiliche Handlung bewusst erfolgen muss, stimmen auch andere zu, z.B. *Bain/Kelly*, (1977) 31 U. Miami L. Rev. 650.

<sup>997</sup> Vgl. *Milhizer*, (2008) 39 U. Tol. L. Rev. 763.

<sup>998</sup> Vgl. *Allen*, (1961) 61 The Supreme Court Review 37–39.

<sup>999</sup> *Allen*, (1961) 61 The Supreme Court Review 39.

<sup>1000</sup> *Allen*, (1961) 61 The Supreme Court Review 39. Vgl. auch *Shanks*, (1983) 57 Tul. L. Rev. 655.

beruht, abgelehnt werden,<sup>1001</sup> und zweitens sollte dieser Beweisausschluss erfolgen ohne Berücksichtigung der Schwere der polizeilichen Rechtsverletzung und der Schwere der Straftat des Beschuldigten.<sup>1002</sup> Diese beiden Voraussetzungen lassen sich jedoch in der Praxis nicht umsetzen.

Die erste Bedingung – eine optimale Abschreckung durch Ablehnung aller rechtswidrig erlangten Beweise – lässt sich in der Praxis nicht durchsetzen. Eine große Zahl von polizeilichen Rechtsverletzungen läuft nie auf einen Beweisausschluss hinaus.<sup>1003</sup> Erstens können Beweise aus verfassungswidrigen Durchsuchungen (*searches*) aufgrund von Ausnahmen zur *Exclusionary Rule*, z.B. der *inevitable discovery*, gleichwohl im Verfahren zugelassen werden.<sup>1004</sup> Zweitens umgeht die Polizei die *Exclusionary Rule* strategisch.<sup>1005</sup> Sie nimmt subtile Änderungen ihrer Handlungen vor, damit man sie nicht der *Exclusionary Rule* unterwerfen kann.<sup>1006</sup>

Noch bedenklicher ist, dass einige vom Gericht statuierte Ausnahmen zur *Exclusionary Rule* solche „strategischen“ Rechtsverletzungen zulassen.<sup>1007</sup> Dies alles schwächt die Abschreckung gravierend.<sup>1008</sup> Außerdem können viele verfassungswidrige Handlungen nicht eindeutig identifiziert werden,<sup>1009</sup> z.B. wenn bei einer rechtswidrigen Durchsuchung keine nützlichen Beweise entdeckt werden<sup>1010</sup> oder die Beweise aus einer rechtswidrigen Durchsuchung von der Staatsanwaltschaft erst gar nicht in das Verfahren eingeführt werden.<sup>1011</sup> Viele problematische Durchsuchungen oder Beschlagnahmen unterliegen überhaupt keiner richterlichen Überprüfung, gerade weil sie problematisch sind; oft werden solche problematischen Handlungen von der Polizei verheimlicht und die eventuellen Ausschlussanträge werden als Teil der *guilty plea*-Vereinbarung preisgegeben (*bargain away*).<sup>1012</sup>

Auch die zweite Bedingung, dass der Beweisausschluss ungeachtet der Schwere der polizeilichen Rechtsverletzung und der Schwere der Straftat des Beschuldigten anzunehmen ist, findet in der jetzigen Praxis keine Zustimmung. Zur Zeit verwendet

---

<sup>1001</sup> *Re*, (2014) 127 Harv. L. Rev. 1894.

<sup>1002</sup> *Re*, (2014) 127 Harv. L. Rev. 1896 f.

<sup>1003</sup> Vgl. *Re*, (2014) 127 Harv. L. Rev. 1895.

<sup>1004</sup> *Re*, (2014) 127 Harv. L. Rev. 1895.

<sup>1005</sup> Vgl. *Shanks*, (1983) 57 Tul. L. Rev. 655; *Milhizer*, (2008) 39 U. Tol. L. Rev. 765 f.

<sup>1006</sup> Vgl. *Shanks*, (1983) 57 Tul. L. Rev. 655; *Milhizer*, (2008) 39 U. Tol. L. Rev. 765 f.

<sup>1007</sup> *Re*, (2014) 127 Harv. L. Rev. 1896.

<sup>1008</sup> *Milhizer*, (2008) 39 U. Tol. L. Rev. 766; *Re*, (2014) 127 Harv. L. Rev. 1896.

<sup>1009</sup> Vgl. *Re*, (2014) 127 Harv. L. Rev. 1895.

<sup>1010</sup> *Re*, (2014) 127 Harv. L. Rev. 1895. Vgl. auch *Kamisar*, (1983) 16 Creighton L. Rev. 568.

<sup>1011</sup> *Re*, (2014) 127 Harv. L. Rev. 1895.

<sup>1012</sup> *Milhizer*, (2008) 39 U. Tol. L. Rev. 764.

die Rechtsprechung mit dem *cost-benefit balancing* eine pragmatische Methode,<sup>1013</sup> derzufolge die *Exclusionary Rule* nur begrenzt auf Fälle angewandt werden kann, z.B. wenn sich die Polizei bewusst rechtswidrig verhält, relativ unwichtige Straftaten verfolgt oder planmäßig Rechtsverletzungen begeht.<sup>1014</sup>

## B. Justizielle Integrität

Der Gedanke der justiziellen Integrität ergibt sich aus der Forderung, dass das Gericht sich nicht durch die Verwertung von Beweisen an rechtswidrigen Handlungen beteiligen darf.<sup>1015</sup> Er wurde schon in *Weeks v. U.S.*,<sup>1016</sup> dem ersten Fall, in dem die *Exclusionary Rule* Anwendung fand, geäußert.<sup>1017</sup> Richter *Holmes* erklärte in einem anderen Fall in Bezug auf die justizielle Integrität, dass es dem Richter nicht erlaubt sei, ein solches Unrecht (die Verwertung der illegal erlangten Beweise) zu ermöglichen, wenn das bestehende Gesetz es dem Staatsanwalt verbietet, sich an einem so schmutzigen Spiel (der illegalen Erhebung der Beweise) zu beteiligen.<sup>1018</sup> Die justizielle Integrität wird als geboten beschrieben.<sup>1019</sup> Die Gerichte sollen nicht zu Komplizen bei vorsätzlichem Ungehorsam gegen die Verfassung werden, die zu bewahren ihre Mitarbeiter geschworen haben.<sup>1020</sup> Die justizielle Integrität wird in späteren Entscheidungen auch als Grund zum Beweisausschluss herangezogen.<sup>1021</sup>

Der ethische Ansatz der justiziellen Integrität kann über das Gericht hinaus das Vertrauen in die gesamte Justiz bzw. nicht zuletzt das Vertrauen in die Regierung selbst tangieren. Das findet in der Rechtsprechung explizit Ausdruck im Fall *Olmstead v. U.S.*<sup>1022</sup> Die Verwertung der illegal erlangten Beweise wird abgelehnt, um den Respekt vor dem Gesetz aufrechtzuerhalten, das Vertrauen in die Justiz zu fördern und zu verhindern, dass das Gerichtsverfahren kontaminiert wird.<sup>1023</sup> Dieser Ansatz zieht die schwere Untergrabung des Vertrauens in die Regierung in Betracht, wenn diese durch die Verwertung der illegal erlangten Beweise von ihrer

<sup>1013</sup> *Re*, (2014) 127 Harv. L. Rev. 1897.

<sup>1014</sup> *Re*, (2014) 127 Harv. L. Rev. 1898.

<sup>1015</sup> *Harris*, StV 1991, 314; *Jackson*, (1996) 86 J. Crim. L. & Criminology 1223; *Allen*, (1961) 61 The Supreme Court Review 35.

<sup>1016</sup> *Weeks v. U.S.*, 232 U.S. 383 (1914).

<sup>1017</sup> *Weeks v. U.S.*, 232 U.S. 383, 392 (1914). *Bloom/Fentin*, (2010) 13 U. Pa. J. Const. L. 50; *Paulsen*, (1961) 52 J. Crim. L. & Criminology 258.

<sup>1018</sup> *Olmstead v. U.S.*, 277 U.S. 438, 470 (1928).

<sup>1019</sup> *Elkins v. U.S.*, 364 U.S. 206, 222 (1960).

<sup>1020</sup> *Elkins v. U.S.*, 364 U.S. 206, 223 (1960).

<sup>1021</sup> Z.B. *State v. Thompson*, 191 Conn. 360, 383 (1983). Für einen Überblick über die diesbezüglich wichtigen Entscheidungen siehe *Bloom/Fentin*, (2010) 13 U. Pa. J. Const. L. 51–53.

<sup>1022</sup> *Olmstead v. U.S.*, 277 U.S. 438 (1928).

<sup>1023</sup> *Olmstead v. U.S.*, 277 U.S. 438, 484 (1928).

illegalen Handlung profitieren könnte.<sup>1024</sup> Denn die Regierung hat ein starker und allgegenwärtiger Lehrer der Bevölkerung zu sein.<sup>1025</sup> Wenn die Regierung selbst die Gesetze verletzt, um einen Beschuldigten zu überführen, würde dies zu schrecklichen Vergeltungsmaßnahmen führen.<sup>1026</sup> In diesem Fall wäre es für die Bürger unmöglich zu glauben, dass für die Regierung das Verbot von rechtswidrigen polizeilichen Handlungen tatsächlich absoluten Vorrang hat.<sup>1027</sup>

In der Literatur wird zur justiziellen Integrität unterstützend vorgebracht, dass die Verwertung von illegal erlangten Beweisen durch das Gericht eine Art Bestätigung der illegalen Handlung sei<sup>1028</sup> und einer Beihilfe der Justiz beim Verfassungsverstoß<sup>1029</sup> oder gar einem doppelten Verfassungsverstoß<sup>1030</sup> gleichkäme. Durch die Verwertung würde die Integrität der Gerichte beeinträchtigt.<sup>1031</sup>

Allerdings gerät dieser Ansatz ebenfalls in die Kritik. Es wird zuerst bemängelt, dass die *Exclusionary Rule* ein zweischneidiges Schwert ist, da durch Ausschluss von illegal erlangten, aber entscheidenden Beweisen ein Schuldiger auf freiem Fuß bleiben könnte.<sup>1032</sup> Ein solcher Beweisausschluss beeinträchtigt das Ansehen des gesamten Justizsystems und zerstört den Respekt vor ihm.<sup>1033</sup> Besonders wenn der Erhebungsfehler nur ein technischer ist, wird der Beweisausschluss als Verzicht auf die staatliche Pflicht, kriminelle Handlungen unter Strafe zu stellen, angesehen.<sup>1034</sup> Würde der Schuldige indes aufgrund der Nichtanwendung der *Exclusionary Rule* verurteilt, könnte nicht nur die Bevölkerung, sondern auch der Staat davon profitieren;<sup>1035</sup> der Staat könnte durch die Verwertung der problematischen Beweise die Integrität der Justiz stärken.

Zweitens wird an diesem Ansatz kritisiert, dass die justizielle Integrität keine textuelle, geschichtliche oder strukturelle Grundlage in der Verfassung hat.<sup>1036</sup> Ein

---

<sup>1024</sup> *Paulsen*, (1961) 52 J. Crim. L. & Criminology 258. Vgl. auch *Shanks*, (1983) 57 Tul. L. Rev. 653.

<sup>1025</sup> *Olmstead v. U.S.*, 277 U.S. 438, 485 (1928).

<sup>1026</sup> *Olmstead v. U.S.*, 277 U.S. 438, 485 (1928). In *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 659 (1961) wurde sodann festgestellt: "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."

<sup>1027</sup> *Paulsen*, (1961) 52 J. Crim. L. & Criminology 258.

<sup>1028</sup> *Paulsen*, (1961) 52 J. Crim. L. & Criminology 258.

<sup>1029</sup> Vgl. *Stewart*, (1983) 83 Colum. L. Rev. 1382.

<sup>1030</sup> Vgl. *Stewart*, (1983) 83 Colum. L. Rev. 1382; ähnlich *Jackson*, (1996) 86 J. Crim. L. & Criminology 1223.

<sup>1031</sup> *Jackson*, (1996) 86 J. Crim. L. & Criminology 1224.

<sup>1032</sup> *LeFrancois*, (1984) 53 U. Cin. L. Rev. 86; *Re*, (2014) 127 Harv. L. Rev. 1904.

<sup>1033</sup> *Wilkey*, (1978) 62 Judicature 223. Ähnlich *Slobogin*, (1999) 99 U. Ill. L. Rev. 436 f.

<sup>1034</sup> *Shanks*, (1983) 57 Tul. L. Rev. 654.

<sup>1035</sup> Vgl. *Amar*, (1994) 107 Harv. L. Rev. 793.

<sup>1036</sup> *Re*, (2014) 127 Harv. L. Rev. 1904. Ähnlich *Stewart*, (1983) 83 Colum. L. Rev. 1383.

Eingriff in die justizielle Integrität sei nicht gleichzusetzen mit einer Verletzung der Verfassung.<sup>1037</sup> Deswegen sei es nicht angebracht, die justizielle Integrität als eine Begründung für die *Exclusionary Rule* zu betrachten.

Drittens wird argumentiert, dass in bestimmten Fällen der Zufallsvorteil, der dem Beschuldigten durch die Anwendung der *Exclusionary Rule* wegen eines Fehlers entsteht, im Vergleich zur rechtswidrigen Handlung der Polizei unverhältnismäßig ist. Daher lässt sich die *Exclusionary Rule* nicht als moralisches Gebot rechtfertigen, das die Gerichte daran hindert, sich durch unsaubere Beweise zu diskreditieren.<sup>1038</sup>

Viertens wird der Begriff „justizielle Integrität“ an sich kritisiert. Das Prinzip der Integrität schließe die Vorstellung einer korruptionsfreien und aufrichtigen Handlungsweise mit ein.<sup>1039</sup> Die neue Definition von justizieller Integrität betrachtet diese in Zusammenhang mit anderen rechtspolitischen Überlegungen, z.B. der Abschreckung vor polizeilichem Fehlverhalten und der Beseitigung von Straßensriminalität.<sup>1040</sup> Außerdem ist die Haltung der Rechtsprechung zur justiziellen Integrität seit *Mapp v. Ohio* (1961) nicht eindeutig.<sup>1041</sup>

Fünftens sei von dem Gedanken Abstand zu nehmen, dass die polizeiliche Handlung im Vergleich zur Handlung des Beschuldigten das größere Übel sei.<sup>1042</sup> Es ist immer schwer zu sagen, dass das Gericht bei der Wahl zwischen dem Hinnehmen der illegalen Handlung des Beschuldigten und dem Hinnehmen der illegalen Handlung der Polizei zwangsläufig den Beschuldigten bevorzugen würde.<sup>1043</sup> Die Rechtsdurchsetzung sei kein Spiel, in dem die Freiheit immer siege, wenn die Polizei schlussendlich als Verlierer dastünde.<sup>1044</sup>

Schließlich macht sich bei der justiziellen Integrität als Begründung der *Exclusionary Rule* eine wesentliche Schwäche oder Beschränkung unweigerlich bemerkbar: Würde man sich rigoros an die justizielle Integrität halten, würden die Beweise, auch wenn der Beschuldigte ihrer Verwertung zustimmt, trotzdem ausgeschlossen.<sup>1045</sup> Dies widerspricht dem US-amerikanischen Prinzip, dass mit Zustimmung des Inhabers des verletzten Rechts die aus der Rechtsverletzung erlangten Beweise eingeführt werden können.

<sup>1037</sup> *Re*, (2014) 127 Harv. L. Rev. 1904.

<sup>1038</sup> *Kaplan*, (1974) 26 Stan. L. Rev. 1036.

<sup>1039</sup> *LeFrancois*, (1984) 53 U. Cin. L. Rev. 90.

<sup>1040</sup> *LeFrancois*, (1984) 53 U. Cin. L. Rev. 90 f.

<sup>1041</sup> Ausführlich bei *LeFrancois*, (1984) 53 U. Cin. L. Rev. 91 f.

<sup>1042</sup> *Barrett*, (1955) 43 Calif. L. Rev. 582. Vgl. auch *LeFrancois*, (1984) 53 U. Cin. L. Rev. 90.

<sup>1043</sup> *Barrett*, (1955) 43 Calif. L. Rev. 582.

<sup>1044</sup> “Law enforcement is not a game in which liberty triumphs whenever the policeman is defeated.” (*Barrett*, [1955] 43 Calif. L. Rev. 582).

<sup>1045</sup> *Bloom/Fentin*, (2010) 13 U. Pa. J. Const. L. 56.

Die justizielle Integrität ist allerdings kein dominanter Ansatz zur Begründung der *Exclusionary Rule*. Im Laufe der Zeit verblasste der Ansatz der justiziellen Integrität in der Rechtsprechung. Der Abschreckungsgedanke hat die dominante Position eingenommen und wird zur Zeit als primäre Begründung für die *Exclusionary Rule* angesehen.<sup>1046</sup>

### C. Sonstige Ansätze

Neben der justiziellen Integrität und dem Abschreckungsgedanken gibt es im US-amerikanischen Recht noch weitere Ansätze zur theoretischen Begründung der *Exclusionary Rule*, die im Folgenden kurz dargestellt werden: der Schutz des Rechts auf Privatsphäre, die Wahrheitsfindung, der Rechtsbehelf bei Verletzung von Verfassungsrechten, die Theorie des *Status quo ante* und der Ansatz der Nichtigkeit der verfassungswidrigen Handlung.

Der Schutz des Rechts auf Privatsphäre geht als Rechtfertigung der *Exclusionary Rule* auf den Missbrauch der staatlichen Macht zur Zeit der Gründung der Vereinigten Staaten und die Ausarbeitung der US-Bundesverfassung zurück.<sup>1047</sup> Die US-Bundesverfassung wurde ursprünglich als ein Dokument geschaffen, das die Macht der Regierung begrenzen sollte.<sup>1048</sup> Der 4. Zusatzartikel wurzelt in der Abneigung vor staatlichen Eingriffen in die Privatsphäre.<sup>1049</sup> Der Regierung wird es aufgrund der *Exclusionary Rule* verwehrt, verfassungswidrig erlangte Beweise zu verwenden. Daher kann die *Exclusionary Rule* auch als Schutz des Rechts auf Privatsphäre angesehen werden. Des Weiteren wird die Auffassung vertreten, dass die *Exclusionary Rule* die ineinander verwobenen Werte der Privatsphäre und des Schutzes vor Eingriffen des Staates, die für die Demokratie grundlegend sind, verkörpert.<sup>1050</sup> Der Ausschluss der durch eine Verletzung des 4. Zusatzartikels erlangten Beweise soll den persönlichen individuellen Kernwert der Privatsphäre (*core personal value of privacy*) bewahren.<sup>1051</sup>

Allerdings stößt dieser Ansatz in der Praxis auf Kritik: Die Rechte des Beschuldigten aus dem 4. Zusatzartikel könnten oft nicht durch einen Beweisausschluss geschützt werden.<sup>1052</sup> Angesichts der Möglichkeit des Ausschlusses zuverlässiger Beweise gehen die Gerichte oft bis an die äußerste Grenze der Logik, um zu er-

---

<sup>1046</sup> Ausführlich dazu *Bloom/Fentin*, (2010) 13 U. Pa. J. Const. L. 50–58. Ähnlich *Giddings*, (2006) 91 Iowa L. Rev. 1068.

<sup>1047</sup> Vgl. *Shanks*, (1983) 57 Tul. L. Rev. 652.

<sup>1048</sup> Vgl. *Amsterdam*, (1974) 58 Minn. L. Rev. 353.

<sup>1049</sup> *Shanks*, (1983) 57 Tul. L. Rev. 652.

<sup>1050</sup> *Jackson*, (1996) 86 J. Crim. L. & Criminology 1222.

<sup>1051</sup> Vgl. *Jackson*, (1996) 86 J. Crim. L. & Criminology 1223.

<sup>1052</sup> Vgl. *Daponte*, (1999) 30 McGeorge L. Rev. 1303; *Amsterdam*, (1974) 58 Minn. L. Rev. 437.

reichen, dass keine Verletzung des 4. Zusatzartikels anzunehmen ist und somit die Beweise als berücksichtigungsfähig zugelassen werden können.<sup>1053</sup>

In Bezug auf die Wahrheitsfindung wurde schon in *Michigan v. Tucker*<sup>1054</sup> geäußert, dass die Wahrheit oder Unrichtigkeit einer Aussage nicht der entscheidende Faktor dafür ist, ob die Aussage als zulässig gilt.<sup>1055</sup> Für eine erzwungene oder unfreiwillige Aussage lässt sich ihre Zulässigkeit daher auch nicht damit begründen, dass andere Beweise die Wahrheit dieser Aussage belegen können.<sup>1056</sup> Das bedeutet aber auch, dass erzwungene Aussagen mit einem gewissen Misstrauen betrachtet werden.<sup>1057</sup> Ein System der Strafjustiz, das auf solchen Aussagen beruht, wird auf Dauer weniger zuverlässig und anfälliger für Missbrauch sein als dasjenige, das auf einer unabhängigen Ermittlung beruht.<sup>1058</sup> Dem stimmt auch die Literatur zu. Beweise, die die Wahrheit begründen können, werden nicht mangels Glaubwürdigkeit ausgeschlossen, sondern weil sie Endprodukte rechtswidriger polizeilicher Methoden sind.<sup>1059</sup> Der Prozess verfolgt neben der Wahrheitsfindung noch einige andere Ziele.<sup>1060</sup> Soziale Werte von größter Bedeutung kommen im Gerichtssaal zum Ausdruck.<sup>1061</sup> Die Wahrheitsfindung ist nur ein Wert unter vielen und muss unter Umständen anderen Werten den Vorrang gewähren.<sup>1062</sup>

Der nächste Ansatz, der Rechtsbehelf bei Verletzung von Verfassungsrechten, stammt aus dem Fall *U.S. v. Calandra*,<sup>1063</sup> in dem die *Exclusionary Rule* als ein richterlich geschaffener Rechtsbehelf (*remedy*) angesehen wurde, der zur Bewahrung der Rechte aus dem 4. Zusatzartikel durch seinen Abschreckungseffekt definiert ist.<sup>1064</sup> Dieser Rechtsbehelf ist auch verfassungsrechtlich erforderlich.<sup>1065</sup> Die *Bill of Rights* der US-Bundesverfassung beschränkt die Reichweite der Regierung.<sup>1066</sup> Wenn die Verfassungsrechte einer Person durch den Staat verletzt werden, ist es Aufgabe der Justiz, die *Exclusionary Rule* anzuwenden, um so die Beschränkung

---

<sup>1053</sup> *Daponte*, (1999) 30 McGeorge L. Rev. 1303 f.

<sup>1054</sup> *Michigan v. Tucker*, 417 U.S. 433 (1974).

<sup>1055</sup> *Michigan v. Tucker*, 417 U.S. 433, 448 Fn. 23 (1974).

<sup>1056</sup> *Michigan v. Tucker*, 417 U.S. 433, 448 Fn. 23 (1974).

<sup>1057</sup> *Michigan v. Tucker*, 417 U.S. 433, 448 Fn. 23 (1974).

<sup>1058</sup> *Michigan v. Tucker*, 417 U.S. 433, 448 Fn. 23 (1974).

<sup>1059</sup> *Paulsen*, (1961) 52 J. Crim. L. & Criminology 255.

<sup>1060</sup> *Paulsen*, (1961) 52 J. Crim. L. & Criminology 263.

<sup>1061</sup> *Paulsen*, (1961) 52 J. Crim. L. & Criminology 263.

<sup>1062</sup> *Paulsen*, (1961) 52 J. Crim. L. & Criminology 263.

<sup>1063</sup> *U.S. v. Calandra*, 414 U.S. 338 (1974).

<sup>1064</sup> *U.S. v. Calandra*, 414 U.S. 338, 348 (1974). Zustimmung *Stone v. Powell*, 428 U.S. 465, 486 (1976); *U.S. v. Janis*, 428 U.S. 433, 446 (1976). Ähnlich *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 648 (1961).

<sup>1065</sup> *Stewart*, (1983) 83 Colum. L. Rev. 1383–1385.

<sup>1066</sup> *Stewart*, (1983) 83 Colum. L. Rev. 1384.



aus der Verfassung durchzusetzen, obwohl die *Bill of Rights* einen solchen Ausschluss nicht ausdrücklich vorschreibt.<sup>1067</sup>

Der Ansatz des Rechtsbehelfs ist problematisch, weil die *Exclusionary Rule* zwar verfassungsrechtlich erforderlich, aber nicht Teil der verfassungsrechtlichen Beschränkung ist.<sup>1068</sup> Diese Eigenschaft der *Exclusionary Rule* wirft die Frage auf, ob andere angemessene Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen, um zu verhindern, dass der Staat nach seinem Belieben den 4. Zusatzartikel verletzt.<sup>1069</sup> Eine weitere Sorge könnte darin bestehen, dass das Gericht eines Tages auf die Anwendung der *Exclusionary Rule* verzichten könnte, da sie schließlich nur von Richtern erstellt wurde.<sup>1070</sup> Daher gab und gibt es in der US-amerikanischen Literatur bis heute immer wieder Diskussionen über Alternativen zur *Exclusionary Rule* und über die Abschaffung dieser Regelung.<sup>1071</sup>

Die Theorie des *Status quo ante* bei der *Exclusionary Rule* ist auf die Begründungen für die *inevitable discovery* und die *independent source* zurückzuführen. Wie schon in Zusammenhang mit der Fernwirkung erwähnt, liegt beiden Ausnahmen die Ansicht zugrunde, dass die Polizei in die gleiche Position gestellt werden sollte, in der sie bei Einhaltung der Verfassung stehen würde.<sup>1072</sup> Der Beschuldigte wird in eine ebensolche Position gestellt.<sup>1073</sup> Wenn die Beweise aus einer *inevitable discovery* oder *independent source* ausgeschlossen würden, könnte die Polizei in einer benachteiligten Position sein, weil diese Beweise unvermeidlich rechtmäßig hätten gefunden werden können oder auf rechtmäßigem Weg gefunden wurden. Deshalb wurden diese Ausnahmen zur *Exclusionary Rule* eingeführt. In der Rechtswissenschaft wurde infolgedessen auf die Theorie des *Status quo ante* als Begründung der *Exclusionary Rule* geschlossen und die Meinung vertreten, dass die *Exclusionary Rule* sich nur rechtfertigen lässt, weil diese Regel die Parteien des Strafprozesses in die Positionen stellt, in denen sie bei Einhaltung der Verfassung gestanden hätten.<sup>1074</sup>

An dieser Theorie wird zunächst kritisiert, dass sie die Ausnahmen zur *Exclusionary Rule* erklärt, allerdings nicht zufriedenstellend erklären kann, warum der Beweisausschluss an sich geboten ist.<sup>1075</sup> Zweitens kann der Beweisausschluss

<sup>1067</sup> Vgl. *Stewart*, (1983) 83 Colum. L. Rev. 1384.

<sup>1068</sup> Vgl. *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 651 (1961).

<sup>1069</sup> *Stewart*, (1983) 83 Colum. L. Rev. 1384.

<sup>1070</sup> Ähnlich *LaFave/Israel/King/Kerr*, Criminal Procedure, § 3.1(b).

<sup>1071</sup> Z.B. *Slobogin*, (1999) 99 U. Ill. L. Rev. 363–446.

<sup>1072</sup> *Murray v. U.S.*, 487 U.S. 533, 537 (1988); *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431, 447 (1984).

<sup>1073</sup> *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431, 447 (1984).

<sup>1074</sup> *Norton*, (1998) 33 Wake Forest L. Rev. 284; *Schroeder*, (1983) 51 Geo. Wash. L. Rev. 655.

<sup>1075</sup> *Slobogin*, (1999) 99 U. Ill. L. Rev. 431.

unmöglich die Opfer einer illegalen Durchsuchung in die vorherige Position zurückversetzen.<sup>1076</sup>

Der Ansatz der Nichtigkeit der verfassungswidrigen Handlung geht auf den Fall *Marbury v. Madison*<sup>1077</sup> zurück. In diesem Fall wurde der Grundsatz aufgestellt, dass ein mit der Verfassung unvereinbares Gesetz unwirksam ist.<sup>1078</sup> Die Gerichte haben das Recht und die Pflicht, dessen Nichtigkeit anzuerkennen und so umzusetzen, dass das Gesetz nicht auf den konkreten Fall anzuwenden ist.<sup>1079</sup> Aus diesem Grundsatz wird in der Literatur ein weiterer Ansatz zur Begründung der *Exclusionary Rule* entwickelt: Die Beweise aus Durchsuchungen und Beschlagnahmen, die gegen den 4. Zusatzartikel verstoßen haben, sollen nicht verwertet werden, weil diese Durchsuchungen von Rechts wegen nichtig sind.<sup>1080</sup> Wenn eine Durchsuchung nichtig ist, so darf die Verwertung der daraus erlangten Beweise vom Gericht – gleich einer Verurteilung nach einem unwirksamen Gesetz – nicht geduldet werden.<sup>1081</sup>

Dieser Ansatz weist allerdings eine erhebliche logische Schwäche auf: Illegale Durchsuchung und widerrechtliche Beschlagnahme sind etwas von Grund auf anderes als ein unwirksames Gesetz.<sup>1082</sup>

#### IV. Zwecke der Beweisverwertungsverbote

Wie bereits bei der Darstellung der Theorien zur *Exclusionary Rule* erwähnt, hat die US-amerikanische Rechtsprechung zuerst die justizielle Integrität und erst später die Abschreckungswirkung gegenüber der Polizei herausgearbeitet; Letztere wird inzwischen als Hauptbegründung der *Exclusionary Rule* angesehen. Da sich die Theorien zur Begründung der *Exclusionary Rule* nicht von deren Zweck abgrenzen lassen, hat auch der Zweck der *Exclusionary Rule* eine Wandlung erlebt: vom Gedanken der justiziellen Integrität über den Schutz des Rechts auf Privatsphäre bis hin zum einzigen jetzigen Hauptzweck – die Polizei vor rechtswidrigen Handlungen abzuschrecken. Für die Regulierung des polizeilichen Verhaltens hat die *Exclusionary Rule* somit eine zentrale Bedeutung.<sup>1083</sup> Demgegenüber werden Schadensersatzforderungen oder Strafverfahren gegen die Polizei entweder als un-

<sup>1076</sup> *Slobogin*, (1999) 99 U. Ill. L. Rev. 431.

<sup>1077</sup> *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

<sup>1078</sup> *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 177 (1803).

<sup>1079</sup> *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 177, 178 (1803).

<sup>1080</sup> *Schrock/Welsh*, (1974) 59 Minn. L. Rev. 356 und 359. Vgl. auch *Thaman*, in: ders. (Hrsg.), *Exclusionary Rules in Comparative Law*, S. 410–412.

<sup>1081</sup> *Schrock/Welsh*, (1974) 59 Minn. L. Rev. 345–347.

<sup>1082</sup> Vgl. *Slobogin*, (1999) 99 U. Ill. L. Rev. 434.

<sup>1083</sup> *Cammack*, in: *Thaman* (Hrsg.), *Exclusionary Rules in Comparative Law*, S. 4.

geeignet zur Änderung der polizeilichen Handlungen angesehen oder sie können vernachlässigt werden, weil sie in der Praxis nicht vorkommen.<sup>1084</sup> Dabei ist zu bemerken, dass sich die anderen Ansätze, insbesondere die justizielle Integrität, bei der Problematik der *Exclusionary Rule* nicht gänzlich ausschließen lassen. Sie haben im Vergleich zu dem gegenüber der Polizei wirksamen Abschreckungseffekt aber nur begrenzte Funktionen<sup>1085</sup> und können nicht als Hauptzweck gelten.

Das Ziel, die Polizei durch die *Exclusionary Rule* vor rechtswidrigen Handlungen abzuschrecken, korrespondiert mit dem allgemeinen Misstrauen der Bevölkerung gegenüber dem Staat sowie der öffentlichen Gewalt.<sup>1086</sup> Im Folgenden werden dazu zwei Thematiken aus historischer Perspektive diskutiert: die Geschichte der Verfassung und das Polizeiwesen in den USA.

Der 4. Zusatzartikel zur US-Bundesverfassung – der Ursprung der *Exclusionary Rule* – ist im Vergleich zu anderen Zusatzartikeln besonders stark von der US-amerikanischen Geschichte geprägt.<sup>1087</sup> Die US-Bundesverfassung entstand aus den Konföderationsartikeln während des amerikanischen Unabhängigkeitskampfes gegen das englische Königreich. Zum Ausbruch des Amerikanischen Unabhängigkeitskrieges kam es wegen der Auferlegung untragbarer Einfuhrzölle, welche den Handel der amerikanischen Kolonie mit anderen Ländern als England behinderten.<sup>1088</sup> Dies führte in den Kolonien zu einer hohen Abhängigkeit von geschmuggelten Importen.<sup>1089</sup> Um die Suche nach Schmuggelware und das Kassieren der Einfuhrabgaben zu erleichtern, führten die Engländer in den 13 Kolonien die sogenannten *Writs of Assistance* ein, allgemeine Durchsuchungs- und Beschlagnahmeanordnungen, die den Zollbeamten unbeschränktes Ermessen zubilligten.<sup>1090</sup> Die *Writs of Assistance* waren noch willkürlicher und anfälliger für Missbrauch als die in England praktizierten *General Warrants*.<sup>1091</sup> Die Zollbeamten konnten kraft der *Writs of Assistance* nach Belieben Behälter oder Pakete öffnen und durchsuchen, wenn sie unverzollte Waren darin vermuteten.<sup>1092</sup> Die *Writs of Assistance* und die da-

---

<sup>1084</sup> Vgl. *Paulsen*, ZStW 77 (1965), 645.

<sup>1085</sup> *Stone v. Powell*, 428 U.S. 465, 485 (1976).

<sup>1086</sup> *Paulsen*, ZStW 77 (1965), 639 und 668.

<sup>1087</sup> *Landynski*, Search and Seizure and the Supreme Court, S. 19.

<sup>1088</sup> *Landynski*, Search and Seizure and the Supreme Court, S. 30. Vgl. auch *Lasson*, The History and Development of the Fourth Amendment to the United States Constitution, S. 51 f.

<sup>1089</sup> Vgl. *Lasson*, The History and Development of the Fourth Amendment to the United States Constitution, S. 52; *Landynski*, Search and Seizure and the Supreme Court, S. 30.

<sup>1090</sup> Vgl. *Lasson*, The History and Development of the Fourth Amendment to the United States Constitution, S. 53 f.

<sup>1091</sup> *Lasson*, The History and Development of the Fourth Amendment to the United States Constitution, S. 54. Vgl. auch *Landynski*, Search and Seizure and the Supreme Court, S. 30 f.

<sup>1092</sup> *Lasson*, The History and Development of the Fourth Amendment to the United States Constitution, S. 54.

durch legitimierte Vorgehensweise der Zollbeamten riefen erbitterten Widerstand in der Bevölkerung der 13 Kolonien hervor, und mit der Verschärfung dieser „Durchsuchungs-und-Beschlagnahme-Politik“ (*search and seizure practices*) Englands kam es letztlich zum Amerikanischen Unabhängigkeitskrieg.<sup>1093</sup>

Die negativen historischen Erfahrungen mit der englischen Staatsmacht und den *Writs of Assistance* führten dazu, dass die amerikanische Bevölkerung bereits seit der Gründung der Vereinigten Staaten die Befürchtung nährte, dass ihre Privatsphäre von der Regierung übermäßig eingeschränkt<sup>1094</sup> oder missbräuchlich behandelt werden könnte.<sup>1095</sup> So entstand ein Misstrauensverhältnis zwischen der Bevölkerung und der Regierung. Die US-Amerikaner haben eine Aversion gegen jede Form von unbeschränkter, missbrauchsanfälliger staatlicher Macht. Daher ist die Kontrolle über die öffentliche Macht zum grundlegenden Verfassungsanker in den USA geworden.<sup>1096</sup> Die Bevölkerung möchte durch die Verfassung, insbesondere den 4. Zusatzartikel, die Macht der Exekutive kontrollieren.<sup>1097</sup> Deshalb erweckt die *Bill of Rights* der US-Bundesverfassung zwar den Anschein, als ginge es vorrangig um den Schutz der individuellen Rechte; jedoch äußert sich hier das Ziel der Beschränkung der Macht der Regierung.<sup>1098</sup> Die *Bill of Rights* stellt nach Meinung von Richter *Jackson* die strengsten Beschränkungen der von der organisierten Gesellschaft über das Individuum ausgeübten Macht dar, die mit der Aufrechterhaltung der organisierten Gesellschaft vereinbar sind.<sup>1099</sup> Daher handelt es sich bei der *Bill of Rights* im Allgemeinen und dem 4. Zusatzartikel im Besonderen um regierungskritische Dokumente.<sup>1100</sup>

Im US-amerikanischen Staatssystem liegt diese sich aus der Verfassung ergebende Beschränkung der Macht der Regierung in der Hand der Justiz. Hinsichtlich der Beweise im Strafverfahren erfordert das Prinzip, dass Beweise, die die Regierung unter Verstoß gegen diese Beschränkung und durch Verletzung der geschützten Privatsphäre erlangt hat, auszuschließen sind. Auf diese Weise werden der Regierung die von ihr gewünschten effizienten Mittel verwehrt, die hin und wieder in

---

<sup>1093</sup> Vgl. *Lasson*, The History and Development of the Fourth Amendment to the United States Constitution, S. 57–78; *Landynski*, Search and Seizure and the Supreme Court, S. 33–37. Für weitere Zusammenfassungen der historischen Abläufe siehe *Taylor*, Two Studies in Constitutional Interpretation, S. 35–38; *Long*, *Mapp v. Ohio*, S. 33–37.

<sup>1094</sup> Vgl. *Long*, *Mapp v. Ohio*, S. 36.

<sup>1095</sup> Vgl. *Harris v. U.S.*, 331 U.S. 145, 159 (1947).

<sup>1096</sup> Vgl. *Paulsen*, (1961) 52 J. Crim. L. & Criminology 264.

<sup>1097</sup> Vgl. *Maclin*, (1994) 68 S. Cal. L. Rev. 5; *Kamisar*, (1983) 16 Creighton L. Rev. 574.

<sup>1098</sup> Vgl. *Stewart*, (1983) 83 Colum. L. Rev. 1384; *LaFave/Israel/King/Kerr*, Criminal Procedure, § 3.1(a); *Paulsen*, ZStW 77 (1965), 641; *Brennan*, (1961) 36 N. Y. U. L. Rev. 761.

<sup>1099</sup> *Watts v. Indiana*, 338 U.S. 49, 61 (1949).

<sup>1100</sup> *Amsterdam*, (1974) 58 Minn. L. Rev. 353.

allen Jahrhunderten für jede Regierung als das zwangsläufig Unbedingte und Erforderliche zur Erreichung ihrer legitimen und lobenswerten Zwecke erschienen.<sup>1101</sup>

Es wird befürchtet, dass der Beweisausschluss unter Umständen zur Freilassung des Schuldigen führen könnte. Dennoch neigen die US-Amerikaner aus Misstrauen gegenüber der Regierung eher dazu, dieses Risiko in Kauf zu nehmen.<sup>1102</sup> Mit anderen Worten: Man lässt lieber einige Verbrecher straflos davonkommen als die Privatsphäre der Bürger den Beamten der Regierung auszuliefern, die nach eigenem Ermessen handeln, sowohl die Ehrlichen als auch die Unehrllichen, ohne Ermächtigung und ohne Beschränkung von Seiten der Gerichte.<sup>1103</sup>

Da die Polizei als Vertreterin der Regierung im Alltag fungiert,<sup>1104</sup> wirkt sich das Misstrauen der Bürger naturgemäß leicht auf die Polizei aus. Aufgrund der oben beschriebenen negativen historischen Erfahrungen hat die Bevölkerung auch wenig Vertrauen in den Ermessensspielraum der Polizei<sup>1105</sup> und befürchtet, dass die Polizei ihre Macht missbrauchen könnte.<sup>1106</sup> Dieses Misstrauen lässt sich jedoch auch auf die fragwürdige Vergangenheit des Polizeiwesens in den USA zurückführen.

Die moderne US-Polizei, die ihre Wurzeln im 19. Jahrhundert hat und sich zunächst aus nicht speziell ausgebildeten Mitarbeitern zusammensetzte, deren Aufgaben sich von der Straftatermittlung im heutigen Sinne unterschieden,<sup>1107</sup> ist durch ein hohes Maß an Korruption und Brutalität gekennzeichnet.<sup>1108</sup> Da die Kontrolle seit jeher nicht zentral, sondern regional erfolgt,<sup>1109</sup> ist das amerikanische Polizeisystem stark für Korruption anfällig.<sup>1110</sup> Die Polizei stellte im 19. Jahrhundert viele unausgebildete, aber politisch loyale Leute aus der Arbeiterklasse ein und verhalf einerseits bei Wahlen bestimmten Personen zum Sieg, und trug andererseits dazu bei, die Gesetze gegen politische Gegner äußerst streng durchzusetzen.<sup>1111</sup> Außerdem verfolgte die Polizei Interessen in der regionalen Politik und nahm in dieser eine wichtige Stellung ein.<sup>1112</sup> Im Laufe der Zeit wurden zwar Versuche zur Re-

---

<sup>1101</sup> *Amsterdam*, (1974) 58 Minn. L. Rev. 353.

<sup>1102</sup> *Harris*, StV 1991, 321.

<sup>1103</sup> *Olmstead v. U.S.*, 277 U.S. 438, 479 Fn. 12 (1928).

<sup>1104</sup> Vgl. *Steiker*, (1994) 107 Harv. L. Rev. 834.

<sup>1105</sup> Vgl. *Maclin*, (1993) 35 Wm. & Mary L. Rev. 223.

<sup>1106</sup> *Steiker*, (1994) 107 Harv. L. Rev. 834.

<sup>1107</sup> Zur Entwicklungsgeschichte der amerikanischen Polizei siehe *Steiker*, (1994) 107 Harv. L. Rev. 830–835; *Schmid*, Strafverfahren und Strafrecht in den Vereinigten Staaten, S. 36–38.

<sup>1108</sup> *Steiker*, (1994) 107 Harv. L. Rev. 834.

<sup>1109</sup> Vgl. *Paulsen*, ZStW 77 (1965), 638.

<sup>1110</sup> *Steiker*, (1994) 107 Harv. L. Rev. 834 f.

<sup>1111</sup> *Ayers*, Vengeance and Justice: Crime and Punishment in the 19th-Century American South, S. 88.

<sup>1112</sup> *Ayers*, Vengeance and Justice: Crime and Punishment in the 19th-Century American South, S. 88. Vgl. auch *Schmid*, Strafverfahren und Strafrecht in den Vereinigten Staaten, S. 37 f.

form des Polizeisystems von innen unternommen, die aber scheiterten; bis heute hat sich die Lage nur wenig verändert.<sup>1113</sup> Auch die Brutalität, mit der die Polizei zeitweise und regional unterschiedlich stark vorgeht, stellt seit der Gründungszeit ein Problem dar.<sup>1114</sup> Wegen des ständigen Umgangs mit Verbrechern im Alltag haben die Polizisten eine Vorstellung von Professionalität entwickelt, die von einem legalen System und dem Alltagsverständnis des Volkes weit entfernt ist.<sup>1115</sup> Dass es bei der Vernehmung brutal zugeht, z.B. durch Folter, Prügel oder das Zufügen physischer oder psychischer Schmerzen – der sogenannte „dritte Grad“ (*third degree*) –,<sup>1116</sup> war nicht nur in der Anfangszeit der USA ein Thema, sondern bleibt bis heute ein ernstes Problem.<sup>1117</sup>

Wie die Beschränkung der Regierungsmacht hat die amerikanische Bevölkerung auch die Reglementierung und Kontrolle der Polizei in der *Bill of Rights* der US-Verfassung, insbesondere dem 4. Zusatzartikel, verankert,<sup>1118</sup> vor allem um zu verhindern, dass die Polizei willkürlich handelt.<sup>1119</sup> Die Regulierung des polizeilichen Verhaltens gilt somit als zentrales Anliegen des 4. Zusatzartikels.<sup>1120</sup> Zur Regulierung polizeilichen Fehlverhaltens bzw. zur Kontrolle der Polizei, also auch um die Polizei vor rechtswidrigen Handlungen abzuschrecken, muss das Gericht die *Exclusionary Rule* anwenden.<sup>1121</sup> Denn die Geschichte hat gelehrt, dass Politiker aufgrund ihrer Beteiligung an der Korruption keine effektiven Rechtsmittel zur Regulierung der Polizei zur Verfügung stellen können oder wollen.<sup>1122</sup>

In den USA sollen der Polizei die durch Verfassungsverletzung erlangten Beweismittel mit Hilfe der *Exclusionary Rule* verweigert und ihre Mitarbeiter dadurch vor künftigen Rechtsverletzungen abgeschreckt werden. Die *Exclusionary Rule* richtet sich somit zunächst an die Polizei, statt an die betroffenen Bürger. Der Schutz individueller Rechte wird bei der *Exclusionary Rule* nicht betont, was mit den Eigenschaften des akkusatorischen Verfahrens zusammenhängt. In diesem Verfahren werden Anklage (Staat) und Verteidigung (Individuum) gleichgestellt. Im Vergleich zum inquisitorischen Verfahren trägt das Individuum hier mehr Eigen-

<sup>1113</sup> Steiker, (1994) 107 Harv. L. Rev. 835 f.

<sup>1114</sup> Steiker, (1994) 107 Harv. L. Rev. 836.

<sup>1115</sup> Steiker, (1994) 107 Harv. L. Rev. 836.

<sup>1116</sup> Dazu Friedman, *Crime and Punishment in American History*, S. 152 f. und S. 361 f.; Papke, *Framing the Criminal*, S. 122; Walker, *Popular Justice: A History of American Criminal Justice*, S. 63; für allgemeine Darstellungen siehe Hopkins, *Our Lawless Police*; Skolnick/Fyfe, *Above the Law*.

<sup>1117</sup> Steiker, (1994) 107 Harv. L. Rev. 836.

<sup>1118</sup> Kamisar, (1983) 16 Creighton L. Rev. 593; Amsterdam, (1974) 58 Minn. L. Rev. 369, 371.

<sup>1119</sup> Vgl. Paulsen, (1961) 52 J. Crim. L. & Criminology 264.

<sup>1120</sup> Kamisar, (1983) 16 Creighton L. Rev. 593; Amsterdam, (1974) 58 Minn. L. Rev. 369, 371. Vgl. auch Amsterdam, (1974) 58 Minn. L. Rev. 377.

<sup>1121</sup> Kamisar, (1983) 16 Creighton L. Rev. 593.

<sup>1122</sup> Vgl. Steiker, (1994) 107 Harv. L. Rev. 849.

verantwortung, und der Staat hat eine geringere Fürsorgepflicht. Dies lässt sich aus der Untersuchung der Sachverhaltskonstellationen ablesen: Es fehlt eine Verpflichtung der amerikanischen Polizei, Erklärungen oder Hilfestellungen zu liefern, die ein Beschuldigter bei der Wahrnehmung seiner Rechte benötigen könnte. In gleicher Weise gilt das auch für die Stellung des Zeugen, für den es keine Belehrung über sein Recht auf Selbstbelastungsfreiheit im Rahmen der Zeugenvernehmung gibt; der Zeuge muss selber darauf achten, ob seine Aussage ihn eventuell selbst belasten kann.<sup>1123</sup> Eine „qualifizierte“ Belehrung bei der zweiten Vernehmung ist, wie im *Elstad*-Fall erwähnt,<sup>1124</sup> entbehrlich, wenn der Beschuldigte vormals keine *Miranda Warnings* erhalten hat. Bei der Entnahme einer Blutprobe hat der wegen einer Trunkenheitsfahrt Beschuldigte in einigen Bundesstaaten gesetzlich zwar ein Recht auf einen unabhängigen medizinischen Test, und die Polizei ist auch verpflichtet, ihn über ein solches Recht zu belehren; sie ist aber nicht verpflichtet, ihm einen solchen Test zu ermöglichen bzw. diesen zu verwicklichen.<sup>1125</sup> Ein extremer Beweis für das Fehlen der Erklärungspflicht ist die Zulassung von Täuschungsmanövern bei der Vernehmung.<sup>1126</sup>

In einem solchen Strafverfahren, in dem die Strafverfolgungsbehörden eine geringe Fürsorgepflicht auf sich nehmen und zugleich im Vergleich zum Individuum in der stärkeren Position sind, benötigt das Rechtssystem Rechtsinstitutionen wie die *Exclusionary Rule*, um die Macht der Strafverfolgungsbehörden zu beschränken und diese mit der Verteidigung gleichzustellen. Infolgedessen wird bei der *Exclusionary Rule* nur die Funktion der Abschreckung der Polizei betont, obwohl die *Exclusionary Rule* zugleich dem Schutz der individuellen Rechte dient.

In diesem Zusammenhang ist abschließend zu erwähnen, dass der gegenüber der Polizei wirksame Abschreckungseffekt trotz aller Kritik<sup>1127</sup> Zustimmung verdient. In der Literatur werden einige Beweise für die Abschreckungswirkung vorgebracht,<sup>1128</sup> z.B. dass in polizeilichen Schulungsmaßnahmen zunehmend Wert auf die Vermittlung von Verhaftungs-, Durchsuchungs- und Beschlagnahmeregeln gelegt wird<sup>1129</sup> und dass in der Praxis immer mehr *warrants* ausgestellt werden.<sup>1130</sup> Nach *Stephen H. Sachs*, einst *Attorney General* von Maryland, ist der Ausschluss

<sup>1123</sup> Vgl. *Broun* (Hrsg.), *McCormick on Evidence*, Band I, S. 746.

<sup>1124</sup> Fallbeschreibung siehe oben Zweiter Teil, II.E.2.

<sup>1125</sup> Am. Jur. 2d, *Automobiles and Highway Traffic* § 353.

<sup>1126</sup> Siehe oben Zweiter Teil, II.B.4.b).

<sup>1127</sup> Für Kritik am Abschreckungsgedanken siehe oben Zweiter Teil, III.A.

<sup>1128</sup> *Paulsen*, (1961) 52 J. Crim. L. & Criminology 262 f.; *Stewart*, (1983) 83 Colum. L. Rev. 1395.

<sup>1129</sup> *Paulsen*, (1961) 52 J. Crim. L. & Criminology 262; vgl. auch *Stewart*, (1983) 83 Colum. L. Rev. 1395.

<sup>1130</sup> *LaFave/Israel/King/Kerr*, *Criminal Procedure*, § 3.1(c); *Stewart*, (1983) 83 Colum. L. Rev. 1395.

der Beweise bei den meisten verfassungswidrigen Eingriffen fast die einzige Abschreckungsmöglichkeit.<sup>1131</sup>

## V. Kriterien der Beweisverwertungsverbote

Die *Exclusionary Rule* dient dazu, die Polizei von rechtswidrigen Handlungen abzuhalten, besagt jedoch nicht, dass jede rechtswidrige Handlung der Polizei bzw. der Strafverfolgungsorgane für einen Ausschluss der daraus erlangten Beweise sorgt.<sup>1132</sup> Grundsätzlich kommt ein Verwertungsverbot als Folge eines polizeilichen Verstoßes gegen ein in der Verfassung genanntes Grundrecht zustande.<sup>1133</sup> Das heißt, dass die Voraussetzung des Beweisausschlusses das Bestehen einer polizeilichen Rechtswidrigkeit hinsichtlich der Verfassung ist. Allerdings ist dies ein sehr allgemeines Kriterium. In Bezug auf die Kriterien des Beweisausschlusses wurde in der amerikanischen Rechtsprechung und in der einschlägigen Fachliteratur der Versuch unternommen, klare Standards (*bright-line rules*) für die Verwertbarkeit von Beweisen zu definieren, damit die Rechtsanwendung sich eindeutig gestaltet und vereinfacht wird und justizielle Ressourcen eingespart werden können.<sup>1134</sup> Bekannte *bright-line rules* sind zum Beispiel die *Miranda Warnings* und die *Edwards rule* bei der Beschuldigtenvernehmung. Allerdings lässt es die Unterschiedlichkeit der Einzelfälle nicht zu, in allen Fällen gemäß den *bright-line rules* zu handeln bzw. die mögliche Verfassungswidrigkeit in allen Fällen nach *bright-line rules* zu bestimmen. Deshalb wird oft ein *balancing of interests* oder ein *balancing test* zur Abwägung zwischen privaten und staatlichen Interessen unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls durchgeführt. Eine solche Abwägung wird in der Rechtsprechung gelegentlich auch als *totality of the circumstances test* bezeichnet.<sup>1135</sup> Bei der Bestimmung der Freiwilligkeit einer Aussage,<sup>1136</sup> der

<sup>1131</sup> Zitat nach *Stewart*, (1983) 83 Colum. L. Rev. 1395.

<sup>1132</sup> Siehe z.B. *U.S. v. Marlinga*, 2005 U.S. Dist. Lexis 2636, 31 (2005). In diesem Fall hatte der Staatsanwalt nicht innerhalb von 72 Stunden die Genehmigung eines Vorgesetzten eingeholt, wie es im Gesetz vorgeschrieben ist. Diese bloß prozessuale Rechtswidrigkeit kann einen Beweisausschluss nicht herbeiführen.

<sup>1133</sup> *Harris*, StV 1991, 313.

<sup>1134</sup> Vgl. *Daponte*, (1999) 30 McGeorge L. Rev. 1312; *Davis v. U.S.*, 512 U.S. 452, 461 (1994); *Minnick v. Mississippi*, 498 U.S. 146, 151 (1990).

<sup>1135</sup> Am *balancing test* und am *totality of the circumstances test* wird z.B. von *Kamisar*, (1984) 69 Iowa L. Rev. 570, kritisiert: "almost everything was relevant, but almost nothing was decisive". Er wies damit auf die Willkür der Richter bei der Entscheidung über die Beweiszulässigkeit und die Unklarheit des *due process/totality of the circumstances test* hin (*Kamisar*, (1987) 86 Mich. L. Rev. 16 f.).

<sup>1136</sup> Vgl. *Illinois v. Dennis*, 373 Ill. App. 3d 30, 32 (2007); *Broun* (Hrsg.), *McCormick on Evidence*, Band I, S. 846; *Inbau/Reid/Buckley/Jayne*, *Criminal Interrogation and Confessions*, S. 609.



*reasonableness* einer Durchsuchung in der *Terry*-Fallgruppe<sup>1137</sup> und der *reasonableness* einer körperlichen Untersuchung<sup>1138</sup> spielt der *balancing test* eine wichtige Rolle. Diese Interessenabwägung wird jedoch wegen des mit der *Exclusionary Rule* angestrebten Abschreckungseffekts und aufgrund des Pragmatismus des amerikanischen Rechts oft auf eine *cost-benefit analysis* oder ein *cost-benefit balancing* reduziert.<sup>1139</sup> Beim *cost-benefit balancing* wird der Nutzen – sprich, dass die Polizei vor Fehlverhalten abgeschreckt wird – gegen die sozialen Kosten des Ausschlusses von Schuldbeweisen, mit anderen Worten: die sozialen Kosten der Anwendung der *Exclusionary Rule* abgewogen.<sup>1140</sup> Wichtige Fälle, in denen eine *cost-benefit analysis* vorgenommen wurde, sind *Hudson v. Michigan*<sup>1141</sup> für eine Ausnahme zur Fernwirkung und *U.S. v. Leon*<sup>1142</sup> für eine *good faith*-Ausnahme zur *Exclusionary Rule*. Hier ist anzumerken, dass die *bright-line rules* und der *balancing test* ebenfalls Anwendung finden, da sie die durch wichtige Entscheidungen herausgebildeten Grundsätze darstellen und in einem kasuistischen Rechtssystem für einige bestimmte Sachverhalte stets maßgeblich sind. Zur Zeit zieht die Rechtsprechung allerdings häufig die reduzierte Version des *balancing test* – die *cost-benefit analysis* – heran, so z.B. in *Maryland v. Shatzer*<sup>1143</sup> und *Montejo v. Louisiana*<sup>1144</sup> bezüglich des Verteidigerkonsultationsrechts.

Das *cost-benefit balancing* ist starker Kritik ausgesetzt. Zunächst wird dem Konstrukt vorgeworfen, dass das Gericht anhand einer Vermutung, Intuition oder – was noch verwerflicher wäre – einer Neigung Kosten und Nutzen abwägt.<sup>1145</sup> Richter *Brennan* hat diesen Test als eine Mischung aus Intuition, Ahnungen und gelegentlich unvollständigen und oft nicht beweiskräftigen Daten beschrieben.<sup>1146</sup> Zweitens wird gefragt, wie Kosten und Nutzen quantifiziert werden und nach welchem Stan-

<sup>1137</sup> Vgl. *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1, 20, 21 (1968); *Costas-Elena v. Municipality of San Juan*, 714 F. Supp. 2d 263, 269 (2010); *State v. Surtain*, 31 So. 3d 1037, 1043 (2010); *State v. Ketelson*, 150 N.M. 137, 144 (2011).

<sup>1138</sup> Vgl. *Winston v. Lee*, 470 U.S. 753, 760–766 (1985); *State v. Register*, 308 S.C. 534, 538 (1992); *People v. Browning*, 108 Cal. App. 3d 117, 124 (1980); *People v. Smith*, 95 A.D.3d 21, 26 (2012); *People v. Buza*, 197 Cal. App. 4th 1424 (2011); *People v. Travis*, 139 Cal. App. 4th 1271, 1282–1286 (2006); *Johnson v. Ogershok*, 134 Fed. Appx. 535 (2005); *U.S. v. Sczubelek*, 402 F.3d 175 (2005); *People v. Johnson*, 139 Cal. App. 4th 1135 (2006); *Boling v. Romer*, 101 F.3d 1336 (1996); Am. Jur. 2d, Searches and Seizures, § 289.

<sup>1139</sup> Vgl. *Kamisar*, (1983) 16 Creighton L. Rev. 645 f.

<sup>1140</sup> *Giddings*, (2006) 91 Iowa L. Rev. 1068; *Holland*, (2009) 36 Rutgers L. Rec. 40; *Wasserstrom/Mertens*, (1984) 22 Am. Crim. L. Rev. 87; *Milhizer*, (2008) 39 U. Tol. L. Rev. 759; *Cammack*, in: Thaman (Hrsg.), *Exclusionary Rules in Comparative Law*, S. 4 f.

<sup>1141</sup> *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586 (2006).

<sup>1142</sup> *U.S. v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984).

<sup>1143</sup> *Maryland v. Shatzer*, 559 U.S. 98 (2010).

<sup>1144</sup> *Montejo v. Louisiana*, 556 U.S. 778 (2009).

<sup>1145</sup> *Kamisar*, (1983) 16 Creighton L. Rev. 646; ähnlich *Tomkovicz*, (2008) 93 Iowa L. Rev. 1882.

<sup>1146</sup> *U.S. v. Leon*, 468 U.S. 897, 942 (1984).

dard sie gegeneinander abgewogen werden sollen.<sup>1147</sup> Denn Kosten und Nutzen sind von der Art her unterschiedlich und lassen keinen direkten Vergleich zu; die *cost-benefit analysis* erscheint zwar neutral und unparteiisch, doch wägt das Gericht nicht ohne Einflussnahme ab.<sup>1148</sup> Hier benötigt das Gericht eine Wertbeurteilung, welche von der illusorischen Präzision der *cost-benefit analysis* abgedeckt wird.<sup>1149</sup> Drittens bleiben bei dieser Abwägung viele Faktoren unberücksichtigt. Nur der Nutzen, also dass die Polizei vor rechtswidrigen Handlungen abgeschreckt wird, und die sozialen Kosten, die durch den Beweisausschluss entstehen könnten, gehen in die vom Gericht verwendete vereinfachte und utilitaristische Bewertungsformel ein.<sup>1150</sup> Die Schwere der Straftat, die Gefährlichkeit des Beschuldigten in der Zukunft, die Erforderlichkeit der Beweise, die Motive der Polizei, die Effektivität anderer Abschreckungsmethoden und die Integrität des Justizsystems sind dagegen sämtlich irrelevant.<sup>1151</sup> Schließlich wird auch noch argumentiert, dass eine solche Abwägung von miteinander in Konflikt stehenden Interessen, zu der das *cost-benefit balancing* im Grunde auch gehört, grundsätzlich als eine Problematik der Legislative erscheint, auf die das gerichtliche Verfahren kaum eingerichtet ist; denn diese Problematik erfordert eine breite Vielfalt von Tatsachen, die in der normalen Gerichtsakte nicht vorzufinden sind und von den Prozessparteien nur überaus schwer hergebracht werden können.<sup>1152</sup>

Die Kritik am *cost-benefit balancing* zeigt, insbesondere was die ersten beiden Kritikpunkte anbelangt, bereits die Schwachpunkte dieses Kriteriums auf: die Gefahr der Willkür, das Fehlen von Maßstäben zur Quantifizierung von Kosten und Nutzen sowie das Fehlen von Abwägungsstandards. All dies führt gewöhnlich zu Rechtsunsicherheit. Im Wesentlichen beziehen sich die Befürchtungen darauf, dass dadurch, dass es als so wichtig angesehen wird, die Polizei vor zukünftigem rechtswidrigem Handeln abzuschrecken, die Gefahr sehr hoher sozialer Kosten entstehen könnte, wenn infolge des *cost-benefit balancing* gefährliche Verbrecher straffrei bleiben würden.<sup>1153</sup> Außerdem wird befürchtet, dass bei schweren Straftaten der Nutzen der Abschreckung so gering ist, dass die *Exclusionary Rule* nicht angewandt wird und problematische Beweise in das Verfahren geschleust werden.<sup>1154</sup> Auch bei geringfügigen bis minderschweren Straftaten besteht die Sorge,

<sup>1147</sup> Vgl. *Kamisar*, (1983) 16 Creighton L. Rev. 646, 648.

<sup>1148</sup> *Wasserstrom/Mertens*, (1984) 22 Am. Crim. L. Rev. 87; vgl. auch *Kamisar*, (1983) 16 Creighton L. Rev. 646.

<sup>1149</sup> *Wasserstrom/Mertens*, (1984) 22 Am. Crim. L. Rev. 87 f.

<sup>1150</sup> *Milhizer*, (2008) 39 U. Tol. L. Rev. 759.

<sup>1151</sup> *Milhizer*, (2008) 39 U. Tol. L. Rev. 759.

<sup>1152</sup> *Frantz*, (1962) 71 Yale L. J. 1443 f.; auch *Kamisar*, (1983) 16 Creighton L. Rev. 657.

<sup>1153</sup> *Milhizer*, (2008) 39 U. Tol. L. Rev. 767.

<sup>1154</sup> Vgl. *Kamisar*, (2003) 26 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 132; *ders.*, (1987) 86 Mich. L. Rev. 5.

dass Beschuldigte aufgrund von verfassungswidrig erlangten Beweisen verurteilt werden, wenn die Fehler der Polizei nicht als erheblich betrachtet werden.<sup>1155</sup>

Die Befürworter der *Exclusionary Rule* haben die erste Befürchtung, dass Verbrecher straffrei bleiben könnten, bereits energisch zurückgewiesen. Beispielsweise wurde dazu ausgeführt, dass Straftäter trotz des Ausschlusses der problematischen Beweise auch aufgrund anderer zulässiger, legaler und ausreichender Beweise überführt werden können.<sup>1156</sup> Außerdem haben die Befürworter statistisch belegt, dass bei schweren Straftaten ein Beweisausschluss äußerst selten ist<sup>1157</sup> und die *Exclusionary Rule* eher auf geringfügige Straftaten angewandt wird.<sup>1158</sup> In der Tat führt die *Exclusionary Rule* nur selten zur Freilassung von mutmaßlich gefährlichen Beschuldigten.<sup>1159</sup> Auf die zweite Befürchtung – dass die Anwendung der *Exclusionary Rule* von der Schwere der Straftat abhängig gemacht werden könnte, was nicht als verfassungskonformer Prozess gelten würde<sup>1160</sup> – kann hier nur theoretisch eingegangen werden: Der Richter könnte z.B. eine Anfangsentscheidung treffen, die einen verfassungswidrigen Beweis zulässt, und dann der Jury die Anweisung geben, dass sie den Beweis berücksichtigen soll, wenn sie den Beschuldigten einer schweren Straftat für schuldig befindet, den Beweis aber unberücksichtigt lassen soll, wenn sie den Beschuldigten einer geringfügigen Straftat für schuldig hält.<sup>1161</sup> Allerdings ist kaum zu erwarten, dass die Jury den überzeugenden Beweis vergessen oder ignorieren kann, wenn er ihr einmal vorgelegt wurde.<sup>1162</sup> Darüber hinaus könnte die Staatsanwaltschaft dazu tendieren, den Beschuldigten wegen einer anderen, schwereren Straftat anzuklagen als wegen der Straftat, die der Beschuldigte tatsächlich begangen hat, wenn bei schweren Straftaten die *Exclusionary Rule* aufgrund eines *cost-benefit balancing* nicht angewandt werden würde.<sup>1163</sup> Dies könnte dazu führen, dass bei schweren Straftaten die *Exclusionary Rule* ausgeschlossen würde, was weitere Folgen haben könnte, z.B. eine Erweiterung der Liste der schweren Straftaten und die willkürliche Anwendung von Zwangsmaßnahmen durch die Polizei.<sup>1164</sup> Deshalb wird die Grundannahme, dass die An-

<sup>1155</sup> *Kamisar*, (1987) 86 Mich. L. Rev. 17.

<sup>1156</sup> *Kamisar*, (1987) 86 Mich. L. Rev. 10.

<sup>1157</sup> *Kamisar*, (2003) 26 Harv. J. L. & Pub. Pol’y 131; *LeFrancois*, (1984) 53 U. Cin. L. Rev. 72; *Maclin*, (1994) 68 S. Cal. L. Rev. 44; *Bloom/Fentin*, (2010) 13 U. Pa. J. Const. L. 63. Vgl. auch *Stewart*, (1983) 83 Colum. L. Rev. 1394.

<sup>1158</sup> *Bloom/Fentin*, (2010) 13 U. Pa. J. Const. L. 63; *Maclin*, (1994) 68 S. Cal. L. Rev. 44; *Kamisar*, (2003) 26 Harv. J. L. & Pub. Pol’y 131.

<sup>1159</sup> *Kaplan*, (1974) 26 Stan. L. Rev. 1036.

<sup>1160</sup> *Kamisar*, (1987) 86 Mich. L. Rev. 12.

<sup>1161</sup> *Kamisar*, (1987) 86 Mich. L. Rev. 12.

<sup>1162</sup> *Kamisar*, (1987) 86 Mich. L. Rev. 12.

<sup>1163</sup> Vgl. *Kamisar*, (1987) 86 Mich. L. Rev. 13.

<sup>1164</sup> *Kamisar*, (1987) 86 Mich. L. Rev. 20–29. Vgl. auch *LaFave/Israel/King/Kerr*, *Criminal Procedure*, § 3.1(c).

wendung der *Exclusionary Rule* von der Schwere der Straftat abhängig ist, im Allgemeinen nicht vertreten.

Die Befürworter des *cost-benefit balancing* haben zwar gegen die oben dargelegten Befürchtungen argumentiert, doch in der Praxis zeichnet sich ab, dass die *Exclusionary Rule* nur eingeschränkt angewandt wird. Derzeit sind die beim *cost-benefit balancing* zu berücksichtigenden Kosten- und Nutzenfaktoren nicht mehr klar definiert. In wichtigen neuen Entscheidungen wurden die Kostenfaktoren erweitert und schließen nun die Kosten für die Verwaltungsbelastung, die Sicherheit der Polizei und die Vernichtung der Beweise ein.<sup>1165</sup> Im Vergleich zu den erheblichen sozialen Kosten erscheint der Abschreckungsnutzen wesentlich kleiner, was aus der Analyse von Richter *Scalia* bezüglich des Anreizes, der für die Polizei zur Begehung einer rechtswidrigen Handlung vorhanden ist, nicht klar hervorgeht.<sup>1166</sup> *Scalia* hat im *Hudson-Fall*<sup>1167</sup> die Bewertung des Abschreckungseffekts von der Stärke des Anreizes zur Begehung der verbotenen Handlung abhängig gemacht: Der Anreiz zum Verstoß gegen die *knock-and-announce-Regel* ist als geringer anzusehen als der zum Verstoß gegen den 4. Zusatzartikel.<sup>1168</sup> Somit wird der Abschreckungsnutzen einer flexiblen Analyse unterworfen.<sup>1169</sup> Dies trägt dazu bei, dass in jüngeren Entscheidungen aufgrund des *cost-benefit balancing* die *Exclusionary Rule* im Vergleich zu früheren Entscheidungen eingeschränkt angewandt wird. Gleichzeitig zeigt sich in jüngeren Entscheidungen eine dahingehende Tendenz, dass die *Exclusionary Rule* nur in bestimmten Fällen bezüglich des 4. Zusatzartikels angewandt wird, z.B. wenn sich die Polizei bewusst rechtswidrig verhält, relativ unerhebliche Straftaten verfolgt oder planmäßig Rechtsverletzungen begeht.<sup>1170</sup> Diese Tendenz kann anhand der im vorangehenden Abschnitt erwähnten statistisch belegten Feststellung, dass die *Exclusionary Rule* bevorzugt bei geringfügigen Straftaten angewandt wird, bestätigt werden. Daher lässt sich im US-amerikanischen Recht das Phänomen feststellen, dass immer wieder unter Verstoß gegen die Verfassung erlangte Beweise in das Verfahren eingeführt werden.<sup>1171</sup> Viele Rechtswissenschaftler in den USA haben diesbezüglich bereits die Vermutung geäußert, dass die Richter die *Exclusionary Rule* nur ungern anwenden, sie dabei an den äußersten Rand der logischen Argumentation gehen und immer wie-

<sup>1165</sup> *Bloom/Fentin*, (2010) 13 U. Pa. J. Const. L. 62.

<sup>1166</sup> *Bloom/Fentin*, (2010) 13 U. Pa. J. Const. L. 62.

<sup>1167</sup> Siehe oben Zweiter Teil, II.E.1.

<sup>1168</sup> *Bloom/Fentin*, (2010) 13 U. Pa. J. Const. L. 62.

<sup>1169</sup> *Bloom/Fentin*, (2010) 13 U. Pa. J. Const. L. 63.

<sup>1170</sup> *Re*, (2014) 127 Harv. L. Rev. 1898. Solche Vorgehensweisen wurden früher schon in der Literatur abgelehnt. Ein Grund dafür ist, dass die Öffentlichkeit häufig die Praxis des judiziellen Ermessens zugunsten des Beschuldigten nur schwer tolerieren kann. Siehe dazu *Allen*, (1961) 61 The Supreme Court Review 36. Bedauerlicherweise macht sich die Tendenz, die *Exclusionary Rule* nur in bestimmten Fällen bezüglich des 4. Zusatzartikels anzuwenden, aktuell in jüngeren Entscheidungen wieder bemerkbar.

<sup>1171</sup> *Bloom/Fentin*, (2010) 13 U. Pa. J. Const. L. 48.

der einen Weg finden, um problematische Beweise nicht auszuschließen.<sup>1172</sup> Mit dem *cost-benefit balancing* hat die amerikanische Rechtsprechung eine pragmatische Anwendung der *Exclusionary Rule* für den konkreten Fall entwickelt.<sup>1173</sup> Folglich ist das pragmatische Kriterium des *cost-benefit balancing* aufgrund der neuen Tendenzen in der Rechtsprechung dem Hauptzweck der *Exclusionary Rule* – die Polizei vor rechtswidrigem Handeln abzuschrecken – deutlich abträglich.

---

<sup>1172</sup> Vgl. *Kamisar*, (2003) 26 Harv. J. L. & Pub. Pol’y 132; *Bradley*, (2010) 73 Law & Contemp. Prob. 227; *Amar*, (1994) 107 Harv. L. Rev. 799; *Wasserstrom/Mertens*, (1984) 22 Am. Crim. L. Rev. 93, 112; *Daponde*, (1999) 30 McGeorge L. Rev. 1303 f.

<sup>1173</sup> Vgl. *Re*, (2014) 127 Harv. L. Rev. 1899; *Milhizer*, (2008) 39 U. Tol. L. Rev. 757.

### Dritter Teil

## Beweisverwertungsverbote in China

### I. Allgemeine Grundlagen

#### A. Historische Entwicklung

In der Geschichte Chinas sind Beweisverwertungsverbote seit jeher eng mit dem Instrument der Folter verbunden. Vor dem 20. Jahrhundert galt diese nicht nur im Strafprozess, sondern auch im Zivilprozess als zulässige Vernehmungsmethode, gelegentlich sogar als durchaus notwendiges Instrument zur Urteilsfindung.<sup>1</sup> Damals durfte zum Teil sogar schon bei der Zeugenvernehmung gefoltert werden.<sup>2</sup> Bereits in der Zeit der Westlichen *Zhou*-Dynastie (1046–771 v. Chr.) berichtet man von Folterungen bei der Vernehmung von Angeklagten.<sup>3</sup> Die Herrscher der Westlichen *Zhou*-Dynastie schrieben allerdings vor, dass die Aussagen des Angeklagten geprüft und durch Tatsachen bestätigt werden mussten, bevor sie als Beweise für die Urteilsfindung angenommen werden durften (察辞于差, 无简不听).<sup>4</sup> Die Vorgehensweise bei der Vernehmung in den Zeiten der *Zhou*-Dynastien (Westliche und Östliche *Zhou*-Dynastie) verlangte, dass der Vernehmende den Angeklagten zuerst über die Vor- und Nachteile seiner Aussagen aufklärte, ihn dann verhörte und ihn – wahrheitsgemäß – aussagen ließ.<sup>5</sup> Führt dies zu keinem Ergebnis, durfte

---

<sup>1</sup> Vgl. Song, Shijie/Chen, Guo, Lun feifa zhengjupaichu guize, in: He (Hrsg.), Zhengjuxue luntan, Band II, S. 257 (宋世杰/陈果, 论非法证据排除规则, 载于何家弘 主编, 证据学论坛 (第二卷), 第 257 页); Liu, Renwen/Liu, Zexin, Xingxun bigong: Yuanjia cuoan de zuikui huoshou, Yanhuang chungiu 2013, Heft 9, 79 (刘仁文/刘泽鑫, 刑讯逼供: 冤假错案的罪魁祸首, 炎黄春秋 2013 年第 9 期, 第 79 页).

<sup>2</sup> Song, Shijie/Chen, Guo, Lun feifa zhengju paichu guize, in: He (Hrsg.), Zhengjuxue luntan, Band II, S. 257 (宋世杰/陈果, 论非法证据排除规则, 载于何家弘 主编, 证据学论坛 (第二卷), 第 257 页).

<sup>3</sup> Liu, Renwen/Liu, Zexin, Xingxun bigong: Yuanjia cuoan de zuikui huoshou, Yanhuang chungiu 2013, Heft 9, 79 (刘仁文/刘泽鑫, 刑讯逼供: 冤假错案的罪魁祸首, 炎黄春秋 2013 年第 9 期, 第 79 页).

<sup>4</sup> Song, Shijie/Chen, Guo, Lun feifa zhengju paichu guize, in: He (Hrsg.), Zhengjuxue luntan, Band II, S. 256 (宋世杰/陈果, 论非法证据排除规则, 载于何家弘 主编, 证据学论坛 (第二卷), 第 256 页).

<sup>5</sup> Liu, Renwen/Liu, Zexin, Xingxun bigong: Yuanjia cuoan de zuikui huoshou, Yanhuang chungiu 2013, Heft 9, 79 (刘仁文/刘泽鑫, 刑讯逼供: 冤假错案的罪魁祸首, 炎黄春秋 2013 年第 9 期, 第 79 页).

Folter angewandt werden.<sup>6</sup> Dieser Gedanke hat auch die nachfolgenden Dynastien stark beeinflusst.<sup>7</sup> In den Dynastien von *Qin* bis *Qing* (221 v. Chr. bis 1911) wurde die Folter als Vernehmungsmethode nach und nach systematisch institutionalisiert.<sup>8</sup> Nicht selten formulierten die Herrscher auch Beschränkungen zur Ausübung der Folter. Z.B. wurde in der *Tang*-Dynastie genauer festgelegt, wie oft und wie lange der Angeklagte bei seiner Vernehmung Stockschlägen ausgesetzt werden durfte, um ihn davor zu schützen, dass er allein um sein Leben zu retten ein unwahres Geständnis ablegte.<sup>9</sup> In der Endzeit der *Qing*-Dynastie wurde die Folter dann so massiv missbraucht, dass der Ruf nach ihrer Abschaffung immer lauter wurde.<sup>10</sup> Die Republik China kam im Zuge ihrer Gründung diesem Ruf nach und schaffte durch eine Anordnung die Folter gänzlich ab.<sup>11</sup> 1935 wird in der Vorschrift über verbotene Vernehmungsmethoden in der damaligen StPO der Republik China geregelt:

Der Angeklagte soll auf ehrliche Weise vernommen werden; Gewalt, Drohung, Versprechen von Vorteilen, Täuschung und andere vorschriftswidrige Methoden dürfen nicht angewandt werden.

Diese Vorschrift sowie die StPO wurden nach der Niederschlagung der *Guomindang*-Partei im Bürgerkrieg und dem Auszug der Regierung der Republik China im Jahr 1949 auf die Insel Taiwan weiter beibehalten und gelten dort bis heute.

Nach der Gründung der Volksrepublik China am 1. Oktober 1949 hat die Kommunistische Partei das Verbot der Folter bei der Vernehmung als kriminalpolitisches und justizielles Prinzip festgeschrieben.<sup>12</sup> Während der Drei-Anti-Kampagne

<sup>6</sup> Liu, Renwen/Liu, Zexin, Xingxun bigong: Yuanjia cuoan de zuikui huoshou, Yanhuang chunqiu 2013, Heft 9, 79 (刘仁文/刘泽鑫, 刑讯逼供: 冤假错案的罪魁祸首, 炎黄春秋 2013 年第 9 期, 第 79 页).

<sup>7</sup> Liu, Renwen/Liu, Zexin, Xingxun bigong: Yuanjia cuoan de zuikui huoshou, Yanhuang chunqiu 2013, Heft 9, 79 (刘仁文/刘泽鑫, 刑讯逼供: 冤假错案的罪魁祸首, 炎黄春秋 2013 年第 9 期, 第 79 页).

<sup>8</sup> Song, Shijie/Chen, Guo, Lun feifa zhengju paichu guize, in: He (Hrsg.), Zhengjuxue luntan, Band II, S. 257 (宋世杰/陈果, 论非法证据排除规则, 载于何家弘 主编, 证据学论坛 (第二卷), 第 257 页).

<sup>9</sup> Liu, Renwen/Liu, Zexin, Xingxun bigong: Yuanjia cuoan de zuikui huoshou, Yanhuang chunqiu 2013, Heft 9, 79 f. (刘仁文/刘泽鑫, 刑讯逼供: 冤假错案的罪魁祸首, 炎黄春秋 2013 年第 9 期, 第 79, 80 页).

<sup>10</sup> Liu, Renwen/Liu, Zexin, Xingxun bigong: Yuanjia cuoan de zuikui huoshou, Yanhuang chunqiu 2013, Heft 9, 80 (刘仁文/刘泽鑫, 刑讯逼供: 冤假错案的罪魁祸首, 炎黄春秋 2013 年第 9 期, 第 80 页).

<sup>11</sup> Vgl. Song, Shijie/Chen, Guo, Lun feifa zhengju paichu guize, in: He (Hrsg.), Zhengjuxue luntan, Band II, S. 258 (宋世杰/陈果, 论非法证据排除规则, 载于何家弘 主编, 证据学论坛 (第二卷), 第 258 页); Liu, Renwen/Liu, Zexin, Xingxun bigong: Yuanjia cuoan de zuikui huoshou, Yanhuang chunqiu 2013, Heft 9, 80 (刘仁文/刘泽鑫, 刑讯逼供: 冤假错案的罪魁祸首, 炎黄春秋 2013 年第 9 期, 第 80 页).

<sup>12</sup> Liu, Renwen/Liu, Zexin, Xingxun bigong: Yuanjia cuoan de zuikui huoshou, Yanhuang chunqiu 2013, Heft 9, 80 (刘仁文/刘泽鑫, 刑讯逼供: 冤假错案的罪魁祸首, 炎黄春秋 2013 年第 9 期, 第 80 页).

und der Kulturrevolution wurde das Prinzip allerdings faktisch nicht eingehalten. Die Justizbehörden (Polizei, Staatsanwaltschaft und Gericht) wurden eliminiert. Folter wurde als legale Vernehmungsmethode auf dem gesamten Festland Chinas ausgeübt. Falsche und unwahre Zeugnisse wurden oft durch verschiedene Arten von Folter erpresst und gegen unzählige unschuldige Menschen verwertet. Hunderttausende kamen dabei ums Leben.<sup>13</sup> Es war eine Zeit der nationalen Tragödie.

Nach der Kulturrevolution wurden 1979 erste strafrechtliche Gesetze – das chinesische Strafgesetzbuch und die chinesische Strafprozessordnung – auf dem chinesischen Festland erlassen. Diese Strafprozessordnung formulierte deutlich das strenge Verbot, Geständnisse durch Folter zu erpressen und durch Drohung, Einlocken (z.B. durch das Versprechen von Vorteilen), Täuschung sowie durch andere illegale Methoden Beweise zu erheben. Jedoch fungierte das Folterverbot in den 1980er Jahren lediglich als rechtspolitische Propaganda.<sup>14</sup> Die Bestrebungen zur Kontrolle der Kriminalität überwogen bei Weitem die Sorge um den Schutz der Menschenrechte. Im Zuge der Propagandaaktion „Yanda“ („Hartes Durchgreifen“), die der Staat 1983 zur Unterdrückung von Kriminalität durchführte, wurden Angeklagte im Schnellverfahren zu schwersten Strafen verurteilt.<sup>15</sup> Die Folter blieb auch in diesem Umfeld weiter bestehen. 1990/91 führte der Staat eine zweite, 1996/97 die dritte „Yanda“-Kampagne durch.<sup>16</sup> Trotz einiger starker Anti-Folter-Kampagnen innerhalb des Polizeisystems wurde auch in den 1990er Jahren noch keine befriedigende Lösung für das Problem der Folter gefunden.<sup>17</sup>

Im Jahr 2000 erregte der Fall von *Du Peiwu* in den Medien und der Bevölkerung großes Aufsehen und sorgte für Unmut. Der Beschuldigte *Du Peiwu* hatte nach 31 Tagen als Resultat von Schlägen, Ermüdung und Folter ein „Geständnis“ abgelegt. Daraufhin wurde er 1999 wegen Mordes zur Todesstrafe auf Bewährung verurteilt. Etwa ein Jahr später räumten einige in Zusammenhang mit einem Raubüberfall Beschuldigte nach ihrer Verhaftung ein, auch den *Du Peiwu* zur Last gelegten Mord begangen zu haben. Im China des beginnenden 21. Jahrhunderts bildete dieser Fall den Anfang einer Serie der Aufdeckung von Fehlurteilen, die auf Folter beruhten. In den nachfolgenden Jahren gelangten einige weitere Fälle, z.B.

<sup>13</sup> Liu, Renwen/Liu, Zexin, Xingxun bigong: Yuanjia cuoan de zuikui huoshou, Yanhuang chunqiu 2013, Heft 9, 80 (刘仁文/刘泽鑫, 刑讯逼供: 冤假错案的罪魁祸首, 炎黄春秋 2013 年第 9 期, 第 80 页).

<sup>14</sup> Chen, Ruchao, Xingxun bigong de guojia zhili: 1979–2013, Zhongguo faxue 2014, Heft 5, 7 f. (陈如超, 刑讯逼供的国家治理: 1979–2013, 中国法学 2014 年第 5 期, 第 7, 8 页).

<sup>15</sup> Chen, Ruchao, Xingxun bigong de guojia zhili: 1979–2013, Zhongguo faxue 2014, Heft 5, 7 (陈如超, 刑讯逼供的国家治理: 1979–2013, 中国法学 2014 年第 5 期, 第 7 页).

<sup>16</sup> Chen, Ruchao, Xingxun bigong de guojia zhili: 1979–2013, Zhongguo faxue 2014, Heft 5, 8 (陈如超, 刑讯逼供的国家治理: 1979–2013, 中国法学 2014 年第 5 期, 第 8 页).

<sup>17</sup> Chen, Ruchao, Xingxun bigong de guojia zhili: 1979–2013, Zhongguo faxue 2014, Heft 5, 8–11 (陈如超, 刑讯逼供的国家治理: 1979–2013, 中国法学 2014 年第 5 期, 第 8–11 页).



der Fall von *She Xianglin* und der Fall von *Zhao Zuohai*, in die Medien, weil entweder die wahren Täter wegen einer anderen Straftat festgenommen werden konnten oder die „Getöteten“ wieder auftauchten. Eine traurige Gemeinsamkeit haben alle diese Fälle: Die ursprünglich Beschuldigten legten ihre Geständnisse unter extremer Folter ab. Bis heute gibt es immer noch hin und wieder Presseberichte über solche Fälle: Einer davon betrifft den Fall von *Nie Shubin*, der 1995 wegen angeblicher Vergewaltigung und wegen Mordes hingerichtet wurde. Nach der Festnahme des wahren Täters viele Jahre später wurde *Nie* 2016 freigesprochen. 2014 wurde ein ganz ähnlicher Fall entdeckt. Der damals 18-jährige „Täter“ *Huge Jiletu* war 1996 hingerichtet worden. 2014 wurde das abgeschlossene Verfahren wiederaufgenommen und *Huge Jiletu* freigesprochen.

Durch die Fälle der Hinrichtung Unschuldiger geriet die Justiz, insbesondere die Polizei, unter scharfe Kritik.<sup>18</sup> Bereits 2010 wurden zwei Verordnungen bezüglich der Beweiswürdigung im Fall der Todesstrafe und bezüglich der Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren erlassen. 2012 wurde dann die chinesische Strafprozessordnung<sup>19</sup> revidiert, in die die Verordnungen von 2010 und viele andere Vorschriften bezüglich der Beweise aufgenommen wurden.

In der Literatur beschäftigte man sich erst gegen Ende der 1990er Jahre mit der Problematik der Beweisverwertungsverbote. Dabei beschränkten sich die Diskussionen im Wesentlichen auf die verbotenen Methoden bei der Beschuldigtenvernehmung.<sup>20</sup> Untersuchungen zu Themen, die in Deutschland und in den USA längst diskutiert werden, beispielsweise zu Beweisverwertungsverboten bezüglich der Zeugenvernehmung, der körperlichen Untersuchung oder der Telekommunikationsüberwachung, finden in China immer noch wenig oder gar keine Beachtung.

## B. Prozessmodell

Der chinesische Strafprozess folgt der inquisitorischen Tradition, obwohl in den vergangenen 20 Jahren unter dem Einfluss des anglo-amerikanischen Rechts neue Elemente aus dem Parteiprozess eingeführt wurden.<sup>21</sup> Der chinesische Strafprozess lässt sich eher als inquisitorisches System unter dem Deckmantel des akkusatorischen Verfahrens bezeichnen.<sup>22</sup> In mancher Hinsicht entspricht das chinesische Strafverfahren allerdings nicht einmal dem modernen Standard des Inquisitionsverfahrens, was umso bedenklicher erscheint. Die traditionelle Wahrheitspflicht bei

---

<sup>18</sup> Vgl. *Lewis*, (2011) 43 N. Y. U. J. Int'l L. & Pol. 668–676.

<sup>19</sup> Die englische Version ist abrufbar unter <http://www.lawinfochina.com/display.aspx?lib=law&id=9247&CGid=#menu14> [Stand: 15.07.2018].

<sup>20</sup> Vgl. *Zhang, Jianwei*, Feifa zhengju yuanhe nan yi paichu, *Tsinghua Law Journal* 2012, Heft 3, 59 (张健伟, 非法证据缘何难以排除, 清华法学 2012 年第 3 期, 第 59 页).

<sup>21</sup> Z.B. wurde 1996 das Kreuzverhör in die chinesische Strafprozessordnung eingeführt.

<sup>22</sup> *Lewis*, (2011) 43 N. Y. U. J. Int'l L. & Pol. 652.

der Aussage im Strafprozess gilt für den Beschuldigten bis heute.<sup>23</sup> Das Gericht, die Staatsanwaltschaft und die Polizei haben nach § 7 chStPO vom Gesetzgeber definierte aufgeteilte Zuständigkeiten, sie sollen sich koordinieren und gegenseitig einschränken. Die gegenseitigen Einschränkungen zeigen sich in der Praxis aber kaum; es gibt im Gegenteil Ansätze für mehr Koordination zwischen diesen drei Justizorganen.<sup>24</sup> Daher wird oft gesagt, dass der chinesische Strafprozess unter das Modell „Fließband“ fällt.<sup>25</sup>

Neben der chinesischen Strafprozessordnung sind die Erklärungen der Justizorgane, z.B. des Obersten Volksgerichtshofs, der Obersten Volksstaatsanwaltschaft oder des Ministeriums für Öffentliche Sicherheit, ein wichtiger Bestandteil der Rechtsquellen des chinesischen Strafverfahrensrechts. Der chinesische Gesetzgeber schreibt in der Strafprozessordnung nicht alle Maßnahmen detailliert vor, sondern legt meist nur Rahmenvorschriften fest. Die Justizorgane können durch ihre Erklärungen die Maßnahmen, für die sie zuständig sind, innerhalb der Rahmenvorschriften genauer regeln. Diese Erklärungen sollen ähnlich wie die Strafprozessordnung in der Praxis auch beachtet werden.

Der chinesische Strafprozess befasst sich mit relativ schweren Vergehen oder Verbrechen. Im deutschen oder US-amerikanischen Recht als Straftaten bezeichnete und von der Polizei oder der Öffentlichkeit als geringfügig angesehene Verfehlungen, z.B. Ladendiebstahl, sind nach chinesischem Recht lediglich Ordnungswidrigkeiten. Der Strafprozess beginnt im Allgemeinen mit einer Strafanzeige bei der Polizei, der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht oder wenn diese bei ihren dienstlichen Tätigkeiten eine Straftat aufdecken.<sup>26</sup> Die Staatsanwaltschaft hat nach § 18 chStPO darüber hinaus Ermittlungsbefugnisse bei Korruption, Bestechung und Bestechlichkeit, Pflichtverletzung im Amt und Verletzung der persönlichen Rechte eines Bürgers durch Beamte, z.B. durch illegale Inhaftierung und Folter. Die Staatsanwaltschaft selbst ist nicht „Herrin des Ermittlungsverfahrens“; diese Rolle übernimmt im Wesentlichen die Polizei.

Der Ablauf eines chinesischen Strafprozesses ist in den meisten Fällen wie folgt: Auf eine Anzeige hin oder nach der Entdeckung einer Straftat beginnt die Polizei den Prozess mit der förmlichen Einleitung des Verfahrens. Die Ermittlung wird z.B. durch Befragung, Augenscheinseinnahme, Durchsuchung oder sonstige Maßnahmen vorgenommen. Wenn die Polizei während der Ermittlung den Verdächtigen identifiziert hat, kann sie ihn zur Vernehmung laden oder zwangsweise vorführen lassen; diese Vernehmung oder zwangsweise Vorführung darf nicht länger

---

<sup>23</sup> Nach § 118 chStPO soll der Beschuldigte auf die Fragen der Ermittler wahrheitsgemäß antworten.

<sup>24</sup> Vgl. Lewis, (2011) 43 N. Y. U. J. Int'l L. & Pol. 689 f.

<sup>25</sup> Xiong, QiuHong, Yuanan fangfan yu quanli baozhang, Legal Forum 2010, Heft 4, 35 (熊秋红, 冤案防范与权利保障, 法学论坛 2010 年第 4 期, 第 35 页).

<sup>26</sup> Vgl. § 108 chStPO.

als 12 Stunden andauern, bei schweren Straftaten nicht über 24 Stunden.<sup>27</sup> Die Polizei kann eine Person, die auf frischer Tat angetroffen wird oder dringend verdächtig ist, vorläufig festnehmen (拘留), wenn z.B. Fluchtgefahr oder die Gefahr der Vernichtung von Beweisen besteht.<sup>28</sup> Nach der Festnahme wird der Verdächtige ins Untersuchungsgefängnis eingewiesen, in dem er innerhalb von 24 Stunden von der Polizei vernommen werden soll.<sup>29</sup> Im Normalfall kann die Polizei innerhalb von drei Tagen nach der vorläufigen Festnahme bei der Staatsanwaltschaft einen Haftbefehl beantragen, falls Beweise für die Straftat vorliegen und für den Beschuldigten Freiheitsstrafe droht und falls die Auferlegung einer Sicherheitsleistung eventuelle Gefahren für die Gesellschaft, z.B. Fluchtgefahr oder Vernichtung von Beweismitteln, nicht verhindern kann.<sup>30</sup> In dieser Phase kann der Staatsanwalt den Verdächtigen vernehmen. Nach der Verhaftung des Verdächtigen (逮捕) darf die Ermittlung in der Regel nicht länger als zwei Monate dauern.<sup>31</sup> Bei Abschluss der Ermittlung soll der Sachverhalt aufgeklärt sein, Beweise sollen verlässlich und ausreichend vorliegen.<sup>32</sup>

Die Akten werden dann zur Prüfung sowie zur Anklageerhebung an die Staatsanwaltschaft weitergeleitet. Dabei soll der Staatsanwalt den Beschuldigten und das Tatopfer vernehmen. Die Staatsanwaltschaft kann nach der Prüfung die Sache bis zu zweimal für ergänzende Ermittlungen an die Polizei zurückverweisen. Befindet die Staatsanwaltschaft nach zweimaligen ergänzenden Ermittlungen, dass nicht genügend Beweise vorliegen und die Voraussetzungen für die Erhebung einer öffentlichen Klage nicht erfüllt sind, muss sie das Verfahren einstellen.

Wenn Anklage zu erheben ist, hat die Staatsanwaltschaft sämtliche Akten dem Gericht vorzulegen. Der Spruchkörper kann entweder allein aus Berufsrichtern oder aus Berufs- und Laienrichtern bestehen. Der Laienrichter spielt in der Praxis allerdings keine bedeutende Rolle und leistet den Anweisungen des Vorsitzenden Folge. Im Hauptverfahren können der Staatsanwalt und der Verteidiger die Einführung bestimmter Beweise oder die Vernehmung von Zeugen beantragen.<sup>33</sup> Beide Seiten dürfen auch die Zeugen befragen und über die Tatsachen und Beweise debattieren.<sup>34</sup> Die Beweislast für die Schuld des Angeklagten liegt beim Staatsanwalt.<sup>35</sup> Jedoch kann das Gericht bei Zweifeln Staatsanwalt und Verteidiger auffordern, die Beweise zu ergänzen oder näher zu erklären; bei Bedarf kann das

---

<sup>27</sup> Vgl. § 117 chStPO.

<sup>28</sup> Vgl. § 80 chStPO.

<sup>29</sup> § 84 chStPO.

<sup>30</sup> § 79 chStPO.

<sup>31</sup> § 154 chStPO.

<sup>32</sup> § 160 chStPO.

<sup>33</sup> § 202 der Erklärungen des Obersten Volksgerichtshofs zur chinesischen StPO.

<sup>34</sup> §§ 189 und 193 chStPO.

<sup>35</sup> § 49 chStPO.

Gericht die Hauptverhandlung einstellen, um die Beweise zu prüfen.<sup>36</sup> In der Hauptverhandlung spielt das Gericht dann eine entscheidende Rolle bei der Beweisaufnahme. Das Kreuzverhör und die Auseinandersetzung zwischen Staatsanwalt und Verteidiger finden in den meisten Fällen nicht den gesetzlichen Regelungen gemäß statt. Nach den Schlussvorträgen zieht sich das Gericht, das sowohl über die Schuld als auch über die Strafe urteilen kann, zurück zur Beratung. Die Verurteilung setzt voraus, dass die Tatsachen klar ermittelt werden, die Beweise verlässlich und ausreichend sind und dass die durch Beweise festgestellten Tatsachen jeden vernünftigen Zweifel ausschließen.<sup>37</sup> In der Praxis endet die überwiegende Zahl der Fälle nach der Hauptverhandlung mit der Verurteilung; nur in etwa 0,19 % der Fälle erfolgt Freispruch.<sup>38</sup>

Beweisverwertungsverbote können sowohl im Vorverfahren als auch im Hauptverfahren von Amts wegen oder auf Anzeige, Rüge oder Antrag hin angenommen werden.<sup>39</sup> Im gesamten Verfahren gilt das Prinzip der Objektivität, nach dem Richter, Staatsanwalt und Ermittlungspersonen sowohl belastende als auch entlastende Beweise zu erheben haben.<sup>40</sup>

Im Vorverfahren hat die Polizei Beweise auszuschließen, wenn während der Ermittlung entdeckt wird, dass die Beweise einem Verwertungsverbot unterliegen. Der Ausschluss geschieht mit einer Bewilligung durch den Leiter der Polizei auf Kreisebene oder einer höheren Instanz.<sup>41</sup> Die auszuschließenden Beweise dürfen nicht bei der Beantragung eines Haftbefehls oder bei der Vorlage zur Prüfung einer Anklage sowie zur Anklageerhebung verwendet werden.<sup>42</sup> Da die Staatsanwaltschaft während des gesamten Strafverfahrens die Rechtsaufsicht innehat und angesichts ihrer Objektivitätspflicht die Überführung des Beschuldigten nicht das einzige Ziel ihrer Arbeit ist, hat sie von Amts wegen auf illegale Weise erlangte Be-

---

<sup>36</sup> § 191 chStPO und § 220 der Erklärungen des Obersten Volksgerichtshofs zur chinesischen StPO.

<sup>37</sup> § 53 chStPO. Dabei ist zu bemerken, dass der alte Standard der Verurteilung erhalten bleibt, nämlich, dass die Beweise verlässlich und ausreichend sein müssen. Der Gesetzgeber hat 2012 einige Sätze in § 53 chStPO eingefügt, damit der Standard besser in der Praxis angewandt werden kann. Nach den Erklärungen des Gesetzgebers ist der Standard dann gewahrt, wenn kein vernünftiger Zweifel besteht und hinreichende richterliche Überzeugung gewonnen wird. Vgl. auch Rechtsausschuss des Ständigen Komitees des Nationalen Volkskongresses (Hrsg.), *Zhonghua renmin gongheguo xingshi susong fa shiyi ji shiyong zhinan*, S. 123 (全国人大常委会法工委 编, 中华人民共和国刑事诉讼法释义及实用指南, 中国民主法制出版社 2012 年, 第 123 页).

<sup>38</sup> *Lewis*, (2011) 43 N. Y. U. J. Int'l L. & Pol. 691.

<sup>39</sup> §§ 54, 55 und 56 chStPO.

<sup>40</sup> § 50 chStPO.

<sup>41</sup> § 67 der Erklärungen des Ministeriums für Öffentliche Sicherheit zur chinesischen StPO.

<sup>42</sup> § 67 der Erklärungen des Ministeriums für Öffentliche Sicherheit zur chinesischen StPO.

weise auszuschließen.<sup>43</sup> Wenn die Staatsanwaltschaft im Vorverfahren feststellt, dass die Ermittlungspersonen Beweise auf illegale Weise erhoben haben, hat nach einer Bewilligung des Generalstaatsanwalts eine Untersuchung darüber stattzufinden.<sup>44</sup> Ergibt sich daraus, dass eine illegale Beweiserhebung vorliegt, dürfen die so erlangten Beweise nicht als Grundlage für die Anklageerhebung verwendet werden; sie sind jedoch mit sämtlichen Akten dem Gericht zu übergeben.<sup>45</sup> Der Beschuldigte oder sein Verteidiger kann außerdem bei der Staatsanwaltschaft Anzeige oder Rüge erstatten, dass die Ermittlungspersonen bei der Beweiserhebung auf illegale Weise vorgegangen sind.<sup>46</sup> In einigen Städten oder Provinzen gibt es sogar entsprechende interne Regelungen der Staatsanwaltschaft, nach denen der Beschuldigte von der Staatsanwaltschaft eine Belehrung über das Recht auf einen Antrag zum Beweisausschluss erhalten muss.<sup>47</sup>

Im Hauptverfahren teilt das Gericht mit der Übersendung der Abschrift der Anklageschrift dem Angeklagten und seinem Verteidiger mit, dass vor der Hauptverhandlung der Ausschluss der illegal erlangten Beweise beantragt werden darf.<sup>48</sup> Um den Beweisausschluss und einige andere prozessuale Fragen zu behandeln, kann das Gericht vor der Hauptverhandlung eine Konferenz veranlassen.<sup>49</sup> Der Angeklagte und sein Verteidiger können in der Hauptverhandlung auch dann noch den Ausschluss von Beweisen beantragen, wenn sich erst während der Hauptverhandlung Hinweise auf die Notwendigkeit eines Beweisausschlusses herausstellen.<sup>50</sup> In diesem Fall soll das Gericht vor Abschluss der Beweisaufnahme eine Untersuchung über die Rechtmäßigkeit der Beweiserhebung vornehmen.<sup>51</sup> Wenn der Angeklagte oder sein Verteidiger schon vor der Hauptverhandlung die illegale Beweiserhebung entdeckt, aber erst in der Hauptverhandlung den Ausschluss der

---

<sup>43</sup> *Chen, Guangzhong*, Xingshi zhengju zhidu gaige ruogan lilun yu shijian wenti zhi tantao, *Zhongguo faxue* 2010, Heft 6, 14 (陈光中, 刑事证据制度改革若干理论与实践之探讨, 中国法学 2010 年第 6 期, 第 14 页). Vgl. auch *Huang, Yong*, Xingshi zhengju zhidu: cong luoji guize xiang chengxu guize de yanjin, *Evidence Science* 2012, Heft 4, 418 (黄永, 刑事证据制度: 从逻辑规则向程序规则的演进, 证据科学 2012 年第 4 期, 第 418 页).

<sup>44</sup> § 68 der Erklärungen der Obersten Volksstaatsanwaltschaft zur chinesischen StPO.

<sup>45</sup> §§ 65, 71 der Erklärungen der Obersten Volksstaatsanwaltschaft zur chinesischen StPO.

<sup>46</sup> § 55 chStPO und § 68 der Erklärungen der Obersten Volksstaatsanwaltschaft zur chinesischen StPO.

<sup>47</sup> *Chen, Guangzhong/Guo, Zhiyuan*, Feifa zhengju paichu guize shishi ruogan wenti yanjiu, *Faxue zazhi* 2014, Heft 9, 11 (陈光中/郭志媛, 非法证据排除规则实施若干问题研究, 法学杂志 2014 年第 9 期, 第 11 页).

<sup>48</sup> § 97 der Erklärungen des Obersten Volksgerichtshofs zur chinesischen StPO.

<sup>49</sup> § 182 chStPO.

<sup>50</sup> § 97 der Erklärungen des Obersten Volksgerichtshofs zur chinesischen StPO.

<sup>51</sup> § 100 der Erklärungen des Obersten Volksgerichtshofs zur chinesischen StPO.

Beweise beantragt hat, kann das Gericht vor Abschluss der Beweisaufnahme entscheiden, ob eine nähere Untersuchung vorzunehmen ist.<sup>52</sup>

Faktisch stellt sich der Beweisausschluss im chinesischen Strafverfahren nach allgemeiner Beurteilung allerdings wesentlich anders dar. In einer Anfrage bei einem Gericht ergab sich, dass nur in 4 von 745 Fällen, die innerhalb eines halben Jahres verhandelt worden waren, die Vorschriften bezüglich der Beweisverwertungsverbote angewandt wurden.<sup>53</sup> Dies bedeutet nicht, dass es unter diesen 745 Fällen nur wenige illegale Beweiserhebungen gab. Das Problem der illegalen Beweiserhebung existiert in der Praxis durchaus, aber die meisten Fälle der illegalen Beweiserhebung haben in der Praxis keinen Beweisausschluss zur Folge. Die Tatsache, dass die Beweisverwertungsverbote in der Praxis kaum angewandt werden, hat *Zhang Jun*, Vizepräsident des Obersten Volksgerichtshofs, ebenfalls eingeräumt.<sup>54</sup> Die Ursachen dafür sind vielfältig:

Das chinesische Strafverfahren ist stark von der Suche nach der absoluten materiellen Wahrheit geprägt und vom Formalismus beherrscht sowie davon, dass das Gericht politisch nicht unabhängig ist.

Das Primat der absoluten materiellen Wahrheit hängt eng mit dem Charakter des inquisitorischen Strafverfahrens in China zusammen. Die Gestaltung des chinesischen Strafverfahrens zielt auf Unterdrückung der Kriminalität. Vor diesem Hintergrund liegt der Schwerpunkt des chinesischen Strafverfahrens auf der Ermittlung der materiellen Wahrheit und der Bestrafung von Straftaten. Viele andere Werte im Strafverfahren erscheinen in der Praxis vergleichsweise untergeordnet bzw. weniger hochgeschätzt, so dass das chinesische Strafverfahren im Wesentlichen Wahrheitsforschung um jeden Preis zu betreiben scheint.

Es fehlt in der Praxis des Strafverfahrens vor allem eine gegenseitige Einschränkung von Polizei, Staatsanwaltschaft und Gericht; beim Zusammenwirken dieser drei Justizorgane geht es hauptsächlich darum, zu einer Verurteilung des Beschuldigten zu gelangen.<sup>55</sup> Ist ein Verdächtiger erst einmal verhaftet, endet der Prozess, wie schon erwähnt, höchstwahrscheinlich mit einer Verurteilung. Das gemeinsame

<sup>52</sup> § 100 der Erklärungen des Obersten Volksgerichtshofs zur chinesischen StPO.

<sup>53</sup> *Li, Hailiang*, Feifa zhengju paichu guize shiyong qingkuang zhi shizheng yanjiu, *Zhongguo xingshifa zazhi* 2013, Heft 11, 104 (李海良, 非法证据排除规则适用情况之实证研究, *中国刑事法杂志* 2013 第 11 期, 第 104 页).

<sup>54</sup> *Zhang, Jianwei*, Feifa zhengju yuanhe nanyi paichu, *Tsinghua Law Journal* 2012, Heft 3, 63 (张健伟, 非法证据缘何难以排除, *清华法学* 2012 年第 3 期, 第 63 页).

<sup>55</sup> Vgl. *Xiong, Qiuhong*, Yuanan fangfan yu quanli baozhang, *Legal Forum* 2010, Heft 4, 35 (熊秋红, 冤案防范与权利保障, *法学论坛* 2010 年第 4 期, 第 35 页); *Li, Hailiang*, Feifa zhengju paichu guize shiyong qingkuang zhi shizheng yanjiu, *Zhongguo xingshifa zazhi* 2013, Heft 11, 105 (李海良, 非法证据排除规则适用情况之实证研究, *中国刑事法杂志* 2013 第 11 期, 第 105 页); *Pan, Liping*, Woguo xingshi soucha qidong chengxu wenti yanjiu, *Shehui kexue yanjiu* 2004, Heft 5, 94 (潘利平, 我国刑事搜查启动程序问题研究, *社会科学研究* 2004 年第 5 期, 第 94 页).

Ziel der drei Justizorgane lässt schwerlich ein Verwertungsverbot zu, da dies der Überführung des Beschuldigten in der Regel ja gerade entgegengesetzt wäre. Es gestaltet sich insbesondere für die Staatsanwaltschaft schwierig, die Arbeit der Polizei mit Beweisverwertungsverboten auszuhebeln.<sup>56</sup> Die Gründe dafür sind nicht nur das eigentliche Prozessziel, nämlich die Überführung des Beschuldigten, sondern auch der Druck auf die Polizei von Seiten des Komitees für Politik und Recht oder anderer Organe.<sup>57</sup> Auch die gesetzlichen Fristen für eine Untersuchung setzen die Polizei unter Druck. Die Staatsanwaltschaft dient eher als Brücke zwischen polizeilicher Ermittlung und Hauptverhandlung statt als Raster.<sup>58</sup> Ähnliches gilt für das Gericht, das faktisch die Arbeit der Polizei sowie der Staatsanwaltschaft lediglich zu bestätigen hat.<sup>59</sup>

Unter dem Drang der absoluten materiellen Wahrheitssuche wagt es die Staatsanwaltschaft meist erst dann, die Beweisverwertungsverbote anzuerkennen, wenn der Verdächtige erwiesenermaßen kein Straftäter ist und es um einen falschen Verdacht sowie um Folter mit schweren Folgen für den Vernommenen geht.<sup>60</sup> Wenn keine schweren Folgen der Folter ersichtlich sind oder der gefolterte Verdächtige sehr wahrscheinlich der Täter ist, schließt die Staatsanwaltschaft normalerweise die so erhobenen Beweise nicht aus.<sup>61</sup> Das Gericht veranlasst eine Untersuchung zur Rechtmäßigkeit der Beweiserhebung in den meisten Fällen erst dann, wenn die betreffenden Beweise die Urteilsfindung ausschlaggebend beeinflussen können.<sup>62</sup>

Die Bedeutung der Suche nach absoluter materieller Wahrheit lässt sich außerdem daran ablesen, dass sich chinesische Gerichte im Wesentlichen mit der materiellen Beweiskraft beschäftigen. Es gibt genügend Regelungen von oberen Gerichten bezüglich der Bewertung der Beweiskraft, um die Willkür des Richters bei der Beweisverwertung zu vermeiden.<sup>63</sup> Jedoch erhalten die Beweisverwertungsverbote, die die Rechtmäßigkeit der Beweiserhebung betreffen und der Justizförmigkeit des Strafverfahrens dienen, in der Rechtsprechung kaum oder sogar überhaupt keine

---

<sup>56</sup> Vgl. Wang, Chao, Feifa zhengju paichu guize de xuzhihua yinyou yu youhua gaige, Faxue zazhi 2013, Heft 12, 101 f. (王超, 非法证据排除规则的虚置化隐忧与优化改革, 法学杂志 2013 年第 12 期, 第 101, 102 页).

<sup>57</sup> Lewis, (2011) 43 N. Y. U. J. Int'l L. & Pol. 670 f.

<sup>58</sup> Lewis, (2011) 43 N. Y. U. J. Int'l L. & Pol. 652 f.

<sup>59</sup> Vgl. Xiong, Qihong, Yuanan fangfan yu quanli baozhang, Legal Forum 2010, Heft 4, 35 (熊秋红, 冤案防范与权利保障, 法学论坛 2010 年第 4 期, 第 35 页).

<sup>60</sup> Vgl. Wu, Danhong, Juese, Qingjin yu shehui rongren, Peking University Law Journal 2006, Heft 2, 159 (吴丹红, 角色, 情境与社会容忍, 中外法学 2006 年第 2 期, 第 159 页).

<sup>61</sup> Wu, Danhong, Juese, Qingjin yu shehui rongren, Peking University Law Journal 2006, Heft 2, 159 (吴丹红, 角色, 情境与社会容忍, 中外法学 2006 年第 2 期, 第 159 页).

<sup>62</sup> Du, Yusu, Feifa zhengju paichu shenli chengxu de kunjing yu wanshan, Falu kexue 2013, Heft 6, 186 (杜豫苏, 非法证据排除审理的困境与完善, 法律科学 2013 年第 6 期, 第 186 页).

<sup>63</sup> Guo, Song, Feifa zhengju weihe nanyi youxiao paichu, Legal Forum 2012, Heft 4, 120 (郭松, 非法证据为何难以有效排除, 法学论坛 2012 年第 4 期, 第 120 页).

Aufmerksamkeit.<sup>64</sup> Die übliche Rechtsprechung in China erörtert die Beweisverwertungsverbote äußerst selten, und wenn doch, dann nur in summarischen Sätzen über die Verwertbarkeit der Beweise.<sup>65</sup>

Das chinesische Strafverfahren wird außerdem weitgehend vom Formalismus beherrscht, der den Ermessensspielraum der Rechtsanwender einschränkt. Dies lässt sich anhand zweier Beispiele zeigen: zum einen an der Bewertung der Arbeit der Polizei, der Staatsanwaltschaft und des Gerichts anhand von Fallaufklärungs-, Verhaftungs-, Verfahrenseinstellungs- und Zurückverweisungsquoten. Diese bürokratischen und mechanistischen Bewertungen erschweren die Anwendung der Beweisverwertungsverbote.<sup>66</sup> Wenn eine Strafsache wegen eines Beweisverwertungsverbots eingestellt oder vom oberen Gericht zurückverwiesen wird, stellt dies ein schlechtes Zeugnis aus für die Arbeit der Polizei, der Staatsanwaltschaft oder des Gerichts. Zum anderen muss bei Gericht eine Überführung aufgrund von Beweisen unbedingt bestimmten Regeln folgen.<sup>67</sup> Für die Überführung wird wegen des herrschenden Formalismus eine bestimmte Menge von Beweisen, die sich inhaltlich decken oder ähnlich sind, verlangt, damit auf ein bestimmtes Beweisergebnis geschlossen werden kann.<sup>68</sup> Solche Anforderungen sind in Form der als „Bestätigung“ bezeichneten Beweispraxis repräsentativ für die Arbeitsweise der chinesischen Gerichte.<sup>69</sup> Ohne dass ein Geständnis vorliegt, wagt es der Richter nur sehr

<sup>64</sup> Guo, Song, Feifa zhengju weihe nanyi youxiao paichu, Legal Forum 2012, Heft 4, 120 (郭松, 非法证据为何难以有效排除, 法学论坛 2012 年第 4 期, 第 120 页).

<sup>65</sup> Z.B. nach Chen, Guangzhong/Guo, Zhiyuan, Feifa zhengju paichu guize shishi ruogan wenti yanjiu, Faxue zazhi 2014, Heft 9, 15 (陈光中/郭志媛, 非法证据排除规则实施若干问题研究, 法学杂志 2014 年第 9 期, 第 15 页) wird in einem Urteil Folgendes angegeben: Auf Antrag des Verteidigers hat das Gericht eine Untersuchung bezüglich der Beweisverwertungsverbote veranlasst; die Untersuchung hat ergeben, dass die Beweise auf legale Weise erlangt wurden. Siehe Chen, Guangzhong/Guo, Zhiyuan, Feifa zhengju paichu guize shishi ruogan wenti yanjiu, Faxue zazhi 2014, Heft 9, 15 (陈光中/郭志媛, 非法证据排除规则实施若干问题研究, 法学杂志 2014 年第 9 期, 第 15 页). Ähnlich Du, Yusu, Feifa zhengju paichu shenli chengxu de kunjing yu wanshan, Falu kexue 2013, Heft 6, 185 (杜豫苏, 非法证据排除审理的困境与完善, 法律科学 2013 年第 6 期, 第 185 页).

<sup>66</sup> Li, Hailiang, Feifa zhengju paichu guize shiyong qingkuang zhi shizheng yanjiu, Zhongguo xingshifa zazhi 2013, Heft 11, 105 (李海良, 非法证据排除规则适用情况之实证研究, 中国刑事法杂志 2013 年第 11 期, 第 105 页); Chen, Ruihua, Sifa shencha de wutuobang, Zhongguo falupinglun 2014, Heft 2, 37 (陈瑞华, 司法审查的乌托邦, 中国法律评论 2014 年第 2 期, 第 37 页); Lin, Xinfen, Lun woguo shencha daibu jieduan de feifa zhengju paichu wenti, Dangdai faxue 2013, Heft 6, 88 (林喜芬, 论我国审查逮捕阶段的非法证据排除问题, 当代法学 2013 年第 6 期, 第 88 页); Lewis, (2011) 43 N. Y. U. J. Int'l L. & Pol. 692.

<sup>67</sup> Guo, Song, Feifa zhengju weihe nanyi youxiao paichu, Legal Forum 2012, Heft 4, 117 (郭松, 非法证据为何难以有效排除, 法学论坛 2012 年第 4 期, 第 117 页).

<sup>68</sup> Guo, Song, Feifa zhengju weihe nanyi youxiao paichu, Legal Forum 2012, Heft 4, 117 (郭松, 非法证据为何难以有效排除, 法学论坛 2012 年第 4 期, 第 117 页).

<sup>69</sup> Guo, Song, Feifa zhengju weihe nanyi youxiao paichu, Legal Forum 2012, Heft 4, 117 (郭松, 非法证据为何难以有效排除, 法学论坛 2012 年第 4 期, 第 117 页);



selten, sich auf die Überführung eines Beschuldigten festzulegen. Dieses Vorgehen trägt dazu bei, dass auch problematische Beweise, insbesondere illegal erlangte Geständnisse, möglichst verwertet werden.<sup>70</sup>

Das letzte Problem, welches verhindert, dass Beweisverwertungsverbote in China wirksam werden, betrifft die allgemein anerkannte Tatsache, dass die Gerichte nicht unabhängig sind.<sup>71</sup> Die Stellung des Gerichts im chinesischen Strafverfahren ist ausgesprochen schwach.<sup>72</sup> Im Vergleich zu den Gerichten haben Polizei und Staatsanwaltschaft entschieden mehr Macht. Historisch ist dies vor allem auf den Umgang mit Konterrevolutionären zur Zeit *Maos* zurückzuführen.<sup>73</sup> Die Gerichte unterliegen der Weisung der Kommunistischen Partei und darüber hinaus auch der Rechtsaufsicht der Staatsanwaltschaft, die nach §§ 8, 203, 243 Abs. 3 chStPO befugt ist, den Gerichten rechtliche Hinweise auf ein zu korrigierendes Verhalten im Hauptverfahren zu geben, obwohl diese Rechtsaufsicht in der Praxis nur begrenzte Wirkung hat.<sup>74</sup> Laut § 187 chStPO sind Polizeibeamte, die während ihres Dienstes Zeugen einer Straftat wurden, als Zeugen zum Erscheinen in der Hauptverhandlung verpflichtet.<sup>75</sup> Das Gericht hat aber keine Sanktionsmöglichkeit, wenn diese Beamten in der Hauptverhandlung nicht erscheinen.<sup>76</sup> Polizeibeamte sind privilegierte Zeugen; es genügt eine einfache Erklärung, dass sie Beweise rechtmäßig erlangt haben.<sup>77</sup> Solche Erklärungen werden vom Gericht in der Praxis als glaubwürdig angesehen.<sup>78</sup> Damit ist das Gericht hauptsächlich auf die Beweisaufnahme durch Polizei und Staatsanwaltschaft angewiesen,<sup>79</sup> d.h. in diesem Prozessmodell wird die Hauptverhandlung zur bloßen Formalität oder Zeremonie der Bestätigung der Ermittlungsergebnisse degradiert.<sup>80</sup> Außerdem steht das Gericht unter der Aufsicht

---

*Tian, Wenchang/Zou, Jiaming*, Paichu feifa yanci zhengju de ruogan wenti, Renmin sifa 2013, Heft 7, 69 (田文昌/邹佳铭, 排除非法言词证据的若干问题, 人民司法 2013 年第 7 期, 第 69 页).

<sup>70</sup> *Guo, Song*, Feifa zhengju weihe nanyi youxiao paichu, Legal Forum 2012, Heft 4, 118 (郭松, 非法证据为何难以有效排除, 法学论坛 2012 年第 4 期, 第 118 页).

<sup>71</sup> Vgl. *Lewis*, (2011) 43 N. Y. U. J. Int'l L. & Pol. 684.

<sup>72</sup> *Lewis*, (2011) 43 N. Y. U. J. Int'l L. & Pol. 651.

<sup>73</sup> *Huang, Zongzhi*, Zhongxi falu ruhe jiehe?, Peking University Law Journal 2010, Heft 5, 729 (黄宗智, 中西法律如何融合?, 中外法学 2010 年第 5 期, 第 729 页).

<sup>74</sup> *Lewis*, (2011) 43 N. Y. U. J. Int'l L. & Pol. 652.

<sup>75</sup> Positive Bewertung siehe *Lewis*, (2011) 43 N. Y. U. J. Int'l L. & Pol. 682.

<sup>76</sup> *Chen, Ruihua*, Sifa shencha de wutuobang, Zhongguo falupinglun 2014, Heft 2, 35 f. (陈瑞华, 司法审查的乌托邦, 中国法律评论 2014 年第 2 期, 第 35, 36 页).

<sup>77</sup> *Chen, Ruihua*, Sifa shencha de wutuobang, Zhongguo falupinglun 2014, Heft 2, 36 (陈瑞华, 司法审查的乌托邦, 中国法律评论 2014 年第 2 期, 第 36 页).

<sup>78</sup> *Chen, Ruihua*, Sifa shencha de wutuobang, Zhongguo falupinglun 2014, Heft 2, 36 (陈瑞华, 司法审查的乌托邦, 中国法律评论 2014 年第 2 期, 第 36 页).

<sup>79</sup> Vgl. *Huang, Zongzhi*, Zhongxi falu ruhe jiehe?, Peking University Law Journal 2010, Heft 5, 728 (黄宗智, 中西法律如何融合?, 中外法学 2010 年第 5 期, 第 728 页).

<sup>80</sup> *Huang, Zongzhi*, Zhongxi falu ruhe jiehe?, Peking University Law Journal 2010, Heft 5, 728 (黄宗智, 中西法律如何融合?, 中外法学 2010 年第 5 期, 第 728 页).

einer Organisation der Chinesischen Kommunistischen Partei – des Komitees für Politik und Recht –, das die Polizei, die Staatsanwaltschaft und die Gerichte zu koordinieren hat. Darüber hinaus sind die Gerichte finanziell von den lokalen Regierungen abhängig, was ebenfalls dazu beiträgt, dass die Gerichte Fehler der örtlichen Polizeibeamten oder anderer Beamten nur äußerst ungern überprüfen und korrigieren.<sup>81</sup> Nach Berücksichtigung aller genannten Faktoren lässt sich deshalb schließen, dass Beweisverwertungsverbote von chinesischen Gerichten nur sehr widerwillig anerkannt werden.

## II. Analyse der Sachverhaltskonstellationen

### A. Abgrenzung zwischen Beweiserhebungsverböten und Beweisverwertungsverböten

Im chinesischen Recht nennt man den hier zu behandelnden Forschungsgegenstand *Feifa zhengju paichu* (非法证据排除). Wörtlich übersetzt bedeutet dieser Begriff „Ausschluss der illegal erlangten Beweise“. Offensichtlich bezieht sich dieser Begriff nur auf die Beweisverwertungsverböte. Eine strikte Differenzierung zwischen ihnen und den Beweiserhebungsverböten gibt es im chinesischen Strafverfahrensrecht nicht. Der Gesetzgeber hat illegal erlangte Beweise dahingehend definiert, dass ihre Erhebung den gesetzlichen Regelungen bezüglich der Erhebungspersonen, Erhebungsformalitäten oder Erhebungsmethoden widerspricht.<sup>82</sup> Die so erlangten Beweise sind auszuschließen. Die chinesischen Rechtswissenschaftler bezeichnen aber als illegal erlangte Beweise im Wesentlichen nur solche, die durch verbotene Erhebungsmethoden zustande gekommen sind.<sup>83</sup> Nach rechtswissenschaftlicher Definition bedeuten Beweisverwertungsverböte, dass Beweise auszuschließen sind, die von Justizbeamten durch Folter, Drohung, Einlocken (z.B. durch das Versprechen von Vorteilen), Täuschung oder illegale Durchsuchung, Beschlagnahme, Abhören und andere die Grundrechte der Bürger rechtswidrig verletzende Methoden erlangt wurden.<sup>84</sup>

<sup>81</sup> Lewis, (2011) 43 N. Y. U. J. Int'l L. & Pol. 690.

<sup>82</sup> Wang, Shangxin/Li, Shouwei (Hrsg.), Guanyu xiugai xingshi susongfa de jue ding jieshi yu shiyong, S. 53 (王尚新/李寿伟 主编, 关于修改刑事诉讼法的决定解释与适用, 第53页).

<sup>83</sup> Wang, Jiancheng, Zhongguo xuyao shimoyang de feifa zhengju paichu guize, Huangqiu falu pinglun 2006, Heft 5, 551 (汪建成, 中国需要什么样的非法证据排除规则, 环球法律评论 2006 年第 5 期, 第 551 页); Cheng, Lei, Feifa zhengju paichu guize guifan fenxi, Tribune of Political Science and Law 2014, Heft 6, 184 (程雷, 非法证据排除规则规范分析, 政法论坛 2014 年第 6 期, 第 184 页).

<sup>84</sup> Song, Shijie/Chen, Guo, Lun feifa zhengju paichu guize, in: He (Hrsg.), Zhengjuxue luntan, Band II, 226 f. (宋世杰/陈果, 论非法证据排除规则, 载于何家弘 主编, 证据学论坛(第二卷), 第 226, 227 页).

Aus den Definitionen des Gesetzgebers und der Rechtswissenschaft muss man wohl schließen, dass es im chinesischen Recht keinen durch den Erhebungsfehler bedingten Unterschied zwischen selbstständigen und unselbstständigen Verwertungsverboten gibt. Die Beweisverwertungsverbote beziehen sich also in China auf unselbstständige Verwertungsverbote im Sinne des deutschen Rechts.

## B. Beweisverwertungsverbote im Zusammenhang mit der Beschuldigtenvernehmung

Im chinesischen Vorverfahren finden Handlungen und Maßnahmen der Ermittler grundsätzlich hinter verschlossenen Türen statt. Bei der Vernehmung des Beschuldigten (und auch bei der Vernehmung von Zeugen) lassen Polizei oder Staatsanwaltschaft normalerweise niemand anderen zu, auch nicht den Strafverteidiger.<sup>85</sup> Daher finden die Konstellationen der Anwesenheit des Beschuldigten und seines Verteidigers bei einer Zeugenvernehmung und der Anwesenheit des Verteidigers bei der Beschuldigtenvernehmung im Vorverfahren, die im deutschen und US-amerikanischen Recht diskutiert werden, keine Entsprechung in der chinesischen Praxis, geschweige denn finden sich gesetzliche Regelungen dazu.

Die folgende Untersuchung befasst sich mit drei Themen: Beweisverwertungsverbote bezüglich des Schweigerechts (sogleich 1), Beweisverwertungsverbote bezüglich des Verteidigerkonsultationsrechts (2) und Beweisverwertungsverbote bei verbotenen Vernehmungsmethoden (3).

### 1. Beweisverwertungsverbote bezüglich des Schweigerechts

Anders als in Deutschland und den USA hat ein Beschuldigter im chinesischen Strafverfahren kein Schweigerecht. Die chinesische Strafprozessordnung schreibt zwar in § 50 vor, dass niemand zur Selbstbelastung gezwungen werden darf, was als großer Fortschritt gegenüber der alten Strafprozessordnung angesehen wird. Aber in § 118 chStPO wird die Wahrheitspflicht des Beschuldigten, die in der alten chinesischen Strafprozessordnung vorgesehen war, weiterhin beibehalten. Nach § 118 chStPO soll der Beschuldigte die Fragen der Ermittlungspersonen wahrheits-

---

<sup>85</sup> Vgl. *Xu, Qingyu*, Feifa zhengju paichu guize de xianshi kunjing jiqi jie jue lujing, *Zhengzhi yu falu* 2011, Heft 6, 19 (徐清宇, 非法证据排除规则的现实困境及其解决路径, *政治与法律* 2011年第6期, 第19页); *Xiong, QiuHong*, Yuanan fangfan yu quanli baozhang, *Legal Forum* 2010, Heft 4, 37 (熊秋红, 冤案防范与权利保障, *法学论坛* 2010年第4期, 第37页); *Zhao, Chi/Chen, Shengcai*, Jiancha huanjie zhengju hefaxing shencha shizheng yanjiu, *Journal of Southwest University of Political Science and Law* 2014, Heft 6, 19 (赵赤/陈胜才, 检察环节证据合法性审查实证研究, *西南政法大学学报* 2014年第6期, 第19页); *Chen, Ruchao*, Xingxun bigong de guojia zhili: 1979–2013, *Zhongguo faxue* 2014, Heft 5, 17 (陈如超, 刑讯逼供的国家治理: 1979–2013, *中国法学* 2014年第5期, 第17页).

gemäß beantworten; er hat lediglich das Recht, Antworten auf Fragen, welche die Strafsache nicht betreffen, zu verweigern. Die Ermittlungsperson soll den Beschuldigten nach § 118 chStPO belehren, dass er eine Strafmilderung erwarten darf, wenn er wahrheitsgemäß antwortet. Die Kollision zwischen beiden Vorschriften hat der Gesetzgeber wie folgt gelöst: Das Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung ist eine strenge Anforderung an die Justizorgane, während die Wahrheitspflicht die andere Seite der Vernehmung betrifft. Die Wahrheitspflicht verlangt, dass der Beschuldigte die Wahrheit sagt, wenn er antworten möchte; in diesem Fall kann er eine Milderung der Strafe erwarten.<sup>86</sup>

Diese Erklärung ist aber nicht überzeugend. Es findet eine absichtliche begriffliche Vertauschung zwischen der Pflicht zur Antwort und zur wahrheitsgemäßen Aussage statt. Durch die Pflicht zur wahrheitsgemäßen Aussage bei einem aussagebereiten Beschuldigten einerseits und durch das Recht des Beschuldigten auf Verweigerung der Antwort auf Fragen, die die Strafsache nicht betreffen, andererseits möchte der chinesische Gesetzgeber verschleiern, dass er aus dem Mund des Beschuldigten wahre Informationen erhalten will. Der Gesetzgeber will offensichtlich nicht einräumen, dass der Beschuldigte im heutigen China aussagen muss, obwohl in der neuen chinesischen Strafprozessordnung zum ersten Mal das Selbstbelastungsverbot niedergelegt ist.

Nach h.M. der Rechtswissenschaftler existiert in China noch kein Schweigerecht.<sup>87</sup> Bis heute steht immer noch der Appell von chinesischen Rechtswissenschaftlern im Raum, die Wahrheitspflicht des Beschuldigten abzuschaffen.<sup>88</sup> Offen-

<sup>86</sup> So der ehemalige stellvertretende Leiter des Rechtsausschusses des Ständigen Komitees des Nationalen Volkskongresses, Herr *Sheng Lang*. Abrufbar unter <http://news.163.com/12/0308/17/7S3DR1EH0001124J.html> [Stand 15.09.2015].

<sup>87</sup> *Long, Zongzhi*, Jinbu yu juxian – you zhengju zhidu tiaozheng de guancha, Tribune of Political Science and Law 2012, Heft 5, 10 (龙宗智, 进步与局限 – 由证据制度调整的观察, 政法论坛 2012 年第 5 期, 第 10 页); *ders.*, Woguo feifa kougong paichu de „tongku guize“ ji xiangguan wenti, Tribune of Political Science and Law 2013, Heft 5, 18 (龙宗智, 我国非法口供排除的“痛苦规则”及相关问题, 政法论坛 2013 年第 5 期, 第 18 页); *Zhang, Ying*, Beigaoren shenqian gongshu de zhengju nengli, Journal of Lanzhou University (Social Sciences) 2012, Heft 5, 131 (张颖, 被告人审前供述的证据能力, 兰州大学学报 (社会科学版) 2012 年第 5 期, 第 131 页). A. A. *Chen, Weidong*, Xingshi susongfa zhuanjia bitan, Justice of China 2012, Heft 5, 27 f. (陈卫东, 刑事诉讼法专家笔谈 2012 年第 5 期, 第 27, 28 页); *Liu Renwen/Liu Zexin*, Xingxun bigong: Yuanjia cuoan de zuikui huoshou, Yanhuang chunqiu 2013, Heft 9, 84 (刘仁文/刘泽鑫, 刑讯逼供: 冤假错案的罪魁祸首, 炎黄春秋 2013 年第 9 期, 第 84 页).

<sup>88</sup> Z.B. *Wu, Danhong*, Juese, Qingjin yu shehui rongren, Peking University Law Journal 2006, Heft 2, 167 (吴丹红, 角色, 情境与社会容忍, 中外法学 2006 年第 2 期, 第 167 页); *Liu, Guoqing*, Bijiao yu jiejian: lun fandui qiangpo zizheng qizui yuanze, Henan caijing zhengfa daxue xuebao 2013, Heft 1, 173 (刘国庆, 比较与借鉴: 论反对强迫自证其罪原则, 河南财经政法大学学报 2013 年第 1 期, 第 173 页); *Chen, Ruihua*, Lun beigaoren de kougong guize, Faxue zazhi 2012, Heft 6, 48 (陈瑞华, 论被告人的口供规则, 法学杂志 2012 年第 6 期, 第 48 页); *Gao, Yifei/Nie, Zilong*, Daji fanzui yu baohu renquan de jiannan pingheng, Hebei faxue 2012, Heft 2, 54 (高一飞/聂子龙, 打击犯罪与保护人权的艰难平衡, 河北法学 2012 年第 2 期, 第 54 页).

bar hat der chinesische Gesetzgeber nur eine Seite des Selbstbelastungsverbots gesehen, nämlich dass es den Strafverfolgungsbehörden eine Pflicht auferlegt. Der chinesische Gesetzgeber verkennt die andere Seite des Verbots, nämlich das Recht des Beschuldigten auf Selbstbelastungsfreiheit. Das Selbstbelastungsverbot gegenüber den Strafverfolgungsbehörden ist zugleich für den Beschuldigten auch ein Recht auf Selbstbelastungsfreiheit. Die Selbstbelastungsfreiheit beinhaltet das Schweigerecht. Solange eine Rechtsordnung die Unschuldsvermutung und den Grundsatz *in dubio pro reo* anerkennt, ist Schweigen eine passive Verteidigung; denn nicht nur könnte eine wahrheitsgemäße Aussage zugleich ein Geständnis der Schuld bedeuten, sondern auch eine objektiv wahre und an sich nicht belastende Aussage könnte in der Unsicherheit der Prozesssituation letztlich als belastend gewertet werden.<sup>89</sup> Daher steht die Wahrheitspflicht dem Schweigerecht bzw. der Selbstbelastungsfreiheit entgegen und entspricht nicht einem rechtsstaatlichen Prozess. Die Wahrheitspflicht des Beschuldigten ist in der chinesischen Strafprozessordnung *de lege ferenda* abzuschaffen.

In China soll der Beschuldigte bei seiner ersten Vernehmung von den Strafverfolgungsbehörden durch eine Belehrungsschrift über seine Rechte belehrt werden: über das Weigerungsrecht, wenn eine gestellte Frage den Fall nicht betrifft; über das Recht auf Selbstverteidigung; über das Recht auf Bestellung eines Verteidigers und über einige andere Rechte.<sup>90</sup> Dabei wird er auch ausführlich über die Wahrheitspflicht belehrt. Diese Belehrungen über Rechte und Pflichten soll durch Aushändigung der Belehrungsschrift und Unterzeichnung dieser Schrift durch den Beschuldigten nach dem Lesen erfolgen. Die Belehrungen sollten eigentlich bei der ersten offiziellen Konfrontation mit den Strafverfolgungsbehörden ergehen, also schon bei der Beschuldigtenvernehmung anlässlich der Ladung oder zwangsweisen Vorführung (传唤/拘传). Jedoch erteilt die Polizei die Belehrungen in den meisten Fällen erst bei der ersten Vernehmung nach der vorläufigen Festnahme (拘留),<sup>91</sup> die zeitlich weit hinter der Vernehmung anlässlich der Ladung oder zwangsweisen Vorführung liegt. Bei der Vernehmung anlässlich der Ladung oder zwangsweisen Vorführung hat die Polizei in der Praxis häufig bereits das Geständnis erlangt, ohne dem Beschuldigten vorab Rechtsbelehrungen zugestanden zu haben. Die Folge ist, dass der Beschuldigte sich damit meist schon zum Zeitpunkt der vorläufigen Festnahme in sein Schicksal fügt, ohne die Chance der Rechtsbelehrung gehabt zu haben. Im Übrigen ist noch zu erwähnen, dass der Beschuldigte bei einer späteren

<sup>89</sup> Eser, in: Jescheck (Hrsg.), Deutsche strafrechtliche Landesreferate zum IX. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung, S. 136 f.

<sup>90</sup> Der Wortlaut der Belehrungsschrift variiert in der Praxis von Region zu Region, aber die vorgenannten drei Rechte gelten überall. Ein Beispiel in Chinesisch ist abrufbar unter: [http://www.yjhl.gov.cn/yqxxgk\\_zyk/qq\\_yjhlq\\_10367/qq\\_yjhlq\\_0252/201309/t20130917\\_965147.html](http://www.yjhl.gov.cn/yqxxgk_zyk/qq_yjhlq_10367/qq_yjhlq_0252/201309/t20130917_965147.html) [Stand: 15.07.2018].

<sup>91</sup> Ma, *Jinghua*, Zhencha daoan jieduan de renquan baozhang zhidu yanjiu, Bijiaofa yanjiu 2011, Heft 4, 103 (马静华, 侦查到案阶段的人权保障制度研究, 比较法研究 2011年第4期, 第103页).

Vernehmung durch dieselbe Behörde meist keine Rechtsbelehrung mehr erhält, wenn er einmal von der Strafverfolgungsbehörde belehrt worden ist.<sup>92</sup>

Die Praxis der aufgeschobenen Rechtsbelehrung bedeutet, auch wenn die Rechtsbelehrung keine Schweigerechtsbelehrung enthält, praktisch eine Umgehung der gesetzlichen Vorschriften. Die Beschuldigtenvernehmung bei der Polizei erfolgt dadurch für den Beschuldigten auf einer nicht informierten Basis; ein Zwangseffekt kann dabei leicht entstehen. Eine solche Umgehung der Belehrungsvorschriften ist in der Praxis durchaus üblich, so dass dies bis heute kein chinesisches Gericht als triftigen Grund für ein Verwertungsverbot des Geständnisses ansieht. Zwar hat der Oberste Volksgerichtshof schon bezüglich der fehlenden Rechtsbelehrungen in § 82 seiner Erklärung zur Strafprozessordnung klar festgehalten, dass das Protokoll der Beschuldigtenvernehmung ohne Aufzeichnungen über die erfolgten Rechtsbelehrungen mangelhaft ist. Wird aber dieser Mangel korrigiert oder eine vernünftige Erklärung zu dem Mangel vorgelegt, darf das Protokoll nach § 82 dieser Erklärung verwertet werden; erfolgen weder Korrekturen noch Erklärungen, darf das Protokoll nicht verwertet werden. Diese Erklärung des Obersten Volksgerichtshofs sieht aber nicht vor, unter welchen Voraussetzungen der Fehler der unterlassenen Rechtsbelehrungen korrigierbar ist. Auch hat der Oberste Volksgerichtshof nicht danach differenziert, ob die Rechtsbelehrungen vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen wurden. Er hat ferner nicht erklärt, wie das Unterlassen der Rechtsbelehrungen korrigiert werden kann bzw. ob der Fehler durch rechtmäßige Rechtsbelehrungen oder auf andere Weise geheilt werden kann. Der Oberste Volksgerichtshof hält das Fehlen der Rechtsbelehrungen für einen korrigierbaren prozessualen Fehler. Dies zeigt, dass das chinesische Strafverfahren dem Beschuldigten noch nicht die Stellung eines Prozesssubjekts im wirklichen Sinne zugesteht und seine Rechte nicht genügend schützt.

## **2. Beweisverwertungsverbote bezüglich des Verteidigerkonsultationsrechts**

Dass der Verteidiger bei der Beschuldigtenvernehmung nicht anwesend sein darf, macht den möglichen Zwangseffekt noch gravierender. Nach § 33 chStPO hat der Beschuldigte das Recht, einen Verteidiger zu bestellen, und zwar ab dem Zeitpunkt, an dem er von den Strafverfolgungsbehörden zum ersten Mal vernommen wird oder gegen ihn Zwangsmaßnahmen wie die vorläufige Festnahme oder Verhaftung vorgenommen werden. Der Beschuldigte ist über dieses Recht bei der Vernehmung zu belehren. Der Verteidiger kann nach § 36 chStPO im Vorverfahren dem Beschuldigten rechtliche Hilfe leisten, in Vertretung des Beschuldigten Rüge einlegen oder Anzeige erstatten, die Abänderung der freiheitsentziehenden Maß-

---

<sup>92</sup> Vgl. *Ma, Jinghua*, Zhencha daoan jieduan de renquan baozhang zhidu yanjiu, *Bijiaofa yanjiu* 2011, Heft 4, 103 (马静华, 侦查到案阶段的人权保障制度研究, 比较法研究 2011年第4期, 第103页).

nahme beantragen, sich bei den Strafverfolgungsbehörden über die Strafsache informieren und seine Stellungnahme abgeben. Wenn sich der Beschuldigte nicht auf freiem Fuß befindet, darf der Verteidiger ihn nach § 37 chStPO besuchen und mit ihm korrespondieren. Gleichwohl hat der Verteidiger grundsätzlich kein Anwesenheitsrecht bei der Beschuldigtenvernehmung während der Ermittlung, also in einer Phase, die für das ganze Verfahren eine wichtige Rolle spielt.<sup>93</sup> Das Verteidigerkonsultationsrecht des Beschuldigten ist dadurch wesentlich beschränkt.

Die Praxis kennt nur wenige Fälle, in denen der Beschuldigte schon in der Ermittlungsphase auf einen Rechtsbeistand zurückgreifen konnte. In einer Umfrage bei drei regionalen Polizeidienststellen ergab sich in 2004 und 2005, dass in weniger als einem Viertel aller Fälle ein Verteidiger schon während der Ermittlung tätig werden konnte.<sup>94</sup> Bei diesen knapp 25 % Fällen konnten sich die Beschuldigten auch erst relativ spät in der Ermittlung auf ihren Verteidiger stützen; bei der ersten Vernehmung hatte keiner einen Verteidiger an seiner Seite.<sup>95</sup> Abgesehen davon, dass wie oben erwähnt wurde, die Belehrung über das Recht auf Bestellung eines Verteidigers aufgeschoben wird, gibt es bei insgesamt 70 % der Strafsachen in China keinen Verteidiger.<sup>96</sup> Offensichtlich sind die Versuche der Polizei, den Einstieg des Verteidigers in die Ermittlungen hinauszuschieben, eine gezielte Taktik. Ein Polizist hat im Rahmen der obigen Umfrage geäußert, dass die Polizei das Ersuchen des Beschuldigten um einen Verteidiger erst weiterleiten würde (an eine Anwaltskanzlei oder an Angehörige), wenn sie fast alle Beweise erhoben hat.<sup>97</sup> Wenn die Polizei der Ansicht ist, der Kontakt des Beschuldigten zu seinem Verteidiger könne die Ermittlung stören, würde sie mit unterschiedlichen Begründungen den Besuch des Verteidigers aufschieben.<sup>98</sup> Obwohl diese Umfrage mehr als zehn Jahre alt ist und inzwischen die Belehrung über das Recht auf Bestellung eines

---

<sup>93</sup> Anderes gilt für einige Provinzen, wie beispielsweise *Hubei*, wo das Anwesenheitsrecht des Verteidigers in regionalen Regelungen für den Strafprozess niedergeschrieben ist. Siehe *Chen, Ruchao*, *Xingxun bigong de guojia zhili: 1979–2013*, *Zhongguo faxue* 2014, Heft 5, 20 (陈如超, 刑讯逼供的国家治理: 1979–2013, *中国法学* 2014 年第 5 期, 第 20 页).

<sup>94</sup> *Ma, Jinghua*, *Zhencha daoan jieduan de renquan baozhang zhidu yanjiu*, *Bijiaofa yanjiu* 2011, Heft 4, 103 (马静华, 侦查到案阶段的人权保障制度研究, *比较法研究* 2011 年第 4 期, 第 103 页).

<sup>95</sup> *Ma, Jinghua*, *Zhencha daoan jieduan de renquan baozhang zhidu yanjiu*, *Bijiaofa yanjiu* 2011, Heft 4, 103 f. (马静华, 侦查到案阶段的人权保障制度研究, *比较法研究* 2011 年第 4 期, 第 103, 104 页).

<sup>96</sup> *Wu, Danhong*, *Juese, Qingjin yu shehui rongren*, *Peking University Law Journal* 2006, Heft 2, 167 (吴丹红, 角色, 情境与社会容忍, *中外法学* 2006 年第 2 期, 第 167 页).

<sup>97</sup> *Ma, Jinghua*, *Zhencha daoan jieduan de renquan baozhang zhidu yanjiu*, *Bijiaofa yanjiu* 2011, Heft 4, 104 (马静华, 侦查到案阶段的人权保障制度研究, *比较法研究* 2011 年第 4 期, 第 104 页).

<sup>98</sup> *Ma, Jinghua*, *Zhencha daoan jieduan de renquan baozhang zhidu yanjiu*, *Bijiaofa yanjiu* 2011, Heft 4, 104 (马静华, 侦查到案阶段的人权保障制度研究, *比较法研究* 2011 年第 4 期, 第 104 页).

Verteidigers bei der ersten Vernehmung gesetzlich vorgeschrieben ist, wird sich diese Situation in China nicht so schnell geändert haben. Die Verhinderung des Kontakts zum Verteidiger ist alltägliche und gängige Praxis, und die Rechtsprechung sieht hierin nicht einen schweren Rechtsverstöß, der zum Verwertungsverbot führen könnte. Dies ist ein Beispiel dafür, dass sich das Recht in China auf dem Papier völlig anders darstellt, als es in der Praxis angewandt wird. Außerdem zeigt sich, dass die Rechtsstellung des Beschuldigten in China nicht einmal in ihren Grundlagen gesichert ist. Der Beschuldigte ist und bleibt Prozessobjekt. Dies ist ein aussagekräftiges Zeichen für inquisitorische Verfahren im historischen Sinne.

### 3. Beweisverwertungsverbote bei verbotenen Vernehmungsmethoden

Angesichts der Wahrheitspflicht und des beschränkten Verteidigerkonsultationsrechts lässt sich feststellen, dass die Beschuldigtenvernehmung in China eine einseitige, auf zwangsweise Erlangung des Geständnisses in einer geschlossenen Umgebung ausgerichtete Maßnahme darstellt. Es bieten sich dabei diskrete Gelegenheiten, verbotene Vernehmungsmethoden anzuwenden. Um verbotene Vernehmungsmethoden, insbesondere die Folter, zu vermeiden, hat die neue chinesische Strafprozessordnung in § 121 chStPO vorgeschrieben, dass bei der Beschuldigtenvernehmung eine Ton- oder Videoaufnahme gemacht werden kann und dass bei Straftaten, die mit lebenslanger Freiheitsstrafe oder Todesstrafe bedroht sind, oder bei sonstigen Straftaten von erheblicher Bedeutung eine Ton- oder Videoaufnahme angefertigt werden muss. Der Oberste Volksgerichtshof hat in einer Verordnung zur Verbesserung des Arbeitsmechanismus zur Vorbeugung falscher Verurteilungen geregelt, dass ein Geständnis von der Verwertung auszuschließen ist, wenn die Ton- oder Videoaufnahme für die komplette Vernehmung nicht rechtmäßig angefertigt wurde.<sup>99</sup> Trotz dieser Verordnung wird mit Hilfe verschiedener Methoden die Durchsetzung der Forderung gemäß § 121 chStPO umgangen, z.B. durch entsprechend ausgewählte Ton- oder Videoaufnahmen oder durch Aufnahme zuvor abgesprochener Fragen und Antworten.<sup>100</sup> Die angestrebte Kontrollfunktion der Ton- oder Videoaufnahme ist nach allgemeiner Ansicht leicht zu unterlaufen und noch keinesfalls umgesetzt.<sup>101</sup>

<sup>99</sup> § 8 dieser Verordnung des Obersten Volksgerichtshofs.

<sup>100</sup> *Chen, Ruchao*, Xingxun bigong de guojia zhili: 1979–2013, *Zhongguo faxue* 2014, Heft 5, 15 (陈如超, 刑讯逼供的国家治理: 1979–2013, *中国法学* 2014年第5期, 第15页).

<sup>101</sup> *Wu, Danhong*, Juese, Qingjin yu shehui rongren, *Peking University Law Journal* 2006, Heft 2, 165 (吴丹红, 角色, 情境与社会容忍, *中外法学* 2006年第2期, 第165页); *Zhang, Bin*, Woguo feifa zhengju paichu guize yunyong de shida jishu nanti, *Zhongguo xingshifa zazhi* 2010, Heft 10, 76 (张斌, 我国非法证据排除规则运用的十大技术难题, *中国刑事法杂志* 2010年第10期, 第76页); *Liu Renwen/Liu Zexin*, Xingxun bigong: Yuanjia cuoan de zuikui huoshou, *Yanhuang chunqiu* 2013, Heft 9, 86 (刘仁文/刘泽鑫, 刑讯逼供: 冤假错案的罪魁祸首, *炎黄春秋* 2013年第9期, 第86页); *Chen, Ruchao*,



Für Gesetzgeber, Justizbehörden und Rechtswissenschaftler gilt die größte Sorge den verbotenen Vernehmungsmethoden. Nach § 50 chStPO ist es streng verboten, Geständnisse durch Folter zu erpressen und Beweise durch Drohung, Einlocken (z.B. durch das Versprechen von Vorteilen), Täuschung sowie andere illegale Methoden zu erheben. § 54 chStPO sieht ein Verwertungsverbot für Geständnisse vor, die durch Folter oder sonstige verbotene Methoden erlangt werden, und setzt darüber hinaus ein Verwertungsverbot durch, dem zufolge Aussagen von Zeugen oder Verletzten, die durch Gewalt, Drohung oder sonstige verbotene Methoden zustande gekommen sind, ausgeschlossen werden sollen. Die Verwertungsverbote nach §§ 50 und 54 chStPO gelten für das gesamte Verfahren. Die Erklärungen des Obersten Volksgerichtshofs und der Obersten Volksstaatsanwaltschaft zu diesen beiden Paragraphen lassen erkennen, dass ein durch verbotene Vernehmungsmethoden erlangtes Geständnis oder Zeugnis nicht verwertet werden darf, weil es unfreiwillig abgelegt wurde.<sup>102</sup> Dieser Grundannahme, dass die Freiwilligkeit das Kriterium für die Verwertbarkeit der Aussage ist, stimmen die meisten Rechtswissenschaftler zu.<sup>103</sup>

Allerdings ist bei genauerem Hinsehen und profunder Analyse dieser Vorschriften und Erklärungen<sup>104</sup> zu bemerken, dass alle diese Regelungen nicht eindeutig klar verbieten, Aussagen oder Geständnisse, die durch Einlocken (z.B. durch das Versprechen von Vorteilen) oder Täuschung erlangt wurden, zu verwerten, obwohl

---

Xingxun bigong de guojia zhili: 1979–2013, Zhongguo faxue 2014, Heft 5, 16 (陈如超, 刑讯逼供的国家治理: 1979–2013, 中国法学 2014 年第 5 期, 第 16 页).

<sup>102</sup> Vgl. § 95 der Erklärungen des Obersten Volksgerichtshofs und § 65 der Erklärungen der Obersten Volksstaatsanwaltschaft zur chinesischen StPO. Der erstgenannte Paragraph sieht Folgendes vor: „Werden Folter, Varianten von Folter oder sonstige Methoden angewandt, die dem Beschuldigten starke körperliche oder seelische Schmerzen oder Qualen zufügen können, und hat der Beschuldigte deswegen ein Geständnis gegen seinen Willen abgelegt, gilt dies als Folter und sonstige verbotene Vernehmungsmethoden zur Erlangung des Geständnisses im Sinne von § 54 chStPO.“ Der oben genannte § 65 besagt: „Folter zur Erlangung des Geständnisses bedeutet, dass dem Beschuldigten durch Anwendung von Folter oder deren Varianten starke körperliche oder seelische Schmerzen oder Qualen zugefügt werden, um das Geständnis zu erlangen. Sonstige verbotene Vernehmungsmethoden im Sinne von § 54 chStPO sind Vernehmungsmethoden, die von der Schwere der Rechtswidrigkeit und vom Zwang gegenüber dem Beschuldigten her der Folter, Gewalt oder Drohung gleichstehen und bei denen das Geständnis als gegen den Willen des Beschuldigten erlangt bezeichnet werden kann.“

<sup>103</sup> Song, *Shijie/Chen, Guo*, Lun feifa zhengju paichu guize, in: He (Hrsg.), *Zhengjuxue luntan*, Band II, S. 267 (宋世杰/陈果, 论非法证据排除规则, 载于何家弘 主编, 证据学论坛 (第二卷), 第 267 页); Zhang, *Jianwei*, Zibai renyixing guize de falu jiazhi, *Faxu yanjiu* 2012, Heft 6, 165–177 (张建伟, 自白任意性规则的法律价值, 法学研究 2012 年第 6 期, 第 165–177 页); Chen, *Guangzhong/Guo, Zhiyuan*, Feifa zhengju paichu guize shishi ruogan wenti yanjiu, *Faxue zazhi* 2014, Heft 9, 5 (陈光中/郭志媛, 非法证据排除规则实施若干问题研究, 法学杂志 2014 年第 9 期, 第 5 页); Wang, *Jiancheng*, Zhongguo xuyao shimoyang de feifa zhengju paichu guize, *Huangqiu falu pinglun* 2006, Heft 5, 552 (汪建成, 中国需要什么样的非法证据排除规则, 环球法律评论 2006 年第 5 期, 第 552 页).

<sup>104</sup> Siehe vorletzte Anm. i.V.m. § 54 chStPO.

nach Meinung der Wissenschaftler der „freie Wille“ Kriterium für die Verwertbarkeit ist. Der Grund für die Unklarheit ist, dass einerseits bisher keine eindeutigen Grenzen zwischen Zulässigkeit und Unzulässigkeit von Einlocken und Täuschung gezogen werden, und dass andererseits im chinesischen Recht noch nicht erkannt wird, warum Einlocken und Täuschung den freien Willen beeinträchtigen können. Diese Unklarheit bestehen zu lassen, ist ein Kompromiss des Gesetzgebers mit der auf die absolute materielle Wahrheitsfindung abzielenden Praxis.

Obwohl der Gesetzgeber nicht alle verbotenen Vernehmungsmethoden auflistet, gehören nach h.M.<sup>105</sup> hierzu Misshandlung, Ermüdung, körperlicher Eingriff, Verabreichung von Mitteln, Quälerei und Hypnose.<sup>106</sup> Ermüdung, Quälerei und körperliche Eingriffe bei der Vernehmung werden oft zusammen in Form von Folterungen angewandt. Im *Du Peiwu*-Fall wurde der Beschuldigte elf Tage lang geprügelt; in dieser Zeit hatte er nur drei oder vier Stunden schlafen dürfen. Nachdem er den Lügendetektortest nicht bestand, wurde er weitere 20 Tage und Nächte gefoltert.<sup>107</sup> Im *She Xianglin*-Fall wurde der Beschuldigte ebenfalls elf Tage lang mit Schlafentzug gefoltert.<sup>108</sup> Auch die Verabreichung von Mitteln, mittels derer Geständnisse erlangt wurden, z.B. Hypnosemittel, ist in der Praxis nachgewiesen worden.<sup>109</sup>

Drei in China oft angewandte und als „klassisch“ geltende, aber verbotene Vernehmungsmethoden sind Drohung, Entlocken und Täuschung. Die Androhung von Gewalt oder erniedrigenden oder schlechteren Bedingungen für den Aufenthalt in

---

<sup>105</sup> *Chen, Weidong*, Xingshi susongfa zhuanjia bitan, Justice of China 2012, Heft 5, 28 (陈卫东, 刑事诉讼法专家笔谈 2012 年第 5 期, 第 28 页); *Zhang, Jianwei*, Zibai renyixing guize de falu jiazhi, Faxu yanjiu 2012, Heft 6, 165 (张建伟, 自白任意性规则的法律价值, 法学研究 2012 年第 6 期, 第 165 页); *He, Dehui*, Jiancha jiguan de zhengju hefaxing shencha, Journal of National Prosecutors College 2014, Heft 5, 116 (何德辉, 检察机关的证据合法性审查, 国家检察官学院学报 2014 年第 5 期, 第 116 页). Eine abweichende Meinung vertritt *Long Zongzhi*: Er hat den Erklärungen des Obersten Volksgerichtshofs und der Obersten Volksstaatsanwaltschaft zugestimmt und gefunden, dass die sonstigen Vernehmungsmethoden, die zwar in §§ 50 und 54 chStPO nicht aufgelistet werden, aber gleiche physische oder psychische Schmerzen wie Folter verursachen können, ebenfalls verboten sind. Aus seiner Sicht gehören Ermüdung, Misshandlung und Quälerei zu diesen sonstigen Vernehmungsmethoden. Siehe *Long, Zongzhi*, Liangge zhengju guiding de guifan yu zhixing ruogan wenti yanjiu, Zhongguo faxue 2010, Heft 6, 19 (龙宗智, 两个证据规定的规范与执行若干问题研究, 中国法学 2010 年第 6 期, 第 19 页).

<sup>106</sup> Nach Ansicht von *Wan Yi* ist Hypnose eingeschränkt zulässig. *Wan, Yi*, Lun xingsun bigong de jieshi yu rending, Xiandai faxue 2011, Heft 3, 181 (万毅, 论“刑讯逼供”的解释与认定, 当代法学 2011 年第 3 期, 第 181 页).

<sup>107</sup> *Chen, Yongsheng*, Woguo xingshi wupan wenti toudi, Zhongguo faxue 2007, Heft 3, 53 (陈永生, 我国刑事误判问题透视, 中国法学 2007 年第 3 期, 第 53 页).

<sup>108</sup> *Chen, Yongsheng*, Woguo xingshi wupan wenti toudi, Zhongguo faxue 2007, Heft 3, 53 (陈永生, 我国刑事误判问题透视, 中国法学 2007 年第 3 期, 第 53 页).

<sup>109</sup> Z.B. in der Umfrage von *Zhao, Chi/Chen, Shengcai*, Jiancha huanjie zhengju hefaxing shencha shizheng yanjiu, Journal of Southwest University of Political Science and Law 2014, Heft 6, 16 (赵赤/陈胜才, 检察环节证据合法性审查实证研究, 西南政法大学学报 2014 年第 6 期, 第 16 页).

der Untersuchungshaft ist nach Ansicht der Literatur<sup>110</sup> ebenfalls verboten, wenn diese Drohung die Willensfreiheit des Beschuldigten beeinträchtigt. In China wird dem Beschuldigten in der Praxis oft mit Nachteilen für seine Angehörigen oder dem Verbot des Kontakts zu seinen Angehörigen gedroht.<sup>111</sup> Dieses Vorgehen überschreitet moralische Grenzen und ist nach Ansicht der Literatur ebenfalls streng verboten.<sup>112</sup> Das Entlocken eines Geständnisses geschieht nach allgemeinem Verständnis der Praxis und der Literatur durch das Versprechen von Vorteilen.<sup>113</sup> Ein Einlocken ist anzunehmen, wenn beispielsweise dem Beschuldigten gesagt wird, dass er nach Abgabe aller Erklärungen freigelassen wird oder ihm nach Rückgabe der Schmiergelder nichts passieren würde.<sup>114</sup> Einlocken bezeichnet auch das Versprechen von Genussmitteln, Geld oder finanziellen Vorteilen; Letztere werden meist bei der Zeugenvernehmung in Aussicht gestellt.<sup>115</sup> Da der Vorgang des Einlockens auf Dauer das Vertrauen der Bürger in ihre Justiz verletzt, muss diese Vorgehensweise nach Ansicht der Literatur ebenfalls verboten werden,<sup>116</sup> doch lässt sich im chinesischen Recht bis heute kein Grund – wie Vertrauensverlust

<sup>110</sup> Long, *Zongzhi*, Weixie, yinyou, qipian de shenxun shifou weifa, Faxue 2000, Heft 3, 21 (龙宗智, 威胁、引诱、欺骗的审讯是否违法, 法学 2000 年第 3 期, 第 21 页); *ders.*, Woguo feifa kougong paichu de tongku guize ji xiangguan wenti, Tribune of Political Science and Law 2013, Heft 5, 19 (龙宗智, 我国非法口供排除的“痛苦规则”及相关问题, 政法论坛 2013 年第 5 期, 第 19 页); Wan, Yi, Zhencha Moulue zhi yunyong ji qi dixian, Tribune of Political Science and Law 2011, Heft 4, 135 (万毅, 侦查谋略之运用及其底线, 政法论坛 2011 年第 4 期, 第 135 页).

<sup>111</sup> Beispiele siehe Chen, *Guangzhong/Guo, Zhiyuan*, Feifa zhengju paichu guize shishi ruogan wenti yanjiu, Faxue zazhi 2014, Heft 9, 4 f. (陈光中/郭志媛, 非法证据排除规则实施若干问题研究, 法学杂志 2014 年第 9 期, 第 4, 5 页).

<sup>112</sup> Wan, Yi, Quanguo shouli feifa zhengju paichu an fail yanpan, Evidence Science 2011, Heft 6, 664 (万毅, 全国首例非法证据排除案法理研判, 证据科学 2011 年第 6 期, 第 664 页); Long, *Zongzhi*, Woguo feifa kougong paichu de tongku guize ji xiangguan wenti, Tribune of Political Science and Law 2013, Heft 5, 20 (龙宗智, 我国非法口供排除的“痛苦规则”及相关问题, 政法论坛 2013 年第 5 期, 第 20 页); Cheng, Lei, Feifa zhengju paichu guize guifan fenxi, Tribune of Political Science and Law 2014, Heft 6, 186 (程雷, 非法证据排除规则规范分析, 政法论坛 2014 年第 6 期, 第 186 页).

<sup>113</sup> Long, *Zongzhi*, Woguo feifa kougong paichu de „tongku guize“ ji xiangguan wenti, Tribune of Political Science and Law 2013, Heft 5, 20 (龙宗智, 我国非法口供排除的“痛苦规则”及相关问题, 政法论坛 2013 年第 5 期, 第 20 页).

<sup>114</sup> Wan, Yi, Zhencha Moulue zhi yunyong ji qi dixian, Tribune of Political Science and Law 2011, Heft 4, 136 (万毅, 侦查谋略之运用及其底线, 政法论坛 2011 年第 4 期, 第 136 页).

<sup>115</sup> Wan, Yi, Zhencha Moulue zhi yunyong ji qi dixian, Tribune of Political Science and Law 2011, Heft 4, 136 (万毅, 侦查谋略之运用及其底线, 政法论坛 2011 年第 4 期, 第 136 页).

<sup>116</sup> Wan, Yi, Zhencha Moulue zhi yunyong ji qi dixian, Tribune of Political Science and Law 2011, Heft 4, 136 (万毅, 侦查谋略之运用及其底线, 政法论坛 2011 年第 4 期, 第 136 页).

oder *due process* – für einen Beweisausschluss finden.<sup>117</sup> Außerdem fehlt in der Praxis ein Kriterium dafür, welche Art und Intensität des Einlockens erforderlich ist, um den Ausschluss der Beweise zur Folge zu haben.<sup>118</sup> Manche Autoren vertreten die differenzierende Ansicht, dass nur das Entlocken mit gesetzlich nicht zulässigen Vorteilen unzulässig ist.<sup>119</sup>

Täuschung wird im chinesischen Recht einerseits als notwendige Überlistungstaktik bei der Vernehmung angesehen; andererseits gilt Täuschung aber dann als verbotene Methode, wenn sie die angemessenen Grenzen überschritten hat.<sup>120</sup> In der Praxis hat man noch keine klaren Grenzen zwischen zulässiger und unzulässiger Täuschung gezogen; ein Grund dafür ist, dass Täuschungsmanöver oft nur als eine Methode zur Erlangung weiterer Beweise angewandt und die Täuschung selbst in den Akten bewusst oder unbewusst nicht angesprochen oder dokumentiert wird.<sup>121</sup> Das greift allerdings schon auf das Thema der Fernwirkung vor, das an späterer Stelle untersucht wird (siehe unten Dritter Teil, II.E.). Jedoch lässt sich bereits jetzt erkennen, dass die Fernwirkung im chinesischen Recht nicht anerkannt wird.

In der Praxis erfolgt Täuschung oft durch unrichtige Behauptung von Tatsachen. Typische Beispiele sind, dass dem Beschuldigten gesagt wird, dass die anderen Mitbeschuldigten schon gestanden haben (Beispiel 1) oder dass er bei der Begehung der Straftat von jemandem gesehen wurde, obwohl dies nicht den Tatsachen entspricht (Beispiel 2).<sup>122</sup> In einem Fall wurde die Beschuldigte von der Polizei sogar mit Hilfe eines gefälschten Haftbefehls gegen ihren Ehemann ausgespielt, und es wurde behauptet, ihr Ehemann habe schon als Zeuge geäußert, dass sie die Täterin

---

<sup>117</sup> Long, *Zongzhi*, Woguo feifa kougong paichu de tongku guize ji xiangguan wenti, *Tribune of Political Science and Law* 2013, Heft 5, 21 (龙宗智, 我国非法口供排除的“痛苦规则”及相关问题, 政法论坛 2013 年第 5 期, 第 21 页).

<sup>118</sup> He, *Dehui*, Jiancha jiguan de zhengju hefaxing shencha, *Journal of National Prosecutors College* 2014, Heft 5, 116 (何德辉, 检察机关的证据合法性审查, 国家检察官学院学报 2014 年第 5 期, 第 116 页).

<sup>119</sup> Long, *Zongzhi*, Woguo feifa kougong paichu de tongku guize ji xiangguan wenti, *Tribune of Political Science and Law* 2013, Heft 5, 20 (龙宗智, 我国非法口供排除的“痛苦规则”及相关问题, 政法论坛 2013 年第 5 期, 第 20 页); *ders.*, Weixie, yinyou, qipian de shenxun shifou weifa, *axue* 2000, Heft 3, 22 (龙宗智, 威胁、引诱、欺骗的审讯是否违法, 法学 2000 年第 3 期, 第 22 页).

<sup>120</sup> Long, *Zongzhi*, Woguo feifa kougong paichu de tongku guize ji xiangguan wenti, *Tribune of Political Science and Law* 2013, Heft 5, 21 (龙宗智, 我国非法口供排除的“痛苦规则”及相关问题, 政法论坛 2013 年第 5 期, 第 21 页).

<sup>121</sup> Yang, *Zonghui/Yang, Qingjiu*, Lun qipian yu zhencha celue, *Journal of Henan University (Social Science)* 2013, Heft 6, 68 (杨宗辉/杨青玖, 论欺骗与侦查策略, 河南大学学报(社会科学版) 2013 年第 6 期, 第 68 页).

<sup>122</sup> Wan, *Yi*, Zhencha Moulue zhi yunyong ji qi dixian, *Tribune of Political Science and Law* 2011, Heft 4, 136 (万毅, 侦查谋略之运用及其底线, 政法论坛 2011 年第 4 期, 第 136 页).

war (Beispiel 3).<sup>123</sup> In manchen Fällen wurden die Beschuldigten zunächst wegen einer leichten Straftat verhaftet, später aber zu einer schweren Straftat vernommen, wie im Fall von *Gong Jianping* (Beispiel 4).<sup>124</sup>

Die Frage, ob alle diese Täuschungen gegen § 50 chStPO verstoßen, lässt sich im chinesischen Recht nicht einheitlich beantworten. Die ersten beiden Beispiele sind nach Meinung sowohl der Praxis als auch der Literatur grundsätzlich zulässig.<sup>125</sup> Beim dritten Beispiel handelt es sich nach Ansicht der Literatur um eine verbotene Täuschung, da die Polizei ihre moralischen Grenzen überschritten hat.<sup>126</sup> Die Ausnutzung der familiären Beziehungen ist aber als Form der Täuschung in China nicht selten. Die letzte Fallkonstellation, in der der Beschuldigte unter dem Vorwand einer leichteren Straftat verhaftet und von der Polizei dann zu einer schweren Straftat vernommen wird, tritt inzwischen immer häufiger auf, besonders bei schweren Straftaten oder Straftaten bezüglich der staatlichen Sicherheit. Die Gerichte lassen eine solche Vorgehensweise der Polizei zu und haben die Geständnisse stets verwertet. Die Literatur spricht sich vehement dagegen aus: Wenn die Polizei keine ausreichenden Beweise hat, um einen Haftbefehl wegen einer schweren Straftat zu erwirken, und daher der Beschuldigte unter dem Vorwand einer leichten Straftat festgenommen und dann zu der schweren Straftat vernommen wird, entleert diese Umgehung die dem Menschenrechtsschutz dienenden gesetzlichen Vorschriften bezüglich der Verhaftung ihres Sinnes.<sup>127</sup>

Auch durch falsche Informationen über Rechtsfragen kann die Polizei eine Täuschung gegenüber dem Beschuldigten inszenieren. So wird z.B. dem Beschuldigten gesagt, dass seine Aussagen nicht als gültig anzusehen sind und noch durch eine

<sup>123</sup> Ein aus den Medien zitierter Fall in *Zhang, Jianwei*, Feifa zhengju yuanhe nan yi paichu, *Tsinghua Law Journal* 2012, Heft 3, 61 (张建伟, 非法证据缘何难以排除, 清华法学 2012 年第 3 期, 第 61 页).

<sup>124</sup> Der ehemalige Fußball-Schiedsrichter *Gong Jianping* wurde unter dem Vorwand des Verkehrs mit Prostituierten verhaftet und wegen Bestechung im geschäftlichen Verkehr vernommen. Abrufbar unter <http://www.china.com.cn/chinese/SPORT-c/124362.htm> [Stand: 15.07.2018] (nur auf Chinesisch).

<sup>125</sup> *He, Jiahong*, Lun qipian quzheng de zhengdangxing ji qi xianzhi shiyong, *Zhengzhi yu falu* 2012, Heft 1, 22 (何家弘, 论“欺骗取证”的正当性与限制适用, 政治与法律 2012 年第 1 期, 第 22 页).

<sup>126</sup> *He, Jiahong*, Lun qipian quzheng de zhengdangxing ji qi xianzhi shiyong, *Zhengzhi yu falu* 2012, Heft 1, 23 (何家弘, 论“欺骗取证”的正当性与限制适用, 政治与法律 2012 年第 1 期, 第 23 页). Ähnlich *Wan, Yi, Zhencha Moulue zhi yunyong ji qi dixian*, *Tribune of Political Science and Law* 2011, Heft 4, 141 (万毅, 侦查谋略之运用及其底线, 政法论坛 2011 年第 4 期, 第 141 页); *Long, Zongzhi*, Woguo feifa kougong paichu de tongku guize ji xiangguan wenti, *Tribune of Political Science and Law* 2013, Heft 5, 21 (龙宗智, 我国非法口供排除的“痛苦规则”及相关问题, 政法论坛 2013 年第 5 期, 第 21 页).

<sup>127</sup> *Wan, Yi, Zhencha Moulue zhi yunyong ji qi dixian*, *Tribune of Political Science and Law* 2011, Heft 4, 139 (万毅, 侦查谋略之运用及其底线, 政法论坛 2011 年第 4 期, 第 139 页).

Untersuchung bestätigt werden müssen.<sup>128</sup> Diese Information vermittelt dem Beschuldigten den Eindruck, dass er sich noch in einem unverbindlichen Gespräch befindet. Wenn er dies geglaubt und deshalb ausgesagt hat, werden seine Aussagen dennoch als gültig angesehen. In der Literatur wird diese Vorgehensweise zwar abgelehnt, in der Praxis aber wohl für zulässig gehalten.<sup>129</sup>

Im Zusammenhang mit der Täuschung sind des Weiteren Lockspitzel-Fälle, Zellenspitzel-Fälle und die Hörfälle kurz zu erörtern.

#### a) Lockspitzel-Fälle und Zellenspitzel-Fälle

Lockspitzel- und Zellenspitzel-Fälle beruhen im Wesentlichen auf Täuschung, zählen aber grundsätzlich nach chinesischem Recht zur zulässigen Ermittlungslist.<sup>130</sup> Allerdings dürfen die verdeckten Ermittler nicht schrankenlos nach ihrem Ermessen verfahren. In der Literatur gibt es vier Kriterien zur Begrenzung: Die Ermittlungslist darf nicht die Gesetze verletzen, indem der verdeckte Ermittler Straftaten begeht; die Ermittlungslist darf keine hohen moralischen Kosten mit sich bringen, also das Gewissen nicht übermäßig belasten; die Freiwilligkeit des Beschuldigten oder Zeugen darf nicht beeinträchtigt werden, und das Geständnis oder die Aussage, das/die durch List erlangt worden ist, soll wahr sein.<sup>131</sup> Der Gesetzgeber hat im Jahr 2012 für den Einsatz verdeckter Ermittler § 151 chStPO eingeführt, der für den Umgang mit Lockspitzeln und Zellenspitzeln Gültigkeit hat. Danach können Personen mit Bewilligung der Vorgesetzten der Polizei ihre Identität verändern und die Ermittlung durchführen, wenn dies zur Aufklärung des Sachverhalts notwendig erscheint. Jedoch darf nach § 151 chStPO ein verdeckter Ermittler andere nicht zur Begehung einer Straftat anstiften oder zu Methoden greifen, die die öffentliche Sicherheit gefährden oder Leib oder Leben eines anderen schwerer Gefahr aussetzen. Da § 151 chStPO keine spezifische Beschreibung der tätig werdenden Personen enthält, gilt diese Vorschrift auch für Privatpersonen, die im Auftrag der Ermittlungsbehörde tätig werden.

<sup>128</sup> *Chen, Guangzhong/Guo, Zhiyuan*, Feifa zhengju paichu guize shishi ruogan wenti yanjiu, Faxue zazhi 2014, Heft 9, 5 (陈光中/郭志媛, 非法证据排除规则实施若干问题研究, 法学杂志 2014 年第 9 期, 第 5 页).

<sup>129</sup> *Chen, Guangzhong/Guo, Zhiyuan*, Feifa zhengju paichu guize shishi ruogan wenti yanjiu, Faxue zazhi 2014, Heft 9, 5 (陈光中/郭志媛, 非法证据排除规则实施若干问题研究, 法学杂志 2014 年第 9 期, 第 5 页).

<sup>130</sup> *Long, Zongzhi*, Woguo feifa kougong paichu de tongku guize ji xiangguan wenti, Tribune of Political Science and Law 2013, Heft 5, 21 (龙宗智, 我国非法口供排除的“痛苦规则”及相关问题, 政法论坛 2013 年第 5 期, 第 21 页); *Wan, Yi, Zhencha Moulue zhi yunyong ji qi dixian*, Tribune of Political Science and Law 2011, Heft 4, 139 (万毅, 侦查谋略之运用及其底线, 政法论坛 2011 年第 4 期, 第 139 页).

<sup>131</sup> *Wan, Yi, Zhencha Moulue zhi yunyong ji qi dixian*, Tribune of Political Science and Law 2011, 139–145 (万毅, 侦查谋略之运用及其底线, 政法论坛 2011 年第 4 期, 第 139–145 页).

Früher wurde der Einsatz von Lockspitzeln in der Ermittlung stets zugelassen. Dies führte manchmal sogar zum missbräuchlichen Einsatz von Lockspitzeln. In der Provinz *Hunan* hat z.B. die Polizei Prostituierte als Lockspitzel eingesetzt, um Personen, die mit den Prostituierten verkehrten, festzunehmen.<sup>132</sup> Um den Einsatz von Lockspitzeln zu regulieren, hat der Oberste Volksgerichtshof 2008 in einem Dokument anlässlich einer Konferenz über Rauschgifthandel<sup>133</sup> die Lockspitzel-Fälle in vier Gruppen eingeteilt: die Verlockung zur Chancenwahrnehmung, die Verlockung zum Tatentschluss, die Doppel-Verlockung und die Mengen-Verlockung. Verlockung zur Chancenwahrnehmung bedeutet, dass der Lockspitzel nur auf die Vollendung des bereits vorhandenen Tatentschlusses hinarbeitet. Die zweite Gruppe bezieht sich darauf, dass der Lockspitzel den Täter zum Tatentschluss verführt. Unter Doppel-Verlockung ist zu verstehen, dass der Lockspitzel sowohl als Zulieferer als auch als Einkäufer handelt. Eine Mengen-Verlockung liegt vor, wenn der Lockspitzel den Täter, der nur eine kleine Menge Rauschgift handeln wollte, zu einer größeren Handelsmenge motiviert. Dem Konferenzdokument zufolge wurden diese vier Fallgruppen als zulässiger Einsatz von Lockspitzeln betrachtet; mit Ausnahme der ersten Gruppe konnten die Täter in allen übrigen Gruppen Strafmilderung wegen des Einsatzes von Lockspitzeln bekommen. Nach § 151 chStPO handelt es sich außer bei der ersten Gruppe nach Ansicht der Literatur bei den übrigen Gruppen grundsätzlich oder zum Teil um rechtswidrige Verführung.<sup>134</sup> Wenn die Tätigkeit des Spitzels dazu führt, dass der Täter sich entschlossen hat, eine Straftat zu begehen, hat der Staat selbst die Straftat begangen,<sup>135</sup> der Staat selbst verstößt mithin gegen das *due process*-Prinzip<sup>136</sup> und das Rechtsstaatsprinzip.<sup>137</sup> Daher wird in der Literatur die Ansicht vertreten, dass die Verwertung von Beweisen, die durch den rechtswidrigen Einsatz eines Lockspitzels erlangt werden, streng verboten ist.<sup>138</sup>

<sup>132</sup> *Xu, Zhi*, Guanyu youhuo zhencha de falu sikao, Falu kexue 2006, Heft 1, 107 (许志, 关于诱惑侦查的法律思考, 法律科学 2006 年第 1 期, 第 107 页).

<sup>133</sup> Abrufbar unter: <http://old.chinacourt.org/public/detail.php?id=336800> [Stand: 24.09.2016].

<sup>134</sup> *Wan, Yi*, Jiedu jishu zhencha yu qiaozhuang zhencha, Modern Law Science 2012, Heft 6, 192 (万毅, 解读“技术侦查”与“乔装侦查”, 现代法学 2012 年第 6 期, 第 192 页).

<sup>135</sup> *Wan, Yi*, Weifa youhuo zhencha suo huo zhengju zhi zhengju nengli yanjiu, Falu kexue 2010, Heft 4, 143 (万毅, 违法诱惑侦查所获证据之证据能力研究, 法律科学 2010 年第 4 期, 第 143 页).

<sup>136</sup> *Xu, Zhi*, Guanyu youhuo zhencha de falu sikao, Falu kexue 2006, Heft 1, 107 (许志, 关于诱惑侦查的法律思考, 法律科学 2006 年第 1 期, 第 107 页).

<sup>137</sup> *Wan, Yi*, Weifa youhuo zhencha suo huo zhengju zhi zhengju nengli yanjiu, Falu kexue 2010, Heft 4, 143 (万毅, 违法诱惑侦查所获证据之证据能力研究, 法律科学 2010 年第 4 期, 第 143 页).

<sup>138</sup> *Xu, Yongjun*, Luelun woguo youhuo zhencha zhong de feifa zhengju paichu, Journal of Jianxi Police Institute 2014, Heft 6, 19 (许永俊, 略论我国诱惑侦查中的非法证据排除, 江西警察学院学报 2014 年第 6 期, 第 19 页); *Xu, Zhi*, Guanyu youhuo zhencha de falu sikao, Falu kexue 2006, Heft 1, 108 (许志, 关于诱惑侦查的法律思考,

Der Einsatz von Zellenspitzen war früher bei verschiedenen Behörden, wie Polizei oder Justizministerium, intern unterschiedlich geregelt.<sup>139</sup> Die als Zellenspitze eingesetzten Personen rekrutieren sich in China nach diesen internen Regelungen ausschließlich aus ihre Strafe verbüßenden Verurteilten, die für die Polizei tätig werden, um bei erfolgreicher Erledigung ihres Auftrags eine Verkürzung ihrer noch zu vollstreckenden Strafe als Gegenleistung zu erhalten. Das heutige Regime bezüglich der Zellenspitze kann auf die übliche Praxis in den Zeiten der Kulturrevolution zurückgeführt werden.<sup>140</sup> Die Zellenspitze dürfen präventiv eingesetzt werden, um sich als „Augen und Ohren“ der Vollzugsbehörde nach die Vollzugsordnung gefährdenden Taten umzuschauen und umzuhören. Oder sie verfolgen den repressiven Zweck, als Helfer der Polizei oder der Staatsanwaltschaft Geständnisse von anderen Mitgefangenen zu erlangen.<sup>141</sup> Nach der Verordnung des Ministeriums für Öffentliche Sicherheit über den Umfang der Zuständigkeiten, den Standard der Einleitung des Verfahrens und die Verwaltung im Bereich der Straftatermittlung (公安部关于刑事侦察部门管辖案件的范围、立案标准和管理制度的规定) darf ein Spitzel nicht öffentlich vor Gericht Zeugnis ablegen. Die durch ihn erlangten Materialien müssen als Anlass zur rechtmäßigen Ermittlung verwendet werden; die durch eine solche rechtmäßige Ermittlung erlangten Beweise dürfen verwertet werden. Daraus lässt sich schließen, dass grundsätzlich alle Beweise, die durch den Einsatz von Zellenspitzen – also indirekt – erlangt wurden, verwertbar sind, solange sie durch eine rechtmäßige Ermittlung schließlich direkt gefunden wurden.

Wegen der grundsätzlichen Zulässigkeit des Einsatzes und auch wegen der persönlichen Motivation der Zellenspitze kommt es beim Einsatz von Zellenspitzen in der Praxis oft zu Missbrauch. Ihre Tätigkeit beschränkt sich bei Weitem nicht auf ein lediglich passives Aushorchen nach Information, sondern betrifft oft intensiv auch die aktive Erlangung des Geständnisses. Der vor ein paar Jahren von den Medien aufgegriffene Fall des Zellenspitzen *Yuan Lianfang* ist ein Beispiel hier-

---

法律科学 2006 年第 1 期, 第 108 页); *Wan, Yi*, Weifa youhuo zhencha suo huozhengju zhi zhengju nengli yanjiu, Falu kexue 2010, Heft 4, 151 (万毅, 违法诱惑侦查所获证据之证据能力研究, 法律科学 2010 年第 4 期, 第 151 页); *Wan, Yi*, Jiedu jishu zhencha yu qiaozhuang zhencha, Modern Law Science 2012, Heft 6, 191 (万毅, 解读“技术侦查”与“乔装侦查”, 现代法学 2012 年第 6 期, 第 191 页).

<sup>139</sup> Verordnung des Ministeriums der Justiz über Ermittlungen in der Justizvollzugsanstalt; Detaillierte Regelungen des Ministeriums für Öffentliche Sicherheit über spezielle Informanten bei der Straftatermittlung; Verordnung des Ministeriums für Öffentliche Sicherheit über den Umfang der Zuständigkeiten, den Standard der Einleitung des Verfahrens und die Verwaltung im Bereich der Straftatermittlung; Regelungen des Ministeriums für Öffentliche Sicherheit über Verwaltung der speziellen Informanten bei der Rauschgift-Ermittlung (司法部狱内侦查工作规定、公安部刑事特情工作细则、公安部刑事侦察部门管辖案件的范围、立案标准和管理制度的规定、公安部缉毒特情管理办法).

<sup>140</sup> Nachweise bei *Ji, Xianlin*, Random Recollections of the Cow Shed (Englische Übersetzung), S. 233 (季羨林, 牛棚杂忆 (英文), 第 233 页).

<sup>141</sup> *Yan, Bin*, Lun yuzhen ermu zhidu bei lanyong de weihai ji duice, Zhengfa lun cong 2013, Heft 6, 116 (闫斌, 论“狱侦耳目”制度被滥用的危害及对策, 政法论丛 2013 年第 6 期, 第 116 页).



für.<sup>142</sup> Der Spitzel hat lange Jahre mit der Polizei zusammengearbeitet, um Geständnisse anderer Mitgefangener zu erhalten und dementsprechend früher aus dem Gefängnis freizukommen. *Yuan Lianfang* wurde nachgewiesen, Mitgefangene geprügelt sowie Nahrungs- und Schlafentzug herbeigeführt zu haben.<sup>143</sup> Durch diese Foltermethoden hat er in mehreren Fällen erfolgreich wichtige Geständnisse der Mitgefangenen erlangt. Zwei der so erlangten Geständnisse und die auf dieser Grundlage ausgesprochenen Urteile erwiesen sich später als falsch.

Mit dem neuen § 151 chStPO wurden nur Grenzen hinsichtlich der eventuellen schweren Folgen beim Einsatz von Zellenspitzeln gesetzt. Der Gesetzgeber hat damit eine sehr niedrige Hürde für den Einsatz von Zellenspitzeln gewählt. Hier wird nicht gefragt, ob die Aktivitäten eines Spitzels als Befragung durch die Strafverfolgungsbehörde zu werten sind. Übergangen wurde außerdem die Frage einer Verletzung des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit (§ 50 chStPO).

### b) Hörfälle

In der chinesischen Strafverfolgungspraxis angewandt wird auch die sogenannte Hörfälle, also das Abhören eines Telefongesprächs zwischen dem Beschuldigten und einer Bezugs- oder Kontaktperson des Beschuldigten, die dem Abhören zugestimmt hat, mit Hilfe eines Zweithörers oder über denselben Telefonhörer der Bezugs- oder Kontaktperson. In der chinesischen Rechtsprechung wird die Rechtmäßigkeit der Hörfälle bisher noch nicht in Frage gestellt. Die Hörfälle wird vielmehr als zulässige List angesehen. Die Literatur behandelt die Hörfälle in abwägender Erörterung. Dabei wird das Interesse des Beschuldigten an der Wahrung des Fernmeldegeheimnisses und seiner Privatsphäre gegen das allgemeine Interesse an der Straftatermittlung abgewogen; im Ergebnis wird dem allgemeinen Interesse der Vorrang zugewiesen.<sup>144</sup>

## C. Beweisverwertungsverbote im Zusammenhang mit der Zeugenvernehmung

Das im deutschen und US-amerikanischen Recht bestehende Auskunftsverweigerungsrecht und Zeugnisverweigerungsrecht aus familiären oder aus beruflichen oder dienstlichen Gründen gibt es im chinesischen Recht grundsätzlich nicht. Gemäß

---

<sup>142</sup> Abrufbar unter <http://www.infzm.com/content/65955> [Stand: 15.07.2018] (nur auf Chinesisch).

<sup>143</sup> Abrufbar unter <http://club.kdnet.net/dispbbs.asp?id=7928075&boardid=1> [Stand: 15.07.2018] (nur auf Chinesisch).

<sup>144</sup> *Li, Ming*, *Tongyi jianting de neizai chongtu jiqi jie jue*, *Zhongguo xingshifa zazhi* 2006, Heft 2, 97 (李明, 同意监听的内在冲突及其解决, *中国刑事法杂志* 2006 年第 2 期, 第 97 页).

§ 60 chStPO haben alle, die von den Umständen der Strafsache wissen, die Pflicht, Zeugnis abzulegen, es sei denn, dass sie körperlich oder psychisch behindert sind oder als Minderjährige keine Verstandesreife haben und sich nicht adäquat äußern können. Diese Vorschrift spiegelt die chinesische Rechtsauffassung wider, dass alle Bürger zur Mitwirkung an der Wahrheitsfindung aufgefordert sind und Wahrheitsfindung um jeden Preis angestrebt wird.

Diese seit langem geltende Regelung der chinesischen StPO wird von Rechtswissenschaftlern ständig kritisiert, weil sie vor allem die familiären Interessen des Beschuldigten und Zeugen nicht berücksichtigt. Die Ablehnung des Zeugnisverweigerungsrechts aus familiärem Grund ist ein Relikt der kommunistischen Geschichte Chinas.<sup>145</sup> Sie widerspricht den chinesischen gesellschaftlichen und rechtlichen Traditionen, die jahrhundertlang stark vom Konfuzianismus beeinflusst waren. In der Rechtsgeschichte Chinas wurde schon seit der *Qin*-Dynastie (221–207 v. Chr.) als Prinzip (亲亲相隐/容隐制) in Gesetzbüchern vorgeschrieben, dass man weder Anzeige gegen seine Familienmitglieder erstatten noch Zeugnis gegen sie ablegen darf. Auch im heutigen China werden immer wieder Forderungen laut, diesen Gedanken in die Gesetzbücher aufzunehmen, weil die Mitwirkungspflicht der Verwandten des Beschuldigten bei der Strafverfolgung der menschlichen Natur und der Gerechtigkeit des staatlichen Strafanspruchs widerspricht. In der Praxis hat die durch die Polizei veranlasste Mitwirkung von Verwandten bei der Strafverfolgung, z.B. bei der Festnahme, schon oft zu Tragödien geführt.<sup>146</sup> Die neue chinesische StPO schreibt bezüglich der Zeugenvernehmung in § 188 chStPO vor, dass Ehegatte, Eltern und Kinder des Angeklagten zur Hauptverhandlung nicht erscheinen müssen. Das ist eine begrüßenswerte Entwicklung.

Allerdings bedeutet das keineswegs, dass das Zeugnisverweigerungsrecht aus familiärem Grund im chinesischen Recht schon anerkannt und praktiziert wird. § 188 chStPO hat den Familienmitgliedern nur das Recht gewährt, das Zeugnis in der Hauptverhandlung zu verweigern, um zu vermeiden, dass der Zeuge durch seine den Beschuldigten belastenden Aussagen das verwandtschaftliche Verhältnis beeinträchtigt.<sup>147</sup> Die Pflicht, Zeugnis abzulegen, bleibt im Vorverfahren gegenüber

<sup>145</sup> Bis jetzt haben nur Nordkorea, Kuba, Vietnam und China den Ausschluss der Familienmitglieder von der Mitwirkung an der Strafverfolgung in strafrechtlichen Gesetzen abgelehnt. Guo, *Qiyong*, *Qinqin xiangyin rongren zhi ji qi dui dangjin fazhi de qidi*, *Shehui kexue luntan* 2007, Heft 8-1, 105 (郭齐勇, “亲亲相隐”“容隐制”及其对当今法治的启迪, *社会科学论坛* 2007 第 8 期上, 第 105 页).

<sup>146</sup> Für eine ausführliche Darstellung siehe Yong, *Ziyuan/Lian, Biao*, *Qinqin Xiangyin huigui xingshi falu de sikao*, *Faxue zazhi* 2013, Heft 10, 69–76 (雍自元/廉彪, 亲亲相隐回归刑事法律的思考, *法学杂志* 2013 年第 10 期, 第 69–76 页).

<sup>147</sup> Long, *Zongzhi*, *Jinbu yu juxian – you zhengju zhidu tiaozheng de guan cha*, *Tribune of Political Science and Law* 2012, Heft 5, 11 (龙宗智, 进步与局限 – 由证据制度调整的观察, *政法论坛* 2012 年第 5 期, 第 11 页).

der Polizei und dem Staatsanwalt nach wie vor bestehen.<sup>148</sup> Auch wenn der Zeuge vor Gericht nicht aussagen möchte, darf der Staatsanwalt dennoch die Zeugnisse, die der Zeuge im Vorverfahren abgegeben hat, in der Hauptverhandlung verlesen.<sup>149</sup> Das Mündlichkeitsprinzip lässt sich im chinesischen Strafverfahren dagegen nur schwer durchsetzen.<sup>150</sup> Das Verlesen der Zeugenbekundungen in der Hauptverhandlung ist eine übliche Vorgehensweise, wenn der Zeuge nicht vor Gericht erscheint.

Auch das sich aus dem Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit ergebende Auskunftsverweigerungsrecht des Zeugen wird im chinesischen Recht noch nicht allgemein anerkannt. Obwohl § 50 chStPO vorschreibt, dass niemand zur Selbstbelastung gezwungen werden darf, hat der Gesetzgeber die Anwendung dieser Vorschrift auf den Beschuldigten beschränkt.<sup>151</sup> In der Literatur wird zum Teil dagegen vertreten, dass sich der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit auf jeden bezieht – auch auf den Zeugen –, weil die Menschenwürde und die Freiheit des Zeugen ebenso wie die des Beschuldigten zu behandeln sind und die Rollen des Zeugen und des Beschuldigten sich vertauschen können.<sup>152</sup>

Zeugnisverweigerungsrechte aus beruflichen oder dienstlichen Gründen bestehen nach den vorhandenen chinesischen Gesetzen ebenfalls nicht. Seit etwa 20 Jahren gibt es aber juristische Diskussionen über die Einführung solcher Zeugnisverweigerungsrechte. Sie wurden jedoch nicht in der chinesischen Strafprozessordnung von 2012 berücksichtigt. § 52 chStPO kennt zwar einen allgemeinen Grundsatz, dass Informationen, die staatliche Geheimnisse betreffende Beweismittel beinhalten, geheim gehalten werden sollen, verbietet aber nicht, solche Beweismittel zu erheben. Nur im Anwaltsgesetz und der Berufsordnung der Rechtsanwälte kann man einige Vorschriften bezüglich der Geheimhaltungspflicht der Rechtsanwälte finden. Nach § 38 des chinesischen Anwaltsgesetzes und § 56 der chinesischen Berufsordnung für Rechtsanwälte darf ein Rechtsanwalt geschäftliche Geheimnisse und die Privat-

<sup>148</sup> Long, *Zongzhi*, Jinbu yu juxian – you zhengju zhidu tiaozheng de guancha, Tribune of Political Science and Law 2012, Heft 5, 11 (龙宗智, 进步与局限 – 由证据制度调整的观察, 政法论坛 2012 年第 5 期, 第 11 页).

<sup>149</sup> Long, *Zongzhi*, Jinbu yu juxian – you zhengju zhidu tiaozheng de guancha, Tribune of Political Science and Law 2012, Heft 5, 11 (龙宗智, 进步与局限 – 由证据制度调整的观察, 政法论坛 2012 年第 5 期, 第 11 页).

<sup>150</sup> Bei Amtsgerichten beträgt die Quote, dass die Zeugen vor Gericht erscheinen, weniger als 1 %. Siehe Yi, *Yanyou*, Zhengren chuting yu xingshi beigaoren duizhiqian de baozhang, Zhongguo shehui kexue 2010, Heft 2, 160 (易延友, 证人出庭与刑事被告人对质权的保障, 中国社会科学 2010 年第 2 期, 第 160 页).

<sup>151</sup> Rechtsausschuss des Ständigen Komitees des Nationalen Volkskongresses (Hrsg.), *Zhonghua renmin gongheguo xingshi susong fa shiyi ji shiyong zhinan*, S. 46 (全国人大常委会法工委编, 中华人民共和国刑事诉讼法释义及实用指南, 中国民主法制出版社 2012 年, 第 46 页).

<sup>152</sup> Chen, *Xuequan*, Bijiaofa shiyi xia woguo bubei qiangpo zizheng qi zui zhi jieshi, *Bijiaofa yanjiu* 2013, Heft 5, 32 f. (陈学权, 比较法视野下我国不被强迫自证其罪之解释, 比较法研究 2013 年第 5 期, 第 32, 33 页).

sphäre seines Mandanten sowie die während der Bearbeitung der Rechtssachen erlangten sonstigen Informationen seines Mandanten nicht preisgeben. Aus dieser Geheimhaltungspflicht lässt sich schließen, dass ein Rechtsanwalt nicht als Zeuge über Inhalte aussagen darf, die er während seiner Berufstätigkeit erfahren hat; der Rechtsanwalt hat damit ein Zeugnisverweigerungsrecht aus beruflichem Grund. Es besteht aber ein Gesetzeskonflikt zwischen der Strafprozessordnung und dem Anwaltsgesetz. Da die Strafprozessordnung vom Nationalen Volkskongress, das Anwaltsgesetz dagegen von dessen Ständigem Komitee erlassen wurde, hat das moderat fortschrittliche Anwaltsgesetz keinen Vorrang vor der Strafprozessordnung. Daher wird allgemein angenommen, dass dem Rechtsanwalt nach wie vor kein Zeugnisverweigerungsrecht zukommt.

## D. Beweisverwertungsverbote im Zusammenhang mit strafprozessualen Zwangsmaßnahmen

### 1. Beweisverwertungsverbote bei der Durchsuchung

#### a) Allgemeines

§ 134 chStPO hat den Ermittlungspersonen eine Durchsuchungsbefugnis zugewiesen, und zwar ohne Richtervorbehalt. Die Vorschrift lautet:

Zur Erhebung der Schuldbeweise oder zur Ergreifung des Straftäters können Ermittlungspersonen die Person des Tatverdächtigen und den Körper einer Person, Sachen, Wohnung und andere betroffene Räume durchsuchen, an dem, in denen oder in der der Täter oder Schuldbeweise verborgen sein könnten.

Ähnlich wie in Deutschland und den USA ist die Durchsuchung ohne Anordnung ein übliches Vorgehen in der chinesischen Praxis.<sup>153</sup> Gemäß § 136 chStPO kann eine Durchsuchung ohne Anordnung bei vorläufiger Festnahme oder Verhaftung vorgenommen werden, wenn Gefahr im Verzug vorliegt.<sup>154</sup> Allerdings sieht die Praxis meist anders aus als vom Gesetzgeber in § 136 chStPO vorgesehen. Die meisten Durchsuchungen ohne Anordnung erfolgen direkt nach der Ergreifung des Beschuldigten.<sup>155</sup> Vorläufige Festnahme und Verhaftung verkommen in der Real-

<sup>153</sup> Vgl. Zhou, Hongbo/Pan, Liping, Wuzheng soucha: lifa yu shijian de beili jiqi wanshan, Xinan minzu daxue xuebao 2008, Heft 8, 199 (周洪波/潘利平, 无证搜查: 立法与实践的背离及其完善, 西南民族大学学报 2008 年第 8 期, 第 199 页).

<sup>154</sup> Der Begriff Gefahr im Verzug hat im chinesischen Recht eine ähnliche Bedeutung wie im deutschen Recht. Nach § 219 der Erklärungen des Ministeriums für Öffentliche Sicherheit zur chinesischen StPO und § 224 der Erklärungen der Obersten Staatsanwaltschaft zur chinesischen StPO besteht Gefahr im Verzug, wenn der Beschuldigte bei der vorläufigen Festnahme oder der Verhaftung gefährliche Waffen mit sich führt, explosionsfähige oder giftige Gegenstände bei sich versteckt, Beweismittel unterdrückt, vernichtet oder verlagert oder andere Mittäter verbirgt.

<sup>155</sup> Zhou, Hongbo/Pan, Liping, Wuzheng soucha: lifa yu shijian de beili jiqi wanshan, Xinan minzu daxue xuebao 2008, Heft 8, 199 (周洪波/潘利平, 无证搜查: 立法与实践的

tät zur bloßen Formalität. In den meisten Fällen befindet sich der Beschuldigte schon davor nicht mehr auf freiem Fuß. Vor der vorläufigen Festnahme und Verhaftung des Beschuldigten kommt es meist zur Ladung oder zwangsweisen Vorführung zur Vernehmung. Gefahr im Verzug kann daher bei einer vorläufigen Festnahme und der Verhaftung in den meisten Fällen kaum vorliegen.<sup>156</sup>

Eine andere wichtige Fallkonstellation der Durchsuchung ohne Anordnung betrifft die Streife oder die Kontrollstelle. In diesen beiden Fallkonstellationen können die Ermittlungspersonen nach ihrem Ermessen eine Durchsuchung vornehmen. Wie unschwer zu erkennen ist, verfügen die Ermittlungspersonen dadurch über viel Flexibilität und große Entscheidungsfreiräume.

Auch in China gibt es die angeordnete Durchsuchung. Die Durchsuchungsanordnung wird vom Vorgesetzten der Polizei oder vom Generalstaatsanwalt genehmigt und erlassen.<sup>157</sup> Eine angeordnete Durchsuchung unterliegt praktisch weder der richterlichen Prüfung noch Beschränkungen. Das verdeutlichen zwei Aspekte: Einerseits gibt es bei der Beantragung der Durchsuchung keine Regelungen darüber, wann und unter welchen Bedingungen eine Durchsuchungsanordnung zu beantragen ist.<sup>158</sup> Die Ermittlungspersonen entscheiden ausschließlich nach ihrem Ermessen darüber, ob eine Durchsuchung zulässig ist. Nach einer Umfrage haben die Ermittlungspersonen keine eindeutigen Maßstäbe; manchmal handeln sie aufgrund von Erfahrungen, manchmal wegen vorhandener Beweismittel, manchmal allein aufgrund von Vermutungen oder Prognosen.<sup>159</sup> Der Antrag enthält üblicherweise nur eine kurze Darstellung der Strafsache, den zu durchsuchenden Ort oder den zu durchsuchenden Gegenstand und eventuell die Grunddaten der zu durchsuchenden Person.<sup>160</sup> Die tatsächlichen Anhaltspunkte sowie Begründungen für die

---

背离及其完善, 西南民族大学学报 2008 年第 8 期, 第 199 页); *Chen, Cheng/Lin, Xifen*, Bujian de kunju: ping xinxiingsufa de soucha chengxu zhi wanshan, Gansu zhengfa xueyuan xuebao 2013, Heft 11, 19 (陈橙/林喜芬, 不“变”的困局: 评新刑诉法的搜查程序之完善, 甘肃政法学院学报 2013 年第 11 期, 第 19 页).

<sup>156</sup> *Zhou, Hongbo/Pan, Liping*, Wuzheng soucha: lifa yu shijian de beili jiqi wanshan, Xinan minzu daxue xuebao 2008, Heft 8, 199 (周洪波/潘利平, 无证搜查: 立法与实践的背离及其完善, 西南民族大学学报 2008 年第 8 期, 第 199 页).

<sup>157</sup> § 217 der Erklärungen des Ministeriums für Öffentliche Sicherheit zur chinesischen StPO und § 220 der Erklärungen der Obersten Staatsanwaltschaft zur chinesischen StPO.

<sup>158</sup> Vgl. *Wenig, Yijie*, Woguo xingshi soucha, kouya zhidu de gaige yu wanshan, Guojia jianchaguan xueyuan xuebao 2004, Heft 5, 65 (翁怡洁, 我国刑事搜查, 扣押制度的改革与完善, 国家检察官学院学报 2004 年第 5 期, 第 65 页).

<sup>159</sup> *Pan, Liping*, Woguo xingshi soucha qidong chengxu wenti yanjiu, Shehui kexue yanjiu 2004, Heft 5, 93 (潘利平, 我国刑事搜查启动程序问题研究, 社会科学研究 2004 年第 5 期, 第 93 页).

<sup>160</sup> *Liu, Fangquan*, Lun soucha de zhengdang chengxu, Shandong gongan zhuanke xuexiao xuebao 2002, Heft 11, 83 (刘方权, 论搜查的正当程序, 山东公安专科学校学报 2002 年第 11 期, 第 83 页). Beispiele siehe *Liu, Fangquan*, Cong shouquan dao xianquan, Kunming ligong daxue xuebao 2009, Heft 5, 74 f. (刘方权, 从授权到限权, 昆明理工大学学报 2009 年第 5 期, 第 74, 75 页).

Durchsuchung werden im Antrag nicht erwähnt.<sup>161</sup> Aus Gründen der Effektivität der Ermittlung wird die Durchsuchung manchmal sogar ohne genaue Angaben über den zu durchsuchenden Ort oder Gegenstand oder die betreffende Person beantragt, da die Ermittlungspersonen selbst keinerlei Informationen darüber haben und erst während der Durchsuchung solche Angaben für die zunächst „blanko“ erlassene Anordnung zu erlangen hoffen.<sup>162</sup> Die Tatsache, dass die Anordnung nur von interner Seite der Ermittlungsbehörden, also vom Vorgesetzten der Ermittlungspersonen, genehmigt und erlassen wird, ermöglicht darüber hinaus keine Prüfung im rechtlichen Sinne.<sup>163</sup> Der andere Aspekt betrifft die Durchsuchung an sich. Die Anordnung beinhaltet keine Begründung für die Durchsuchung, keine zeitlichen und räumlichen Beschränkungen, keine Beschreibung der aufzufindenden Beweismittel und ihres Bezugs zu der Strafsache.<sup>164</sup> Dies führt dazu, dass sich die Durchsuchung durch eine große Beliebigkeit auszeichnet oder sogar schlichte Willkür in sich birgt.

#### b) Grundsätzliches zu Beweisverwertungsverböten bei der Durchsuchung

Bezüglich der Beweisverwertungsverböten bei der Durchsuchung schreibt § 54 chStPO vor:

Es werden Korrekturen oder vernünftige Erklärungen benötigt, wenn die Erhebung des Sachbeweises oder Urkundenbeweises dem gesetzlichen Prozedere nicht entspricht und dadurch die justizielle Gerechtigkeit schwer beeinträchtigt werden kann; wenn Korrekturen oder vernünftige Erklärungen in diesem Fall nicht erfolgen können, sind solche Beweismittel auszuschließen.

Den Grundsatz des § 54 chStPO hat der Oberste Volksgerichtshof in § 73 seiner Erklärungen zur chinesischen StPO erläutert. Allerdings gilt § 73 dieser Erklärungen nicht nur für Durchsuchung und Beschlagnahme, sondern auch für Augenschein und Untersuchung. Bezüglich der Durchsuchung und Beschlagnahme lässt sich § 73 der Erklärungen folgendermaßen interpretieren:

1) Wenn es kein Protokoll über die Durchsuchung und Beschlagnahme oder kein Verzeichnis der beschlagnahmten Urkundenbeweise und Sachbeweise gibt und sich

<sup>161</sup> *Chen Cheng/Lin, Xifen*, Bubian de kunju: ping xiningsufa de soucha chengxu zhi wanshan, Gansu zhengfa xueyuan xuebao 2013, Heft 11, 18 (陈橙/林喜芬, 不“变”的困局: 评新刑法的搜查程序之完善, 甘肃政法学院学报 2013 年第 11 期, 第 18 页).

<sup>162</sup> *Liu, Fangquan*, Cong shouquan dao xianquan, Kunming ligong daxue xuebao 2009, Heft 5, 75 f. (刘方权, 从授权到限权, 昆明理工大学学报 2009 年第 5 期, 第 75, 76 页).

<sup>163</sup> Vgl. *Pan, Liping*, Woguo xingshi soucha qidong chengxu wenti yanjiu, Shehui kexue yanjiu 2004, Heft 5, 94 (潘利平, 我国刑事搜查启动程序问题研究, 社会科学研究 2004 年第 5 期, 第 94 页); *Lewis*, (2011) 43 N. Y. U. J. Int'l L. & Pol. 664.

<sup>164</sup> Vgl. *Liu, Fangquan*, Lun soucha de zhengdang chengxu, Shandong gongan zhuanke xuexiao xuebao 2002, Heft 11, 83 (刘方权, 论搜查的正当程序, 山东公安专科学校学报 2002 年第 11 期, 第 83 页). Beispiele für solche Anordnungen finden sich bei *dems.*, Cong shouquan dao xianquan, Kunming ligong daxue xuebao 2009, Heft 5, 74 (刘方权, 从授权到限权, 昆明理工大学学报 2009 年第 5 期, 第 74 页).

somit die Herkunft der Urkundenbeweise und Sachbeweise nicht beweisen lässt, dürfen diese Beweise nicht verwertet werden.

2) Wenn der Erhebung der Urkundenbeweise oder Sachbeweise ein Makel anhaftet, der aber durch Korrekturen oder vernünftige Erklärungen geheilt werden kann, dürfen die Beweise verwertet werden. Zu diesen Makeln gehören z.B. fehlende Unterschriften der Ermittlungspersonen, der Besitzer solcher Beweise oder der Zeugen solcher Maßnahmen oder fehlende Beschreibungen der beschlagnahmten Gegenstände im Protokoll oder Verzeichnis; desgleichen ein Fehlen des Vermerks, dass die Kopie mit dem Original übereinstimmt; das Fehlen einer Notiz über den Tag und die Uhrzeit der Herstellung der Kopie; das Fehlen der Unterschrift oder des Stempels der Person, bei der der Sachbeweis erhoben oder auf Antrag von der Verteidigung oder Anklage hin herbeigeschafft wurde; fehlende Darstellungen über die Herstellung der Kopie des Sachbeweises und über den Zustand des ursprünglichen Beweisstücks oder nicht unterschriebene Darstellungen.

3) Wird die Herkunft oder der Erhebungsprozess der Sachbeweise oder der Urkundenbeweise in Frage gestellt und gibt es keine vernünftigen Erläuterungen dazu, sind diese Beweise nicht verwertbar.

An dieser Vorschrift und ihren Erklärungen wird kritisiert, dass sie nur deklarative Bedeutung haben und sich in der Praxis schwerlich umsetzen lassen.<sup>165</sup> Die Verwertungsverbote der Sachbeweise bzw. die Verwertungsverbote der Durchsuchung sind in diesem Zusammenhang faktisch nicht definiert.<sup>166</sup> Viele nach diesen Regelungen als Makel angesehene Fehler können im konkreten Fall durchaus schwerwiegend sein.<sup>167</sup> Ein Beispiel: Der Besitzer eines beschlagnahmten Gegenstands weigert sich, ein Protokoll oder Verzeichnis zu unterschreiben, weil die Ermittlungspersonen bei der Durchsuchung und Beschlagnahme brutale Gewalt oder sogar Folter gegen den Besitzer angewendet haben. In einem solchen Fall verletzt diese Beweiserhebung die justizielle Gerechtigkeit, was in allen modernen Strafverfahren als schwerwiegende Rechtsverletzung gilt. Wenn die Rechtswidrigkeit bei der Erhebung die Gerechtigkeit schwer beeinträchtigen könnte (vgl. § 54 chStPO),

<sup>165</sup> Yan, Yongli/Zhang, Shuqin, Lun feifa shiwu zhengju paichu guize de goujian, Zhongguo xingshifa zazhi 2013, Heft 7, 70 (阎永黎/张书勤, 论非法实物证据排除规则的构建, 中国刑事法杂志 2013 年第 7 期, 第 70 页).

<sup>166</sup> Yan, Yongli/Zhang, Shuqin, Lun feifa shiwu zhengju paichu guize de goujian, Zhongguo xingshifa zazhi 2013, Heft 7, 70 (阎永黎/张书勤, 论非法实物证据排除规则的构建, 中国刑事法杂志 2013 年第 7 期, 第 70 页); Cheng, Lei, Feifa zhengju paichu guize guifan fenxi, Tribune of Political Science and Law 2014, Heft 6, 186 (程雷, 非法证据排除规则规范分析, 政法论坛 2014 年第 6 期, 第 186 页).

<sup>167</sup> Chen, Cheng/Lin, Xifen, Bubian de kunju: ping xinxingsufa de soucha chengxu zhi wanshan, Gansu zhengfa xueyuan xuebao 2013, Heft 11, 19 (陈橙/林喜芬, 不“变”的困局: 评新刑事诉讼法的搜查程序之完善, 甘肃政法学院学报 2013 年第 11 期, 第 19 页). Vgl. auch Chen, Guangzhong, Xingshi zhengju zhidu gaige ruogan lilun yu shijian wenti zhi tantao, Zhongguo faxue 2010, Heft 6, 15 (陈光中, 刑事证据制度改革若干理论与实践之探讨, 中国法学 2010 年第 6 期, 第 15 页).

wäre dies bereits ein schwerwiegender Fehler, der sowohl in Deutschland als auch in den USA zu einem Verwertungsverbot führen könnte. Er wird aber im chinesischen Recht als korrigierbarer Fehler betrachtet. Dies entbehrt der Logik.<sup>168</sup> Die Gesetzesvorschrift und die Erklärungen dazu beweisen erneut, dass der chinesische Strafprozess sich stark an der absoluten materiellen Wahrheitsfindung orientiert. Erst wenn ein Erhebungsfehler, der die Gerechtigkeit beeinträchtigen könnte, nicht mehr korrigierbar ist, kommt der Beweismittelausschluss in Frage.

### c) Beweisverwertungsverbote bei Zufallsfunden

Die Problematik der Zufallsfunde bei der Durchsuchung ist in der chinesischen Strafprozessordnung nicht geregelt.<sup>169</sup> Allerdings darf die Polizei nach etwa anerkannter Ansicht Konterbände auch dann beschlagnahmen, wenn sie bei der Durchsuchung zufällig entdeckt wird.<sup>170</sup> Da die Anordnung der Durchsuchung in China, wie schon dargestellt, wenig oder kaum Beschreibendes zu den aufzufindenden Beweismitteln beinhaltet, wird sie in umso stärkerem Maße von Beliebigkeit oder sogar von Willkür beherrscht. Angesichts dieser Umstände und des Vorrangs der absoluten materiellen Wahrheitsfindung im chinesischen Strafverfahren ist es vorstellbar, dass gezielt „zufällig“ gefundene Gegenstände, solange sie die Straftat im ursprünglichen Fall oder andere Straftaten beweisen können, stets verwertbar sind.

## 2. Beweisverwertungsverbote bei der Beschlagnahme

### a) Allgemeines

Der einzige Paragraph, der den Umfang der Beschlagnahme regelt, ist § 139 chStPO, nach dem die bei der Durchsuchung aufgefundenen Gegenstände oder Dokumente, die den Verdächtigen belasten oder entlasten können, zu beschlagnahmen sind, im Gegensatz zu Gegenständen oder Dokumenten, die keinen Bezug zur Strafsache haben. § 234 der Erklärungen der Obersten Volksstaatsanwaltschaft zur chinesischen StPO fügt dem noch erläuternd hinzu, dass Gegenstände oder Dokumente zwar beschlagnahmt werden können, dass sie jedoch einer rechtzeitigen

<sup>168</sup> Vgl. *Chen, Guangzhong*, Xingshi zhengju zhidu gaige ruogan lilun yu shijian wenti zhi tantao, *Zhongguo faxue* 2010, Heft 6, 15 (陈光中, 刑事证据制度改革若干理论与实践之探讨, *中国法学* 2010年第6期, 第15页); *Xiong, QiuHong*, Xingshi zhengju zhidu fazhan zhong de jieduanxing jinbu, *Evidence Science* 2010, Heft 5, 575 (熊秋红, 刑事证据制度发展中的阶段性进步, *证据科学* 2010年第5期, 第575页).

<sup>169</sup> Ein Teil der Literatur schlägt vor, dass die chinesische Strafprozessordnung die Zufallsfunde regeln möge, z.B. *Lin, Xifen*, Xingshi zhencha kouya chengxu de quexian yu zhidu chongsu, *The rule of law forum* 2008, Heft 3, 27 (林喜芬, 刑事侦查扣押程序的缺陷与制度重塑, *法治论丛* 2008年第3期, 第27页).

<sup>170</sup> *Liu, Fangquan*, Lun soucha de zhengdang chengxu, *Shandong gongan zhuanke xuexiao xuebao* 2002, Heft 11, 84 (刘方权, 论搜查的正当程序, *山东公安专科学校学报* 2002年第11期, 第84页).



Nachprüfung zu unterziehen sind, auch wenn nicht sofort festgestellt werden kann, ob sie Bezug zur Strafsache haben.

Nach diesen Regelungen unterliegen Umfang und Art der beschlagnahmbaren Gegenstände oder Dokumente fast keinerlei Beschränkung. Nur bei Gegenständen oder Dokumenten, die offensichtlich keinen Bezug zur Strafsache haben, besteht ein Beschlagnahmeverbot. Beschlagnahmeverbote aufgrund von familiären, beruflichen oder dienstlichen Beziehungen kennt die chinesische Strafprozessordnung nicht.

Durchsuchungs- bzw. Beschlagnahmeaktionen bei Rechtsanwälten sind in China nicht verboten. Nicht wenige Rechtsanwälte haben diese Zwangsmaßnahmen am eigenen Leibe erfahren.<sup>171</sup> Daher kommt die rechtliche Problematik der Verwertungsverbote wegen Verstößen gegen Beschlagnahmeverbote hier nicht in Frage. Bei Verstößen gegen Regelungen über die Anordnung und Durchführung der Beschlagnahme richten sich die Beweisverwertungsverbote grundsätzlich nach den Grundsätzen der Verwertungsverbote bei der Durchsuchung.

#### *b) Tagebuchaufzeichnungsfälle und Tonaufzeichnungsfälle*

Die Verwertbarkeit von Tagebuchaufzeichnungen und von heimlich aufgenommenen Tonaufzeichnungen, die den Strafverfolgungsbehörden von Dritten zugeleitet oder von den Strafverfolgungsbehörden beschlagnahmt wurden, wird im chinesischen Recht grundsätzlich nicht durch den Schutz der Privatsphäre beschränkt. Nach § 52 chStPO sollen die Informationen, die staatliche oder geschäftliche Geheimnisse oder die Privatsphäre betreffende Beweismittel beinhalten, zwar geheim gehalten werden. Jedoch hindert dies die Ermittlungsbehörden nicht daran, solche Beweismittel zu erheben; es wird nur verlangt, dass sie die Beweismittel, welche die staatlichen oder geschäftlichen Geheimnisse oder die Privatsphäre betreffen, geheim halten und andere Personen, die keine Berechtigung zum Zugang zu den Informationen der Beweismittel haben, nicht davon wissen lassen.<sup>172</sup>

Es ist in China nicht ungewöhnlich, dass man in den Medien von Fällen liest, in denen die Strafverfolgungsbehörden durch Beschlagnahme oder durch Privatpersonen die Tagebücher der Täter erlangt haben und Gerichte solche Beweismittel

---

<sup>171</sup> Eine Umfrage ergab, dass 64 % der Rechtsanwälte schon selbst Durchsuchungen ohne Anordnung oder mit einer allgemeinen Anordnung oder einer Anordnung, die keine genauen Angaben enthielt, erlebt haben. Siehe *Pan, Liping*, *Woguo xingshi soucha qidong chengxu wenti yanjiu*, *Shehui kexue yanjiu* 2004, Heft 5, 91 (潘利平, 我国刑事搜查启动程序问题研究, *社会科学研究* 2004 年第 5 期, 第 91 页).

<sup>172</sup> Rechtsausschuss des Ständigen Komitees des Nationalen Volkskongresses (Hrsg.), *Zhonghua renmin gongheguo xingshi susong fa shiyi ji shiyong zhinan*, S. 120 f. (全国人大常委会法工委编, *中华人民共和国刑事诉讼法释义及实用指南*, 中国民主法制出版社 2012 年, 第 120, 121 页).

in der Urteilsfindung verwertet haben.<sup>173</sup> Akademische Diskussionen zur Verwertbarkeit von Tagebuchaufzeichnungen im Strafverfahren sind bis heute kaum geführt worden. Dies liegt wahrscheinlich daran, dass Tagebücher im chinesischen Strafprozess, dessen Schwerpunkt auf der Suche nach absoluter materieller Wahrheit und der Effektivität der Ermittlung liegt, grundsätzlich als normale Dokumente und deshalb als beschlagnahmbar angesehen werden, soweit sie der Ermittlung der Wahrheit dienen können.

Heimlich aufgenommene Tonaufzeichnungen gehören im chinesischen Recht zur Beweismittelart der Video- oder Audiodaten. Zu ihrer Würdigung hat § 92 der Erklärungen des Obersten Volksgerichtshofs zur chinesischen StPO neben der Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Erlangung und der Authentizität der Daten verlangt, zu berücksichtigen, ob die Aufzeichnung unter dem Einfluss von Drohung, Einlocken oder unter anderen rechtswidrigen Umständen angefertigt wurde, ob der Hersteller, der Besitzer der Daten, die Zeit, der Ort, die Bedingungen und Methode der Aufzeichnung gekennzeichnet sind und ob der Inhalt der Aufzeichnung sich auf die Straftat bezieht. Trotz dieser Regelungen zur Beweiswürdigung hat § 94 derselben Erklärungen allerdings nur den klaren Ausschluss der Video- oder Audiodaten von der Urteilsfindung vorgeschrieben, wenn nach der Überprüfung die Authentizität dieser Daten nicht festgestellt werden kann oder ihre Herstellung oder Erlangung hinsichtlich der Zeit, des Ortes oder der Art und Weise in Zweifel stehen und es keine vernünftigen Erklärungen dazu gibt. Nach diesen Regelungen sind Video- oder Audiodaten vor allem wegen ihrer mangelnden Authentizität oder wegen ihrer Unzuverlässigkeit unverwertbar. Bei Zweifeln am Herstellungs- oder Erlangungsprozess kann es zum Beweisausschluss kommen, allerdings erst wenn der Zweifel nicht vernünftig aufgeklärt werden kann.

Die erwähnten Vorschriften gelten für die von Strafverfolgungsbehörden oder von Privatpersonen aufgenommenen Video- oder Audiodaten, unabhängig davon, ob die Aufnahme heimlich oder nicht heimlich gemacht wurde. Die heimlich von den Strafverfolgungsbehörden aufgenommenen Video- oder Audiodaten und ihre Verwertbarkeit unterliegen den sich aus den Vorschriften für technische Ermittlungsmaßnahmen ergebenden Beschränkungen. Heimlich privat aufgenommene Video- oder Audiodaten können die Privatsphäre verletzen und dadurch unter Um-

---

<sup>173</sup> Solche Fälle betreffen oft Korruption oder Mord, z.B. der *Hanfeng-Fall*, der *Zhang Luming-Fall*, der *Yin Weiguang-Fall* und der *Li Wenguang-Fall*. Die genannten Fälle stammen jeweils aus: *Wang, Hua*, *Beiriji laxiama de haoganbu*, *Dangyuan ganbu zhiyou* 2011, Heft 9, 44 f. (汪华, 被日记拉下马的“好干部”, 党员干部之友 2011 年第 9 期, 第 44, 45 页); *Lu, Qiaojian*, *Sanshiliu ben riji qianchu shuangtan shuiguan*, *Jiancha fengyun* 1999, Heft 10, 29–31 (鲁桥剑, 三十六本日记牵出“双贪”税官, 检察风云 1999 年第 10 期, 第 29–31 页); *Lü, Juan*, *Sharen boshi shiyipian riji maicang zhe jingshen weiji*, *Falu yu shenghuo* 2005, Heft 14, 6–8 (吕鹃, 杀人博士, 11 篇日记埋藏着精神危机, 法律与生活 2005 年第 14 期, 第 6–8 页); *Mo, Te*, *Sishi pian jiabao riji bokai fumu shazi miwu*, *Baixing shenghuo* 2015, Heft 1, 21 f. (莫特, 40 篇家暴日记拨开父母杀子迷雾, 百姓生活 2015 年第 1 期, 第 21, 22 页).

ständen nach Zivilrecht<sup>174</sup> oder sogar nach Strafrecht<sup>175</sup> in China rechtswidrig sein. Allerdings wird in der Praxis anerkannt, dass z.B. im Fall der Erpressung von Schmiergeldern private, heimlich aufgenommene Video- oder Audiodaten als Beweise verwertet werden dürfen.<sup>176</sup> Außerhalb von Fällen der Gefahrabwendung besteht für heimlich privat aufgenommene Video- oder Audiodaten seit langem seitens Gericht und Staatsanwaltschaft die Auffassung, dass solche Video- oder Audiodaten grundsätzlich im Strafverfahren verwertbar sind.<sup>177</sup> Dies setzt voraus, dass erstens sich die Video- oder Audiodaten auf die angeklagte Straftat beziehen und zweitens sie die Wahrheit beweisen können und an sich authentisch sind.<sup>178</sup> Hierbei handelt es sich um eine Interessenabwägung. Man geht davon aus, dass das allgemeine Interesse an der Strafverfolgung Vorrang hat, wenn die heimlich von einer privaten Person aufgenommenen Video- oder Audiodaten eine Straftat beweisen können.<sup>179</sup>

### 3. Beweisverwertungsverbote bei der körperlichen Untersuchung

In Bezug auf körperliche Untersuchungen oder Eingriffe regelt § 130 Abs. 1 chStPO, dass körperliche Untersuchungen vorgenommen werden können, um be-

<sup>174</sup> Nach § 100 der allgemeinen Bestimmung des chinesischen Zivilgesetzes hat ein Bürger Rechte an seinem eigenen Bild, und ohne seine Zustimmung darf sein Bild nicht zu profitorientierten Zwecken benutzt werden. In § 1 der Erklärungen des Obersten Volksgerichtshofs bezüglich des Schmerzensgelds aufgrund zivilrechtlichen Schadens vom 10.03.2001 wird geregelt, dass eine Person für den Fall, dass ihre Privatsphäre oder sonstige persönliche Interessen unter Verstoß gegen das öffentliche Interesse oder die Sozialmoral verletzt wurden, Anspruch auf Schmerzensgeld hat. Heimliche private Ton- und Bildaufzeichnungen können daher nach den zivilrechtlichen Regelungen die Privatsphäre beeinträchtigen.

<sup>175</sup> § 253 des chinesischen Strafgesetzbuchs, der nach der siebten Gesetzesänderung in das chinesische Strafgesetzbuch eingefügt wurde, führt drei Straftaten auf: Verkauf persönlicher Daten, illegale Lieferung persönlicher Daten und illegale Erlangung persönlicher Daten. Heimliche private Ton- und Bildaufzeichnungen können im schweren Fall den Tatbestand der illegalen Erlangung persönlicher Daten nach § 253 Abs. III und Abs. IV des chinesischen StGB erfüllen.

<sup>176</sup> Liu, Gui, *Geren mimi luzhi de shiting ziliao shifou juyou xingshi zhengju xiaoli*, Renmin jiancha 2008, Heft 21, 34 f. (刘贵, 个人秘密录制的视听资料是否具有刑事证据效力, 人民检察 2008 年第 21 期, 第 34, 35 页).

<sup>177</sup> Zhang, Jun/Jiang, Wei/Tian, *Wenchang*, Xingshi susong: kongbianshen sanrentan, S. 98–104 (张军/姜伟/田文昌, 刑事诉讼: 控辩审三人谈, 第 98–104 页). Ähnlich Wang, Li/Lü, *Liangbiao*, Lun silu shiting ziliao de sifa shencha, Falu shiyong 1997, Heft 12, 39 (王栋/吕梁彪, 论私录视听资料的司法审查, 法律适用 1997 年 12 期, 第 39 页); vgl. auch Wei, Qiong, *Shiting ziliao jiqi zhengju paichu guize*, Xinan minzu daxue xuebao 2008, Heft 7, 224 (魏琼, 视听资料及其证据排除规则, 西南民族大学学报 2008 年第 7 期, 第 224 页).

<sup>178</sup> Vgl. Zhang, Jun/Jiang, Wei/Tian, *Wenchang*, Xingshi susong: kongbianshen sanrentan, S. 101 f. (张军/姜伟/田文昌, 刑事诉讼: 控辩审三人谈, 第 101, 102 页).

<sup>179</sup> Vgl. Zhang, Jun/Jiang, Wei/Tian, *Wenchang*, Xingshi susong: kongbianshen sanrentan, S. 101 (张军/姜伟/田文昌, 刑事诉讼: 控辩审三人谈, 第 101 页).

stimmte Eigenschaften wie die Verletzungslage, physiologische Umstände des Opfers oder des Verdächtigen festzustellen. Dazu können Fingerabdrücke, Blut, Harn oder sonstige biologische Proben erhoben werden. Nach Abs. 2 desselben Paragraphen kann der Verdächtige zur körperlichen Untersuchung gezwungen werden, wenn er sie ablehnt, die Ermittlungspersonen sie aber als notwendig erachten. Die DNA-Analyse wird nach allgemeiner Auffassung in § 130 chStPO ebenfalls behandelt, obwohl der Begriff nicht wörtlich erwähnt ist.

Zu den in der Praxis häufig angewandten körperlichen Untersuchungsmethoden gehören die Blutentnahme zur Feststellung des Blutalkohols oder für DNA-Analysen, der Atemtest und die Aufnahme der Fingerabdrücke. In Fällen der Trunkenheitsfahrt wird zunächst der Atemtest bevorzugt, bei Weigerung der betroffenen Person oder bei einem Verkehrsunfall soll eine Blutentnahme erfolgen.<sup>180</sup> Die Blutentnahme für DNA-Analysen wird in China inzwischen oft zur Feststellung der Identität des Verdächtigen benutzt, insbesondere in Vergewaltigungsfällen. Dabei wird nicht selten ein DNA-Reihentest durchgeführt.<sup>181</sup> Eine staatliche kriminologische DNA-Datenbank und ein staatliches Fingerabdruck-Vergleichssystem werden zur Zeit errichtet.<sup>182</sup>

Ähnlich wie bei anderen Zwangsmaßnahmen schreibt das chinesische Recht bei körperlichen Untersuchungen keinen Richtervorbehalt vor, obwohl in der Literatur allgemein anerkannt wird, dass Blutentnahmen oder sonstige körperliche Untersuchungen Eingriffe in persönliche Rechte darstellen. Normalerweise benötigt die Vornahme einer körperlichen Untersuchung, z.B. der Blutentnahme, nicht einmal eine Genehmigung eines Vorgesetzten der Polizei.<sup>183</sup> Nur wenn der Verdächtige die körperliche Untersuchung ablehnt, die Ermittlungspersonen sie aber für notwendig halten, ist eine Genehmigung durch einen Vorgesetzten der Polizei erforderlich, um die körperliche Untersuchung zwangsweise vornehmen zu dürfen.<sup>184</sup> Das Fehlen des Prüfungs- oder Genehmigungsprozesses vor der Vornahme einer kör-

---

<sup>180</sup> Vgl. § 33 der Regelung für Rechtsverstöße gegen die Straßenverkehrssicherheit aus dem Ministerium der Öffentlichen Sicherheit.

<sup>181</sup> Für eine ausführliche Darstellung siehe *Wang, Zhigang*, *Dafanwei chouxue caiyan DNA xianxiang yanjiu*, *Zhongguo shehui kexueyuan yanjiushengyuan xuebao* 2012, Heft 2, 62–66 (王志刚, 大范围抽血采验 DNA 现象研究, 中国社会科学院研究生院学报 2012 年第 2 期, 第 62–66 页).

<sup>182</sup> *Chen, Ruchao*, *Xingxun bigong de guojia zhili: 1979–2013*, *Zhongguo faxue* 2014, Heft 5, 24 (陈如超, 刑讯逼供的国家治理: 1979–2013, 中国法学 2014 年第 5 期, 第 24 页).

<sup>183</sup> Vgl. die Umfrage von *Chen, Bangda*, *Shizheng he bijiaofa shiye xia de qiangzhi caiyang yanjiu*, *Zhongguo xingshifa zazhi* 2011, Heft 9, 34 f. (陈邦达, 实证和比较法视野下的强制采样研究, 中国刑事法杂志 2011 年第 9 期, 第 34, 35 页).

<sup>184</sup> § 212 der Erklärungen des Ministeriums für Öffentliche Sicherheit zur chinesischen StPO.

perlichen Untersuchung wird in der Literatur häufig kritisiert.<sup>185</sup> Ohne richterliche Prüfung oder Genehmigung des Vorgesetzten ist diese Maßnahme in der Tat leicht in das Belieben der Ermittlungspersonen gestellt.

Dass Blutentnahmen oder sonstige körperliche Untersuchungen stets durch einen Arzt vorgenommen werden müssen, schreibt die chinesische Strafprozessordnung nicht vor.<sup>186</sup> In den Erklärungen des Ministeriums für Öffentliche Sicherheit zur chinesischen StPO ist dazu ebenfalls nichts geregelt. Nur in den Erklärungen der Obersten Volksstaatsanwaltschaft zur chinesischen StPO schreibt § 213 diesbezüglich vor, dass ein Gerichtsmediziner oder Arzt zur Vornahme der körperlichen Untersuchung beigegeben oder hinzugezogen werden kann, wenn es erforderlich ist, und dass die Entnahme der Blutprobe oder sonstiger biologischer Proben von einem Arzt vorgenommen werden soll. In der Praxis werden Blutproben oder sonstige biologische Proben aber oft allein von Polizisten entnommen, die wenig oder gar keine medizinische Erfahrung haben.<sup>187</sup> Ob eine Blutentnahme, die nicht von einem Arzt vorgenommen wurde, zu einem Verwertungsverbot führen könnte, wird im chinesischen Recht bis heute nicht diskutiert. Dieses Vorgehen stellt keinen Verstoß gegen die Strafprozessordnung dar. Es verstößt ebenfalls nicht gegen die Erklärungen bzw. Regelungen des Ministeriums für Öffentliche Sicherheit. Wenn der Fall von der Staatsanwaltschaft ermittelt wird, könnte das Vorgehen allerdings unter Umständen § 213 der Erklärungen der Obersten Volksstaatsanwaltschaft verletzen. Nach § 89 der Erklärungen des Obersten Volksgerichtshofs könnte die Untersuchung sowie ihr Ergebnis von der Urteilsfindung ausgeschlossen werden, wenn die Rechtswidrigkeit offensichtlich schwer ist und keine vernünftigen Erklärungen vorliegen.

Die chinesische Strafprozessordnung regelt darüber hinaus nur noch die körperliche Untersuchung des Tatopfers. Allerdings kann in der Praxis auch die körperliche Untersuchung anderer Personen, z.B. die körperliche Untersuchung von Zeugen,

---

<sup>185</sup> *Song, Zhijun*, Woguo xingshi renshen jiancha zhidu tanxi, Zhengfa xuekan 2007, Heft 2, 113 (宋志军, 我国人身检查制度探析, 政法学刊 2007 年第 2 期, 第 113 页); *Weng, Yijie*, Xingshi shenti jiancha zhidu zhi tantao, Renmin jiancha 2004, Heft 6, 11 f. (翁怡洁, 刑事身体检查制度之探讨, 人民检察 2004 年第 6 期, 第 11, 12 页).

<sup>186</sup> Es wird aber in der Literatur vorgeschlagen, dass körperliche Eingriffe durch einen Arzt nach den Regeln der ärztlichen Kunst vorgenommen werden sollen. Siehe *Yuan, Zhi*, Renshen jiancha chengxu de falu wanshan, Faxue 2004, Heft 11, 125 (袁志, 人身检查程序的法律完善, 法学 2004 年第 11 期, 第 125 页).

<sup>187</sup> Vgl. den Bericht einer Umfrage von *Chen, Bangda*, Shizheng he bijiaofa shiye xia de qiangzhi caiyang yanjiu, Zhongguo xingshifa zazhi 2011, Heft 9, 34 f. (陈邦达, 实证和比较法视野下的强制采样研究, 中国刑事法杂志 2011 年第 9 期, 第 34, 35 页); für eine ausführliche Darstellung einer Blutprobenentnahme durch einen Polizisten siehe *Wang, Zhigang*, Dafanwei chouxue caiyan DNA xianxiang yanjiu, Zhongguo shehui kexueyuan yanjiushengyuan xuebao 2012, Heft 2, 65 (王志刚, 大范围抽血采样 DNA 现象研究, 中国社会科学院研究生院学报 2012 年第 2 期, 第 65 页).

vorgenommen werden.<sup>188</sup> Weigerungsrechte weiterer Personen bei ihrer körperlichen Untersuchung kennt das chinesische Recht soweit nicht.

Bei DNA-Analysen gilt der Grundsatz des § 89 der Erklärungen des Obersten Volksgerichtshofs ebenfalls, nach dem die Ergebnisse einer DNA-Analyse von der Urteilsfindung ausgeschlossen werden sollen, wenn die Analyse offensichtlich den gesetzlichen oder sonstigen diesbezüglichen Regelungen nicht entspricht und es keine vernünftigen Erklärungen dazu gibt. Welcher Rechtsverstoß aber als offensichtlich zu gelten hat, ist weder durch konkrete Hinweise noch durch Rechtsprechung festgelegt.

#### 4. Beweisverwertungsverbote bei der Telekommunikationsüberwachung

##### a) Allgemeines über technische Ermittlungsmaßnahmen

Die §§ 148 bis 152 chStPO bezüglich der technischen Ermittlungsmaßnahmen wurden 2012 neu in der chinesischen Strafprozessordnung verankert. Früher wurden solche Ermittlungsmaßnahmen in Sondergesetzen oder internen Regelungen behandelt. Der Gesetzgeber hat die Regelungen für den Einsatz von verdeckten Ermittlern, Spitzeln oder sonstigen Personen, die unter veränderter Identität ermitteln, ebenfalls im Rahmen der rein technischen Ermittlungsmaßnahmen hinzugefügt.<sup>189</sup> Das ist fragwürdig.

Es gibt keine einheitliche Definition der technischen Ermittlungsmaßnahmen in der Literatur oder im Gesetzbuch. Allgemein anerkannt ist, dass sich die technischen Ermittlungsmaßnahmen auf den heimlichen Einsatz technischer Mittel außerhalb der gewöhnlichen Ermittlungsmaßnahmen beziehen sollen.<sup>190</sup> Dazu zählen nach Ansicht des Gesetzgebers die akustische Überwachung, die Telefonüberwachung, die elektronische Überwachung (beispielsweise die Internetüberwachung), heimliche Bildaufnahmen oder Videoaufnahmen, die heimliche Erlangung von Sachbeweisen, die Kontrolle von Briefen usw.<sup>191</sup> Nach Ansicht der Literatur zählen die beiden letztgenannten Maßnahmen nicht zu den technischen Ermittlungsmaß-

<sup>188</sup> Yuan, Zhi, Renshen jiancha chengxu de falu wanshan, Faxue 2004, Heft 11, 124 (袁志, 人身检查程序的法律完善, 法学 2004 年第 11 期, 第 124 页).

<sup>189</sup> Vgl. Chen, Guangzhong (Hrsg.), Xingshi susongfa, Fn. 1 auf S. 300 (陈光中 主编, 刑事诉讼法, 第 300 页).

<sup>190</sup> Vgl. Wang, Ruishan, Woguo jishu zhencha de falu kunjing yu chulu xuanze, Fanzui yanjiu 2011, Heft 1, 56 f. (王瑞山, 我国技术侦查的法律困境与出路选择, 犯罪研究 2011 年第 1 期, 第 56, 57 页).

<sup>191</sup> Rechtsausschuss des Ständigen Komitees des Nationalen Volkskongresses (Hrsg.), Zhonghua renmin gongheguo xingshi susong fa shiyi ji shiyong zhinan, S. 277 (全国人大常委会法工委编, 中华人民共和国刑事诉讼法释义及实用指南, 第 277 页).

nahmen; stattdessen sollten hierher eher die Überwachung der zeitweiligen Aufenthalte, die Überwachung von Räumen und sonstige Überwachungen gehören.<sup>192</sup>

Somit umfasst der Begriff der technischen Ermittlungsmaßnahmen im chinesischen Recht sowohl die Telekommunikationsüberwachung, die akustische Überwachung innerhalb oder außerhalb der Wohnung als auch den Einsatz von technischen Mitteln zu Observationszwecken im Sinne des deutschen Rechts. Dem deutschen Begriff „Telekommunikationsüberwachung“ entsprechen die Telefonüberwachung und die elektronische Überwachung im chinesischen Recht. Für alle Arten der technischen Ermittlungsmaßnahmen hat der chinesische Gesetzgeber die gleichen Regelungen in der Strafprozessordnung vorgeschrieben.

Eine technische Ermittlungsmaßnahme ist nach § 148 Abs. 1 und 2 chStPO vorzunehmen, wenn sie angesichts der Ermittlungslage erforderlich zur Ermittlung einer Katalogtat ist, nachdem das Strafverfahren eingeleitet wurde. Die technischen Ermittlungsmaßnahmen können nach § 148 Abs. 3 chStPO auch zum Zweck der Ergreifung eines Verdächtigen oder Angeklagten durchgeführt werden, gegen den eine Ausschreibung erlassen wird oder der zu verhaften, aber flüchtig ist.

Die Katalogtaten bei den von der Polizei ermittelten Strafsachen sind folgende: Gefährdung der staatlichen Sicherheit; terroristische Straftaten; organisierte Kriminalität mit Mafia-Eigenschaft; schwere Rauschgiftdelikte; Mord, vorsätzliche Körperverletzung mit schweren Folgen oder Todesfolge, Vergewaltigung, Raub, Entführung, Brandstiftung, Herbeiführung von Explosionen, absichtliches Hinterlassen gefährlicher Materialien oder sonstige schwere Gewaltstraftaten; bandenmäßige, serienmäßige oder regionenübergreifende schwere Straftaten; schwere Straftaten mittels der Telekommunikation, des Internets oder der Postzustellung sowie sich gegen das Internet richtende schwere Straftaten; sonstige die Gesellschaft schwer gefährdende Straftaten, die mit mehr als sieben Jahren Freiheitsstrafe zu ahnden sind.<sup>193</sup> Die Katalogtaten bei den von der Staatsanwaltschaft ermittelten Strafsachen betreffen schwere Korruption mit einer Korruptionssumme von mehr als 100,000 CNY, schwere Fälle von Bestechlichkeit und Bestechung mit einer Korruptionssumme von mehr als 100,000 CNY, schwere Verletzung der persönlichen Rechte, Verletzung der Rechte der Bürger durch Missbrauch der Amtsbefugnis, z.B. illegaler Freiheitsentzug, illegale Durchsuchung, Folter, Misshandlung oder Rache.<sup>194</sup>

Die technischen Ermittlungsmaßnahmen sollen nach Ansicht des Gesetzgebers dem Subsidiaritätsprinzip entsprechen. Damit ist gemeint, dass eine technische

---

<sup>192</sup> Chen, *Guangzhong* (Hrsg.), Xingshi susongfa, S. 300 (陈光中 主编, 刑事诉讼法, 第300页).

<sup>193</sup> § 148 chStPO und § 254 der Erklärungen des Ministeriums für Öffentliche Sicherheit zur chinesischen StPO.

<sup>194</sup> § 148 chStPO und § 263 der Erklärungen der Obersten Volksstaatsanwaltschaft zur chinesischen StPO.

Ermittlungsmaßnahme erst dann vorzunehmen ist, wenn gewöhnliche Maßnahmen den Ermittlungszweck nicht erreichen können.<sup>195</sup>

Die technischen Ermittlungsmaßnahmen dürfen nur gegen den Verdächtigen, den Angeklagten und gegen Personen, die unmittelbar in Bezug zur Straftat stehen, gerichtet werden.<sup>196</sup>

Wie auch bei sonstigen Zwangsmaßnahmen gilt hier der Richtervorbehalt nicht.<sup>197</sup> Die Anordnung einer technischen Ermittlungsmaßnahme wird von der Polizei oder der Staatsanwaltschaft nach Genehmigung durch ihren jeweiligen Vorgesetzten<sup>198</sup> getroffen. Ein solches Verfahren zum Erlass von Anordnungen ermöglicht den Ermittlungsbehörden unbeschränkte und intensive Eingriffe in die Privatsphäre.

In der Anordnung sind die Art und Dauer der technischen Ermittlungsmaßnahme und die Objekte oder Personen, gegen die sich die Maßnahme richtet, eindeutig zu beschreiben.<sup>199</sup> Normalerweise gilt die Anordnung für drei Monate; sie könnte jeweils mit entsprechender Genehmigung um drei Monate verlängert werden, wenn die Umstände des Falles kompliziert und schwerwiegend sind und die Fortsetzung erforderlich ist.<sup>200</sup> Wenn die technische Ermittlungsmaßnahme nicht mehr erforderlich ist, ist sie einzustellen.<sup>201</sup> Die Anordnung wird im Wesentlichen von der Polizei umgesetzt;<sup>202</sup> die Staatsanwaltschaft selbst darf die Anordnung nicht ausführen.<sup>203</sup> Bei der Durchführung einer technischen Ermittlungsmaßnahme sind die Bestim-

---

<sup>195</sup> Rechtsausschuss des Ständigen Komitees des Nationalen Volkskongresses (Hrsg.), *Zhonghua renmin gongheguo xingshi susong fa shiyi ji shiyong zhinan*, S. 277 (全国人大常委会法工委编, 中华人民共和国刑事诉讼法释义及实用指南, 第277页).

<sup>196</sup> § 255 der Erklärungen des Ministeriums für Öffentliche Sicherheit zur chinesischen StPO.

<sup>197</sup> Kritisch *Long, Zongzhi, Liangge zhengju guiding de guifan yu zhixing ruogan wenti yanjiu*, *Zhongguo faxue* 2010, Heft 6, 24 (龙宗智, 两个证据规定的规范与执行若干问题研究, 中国法学 2010 年第 6 期, 第 24 页).

<sup>198</sup> Nach § 256 der Erklärungen des Ministeriums für Öffentliche Sicherheit zur chinesischen StPO soll ein Vorgesetzter der Polizei im Rang einer Stadt mit Bezirken oder von noch höherem Rang auf Antrag hin die technischen Maßnahmen genehmigen. In den Erklärungen der Obersten Staatsanwaltschaft wird die exakte Stellung des zuständigen Verantwortlichen nicht genannt.

<sup>199</sup> § 150 chStPO.

<sup>200</sup> § 149 chStPO.

<sup>201</sup> § 149 chStPO.

<sup>202</sup> § 148 chStPO.

<sup>203</sup> § 148 chStPO; Rechtsausschuss des Ständigen Komitees des Nationalen Volkskongresses (Hrsg.), *Zhonghua renmin gongheguo xingshi susong fa shiyi ji shiyong zhinan*, S. 278 (全国人大常委会法工委编, 中华人民共和国刑事诉讼法释义及实用指南, 第278页).



mungen der Anordnung streng einzuhalten, was die Art der Maßnahme, die Zielpersonen oder -gegenstände und die Frist betrifft.<sup>204</sup>

b) *Grundsätzliches zu Beweisverwertungsverböten  
bei der Telekommunikationsüberwachung*

Bei der Telefonüberwachung und der elektronischen Überwachung (die der „Telekommunikationsüberwachung“ nach deutschem Recht entsprechen) können nach der Verordnung für Internetdienste nicht nur der Kommunikationsinhalt, sondern auch die Umstände der Kommunikation erfasst werden.<sup>205</sup> Das chinesische Recht kennt auch insoweit kein Überwachungsverbot bzw. Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbot bei einzelnen Berufsträgern, z.B. Verteidigern.<sup>206</sup>

Die Erklärungen des Obersten Volksgerichtshofs zur chinesischen StPO regeln die Verwendung der Video- oder Audiodaten und anderen elektronischen Beweise, zu denen die Informationen gehören, die durch technische Ermittlungsmaßnahmen erlangt worden sind. Allerdings beschränken sich diese Regelungen wesentlich darauf, wie die Authentizität der Video- oder Audiodaten und elektronischen Beweise überprüft werden soll. Zwar wird dabei auch verlangt, zu beachten, ob ihre Erhebung rechtmäßig ist.<sup>207</sup> Jedoch hat der Oberste Volksgerichtshof den Beweisausschluss so geregelt, dass er erst in Kraft treten kann, wenn nach Überprüfung die Authentizität der Beweise nicht festgestellt werden kann oder Zweifel am Erhebungs- oder Erlangungsprozess nicht durch die erforderlichen Bescheinigungen oder vernünftigen Erklärungen ausgeräumt werden können.<sup>208</sup>

Angesichts der dargestellten Erklärungen des Obersten Volksgerichtshofs ist anzunehmen, dass ein Rechtsfehler bei der Anordnung und Durchführung einer Telefonüberwachung oder einer elektronischen Überwachung im chinesischen Recht in erster Linie zu korrigieren ist und dass er erst dann zum Verwertungsverbot führen kann, wenn er sich durch keine erforderlichen Bescheinigungen oder vernünftigen Erklärungen korrigieren lässt. In der Literatur wird dabei differenzierend vertreten, dass bei schweren Verstößen gegen gesetzliche Regelungen, z.B. einer Telefonüberwachung ohne Anordnung oder wenn die Telefonüberwachung gesetzlich nicht

---

<sup>204</sup> § 150 Abs. 1 chStPO.

<sup>205</sup> § 14 chinesische Verordnung für Internetdienste.

<sup>206</sup> Allerdings schlagen Rechtswissenschaftler schon seit langem ein Verbot der Telefonüberwachung oder der elektronischen Überwachung der Kommunikation zwischen dem Beschuldigten und seinem Verteidiger vor. Siehe z.B. Li, Qi/Lü, Limei, Lun dianhua jianting de helixing jiqi xiandu, Shanxi daxue xuebao 2005, Heft 3, 88 (李麒/吕丽梅, 论电话监听的合理性及其限度, 山西大学学报 2005 年第 3 期, 第 88 页); Chen, Xuequan, Woguo jianting lifa yanjiu, Renmin jiancha 2007, Heft 15, 47 (陈学权, 我国监听立法研究, 人民检察 2007 年第 15 期, 第 47 页).

<sup>207</sup> § 92 Nr. 3 und § 93 Nr. 2 der Erklärungen des Obersten Volksgerichtshofs zur chinesischen StPO.

<sup>208</sup> § 94 der Erklärungen des Obersten Volksgerichtshofs zur Strafprozessordnung.

erlaubt ist, Verwertungsverbote anzunehmen sind, während bei leichten Fehlern bei der Durchführung rechtmäßiger Überwachungsanordnungen Verwertungsverbote nach Ermessen anzunehmen sind.<sup>209</sup> Es wird auch vorgeschlagen, die durch die Verwertungsverbote geschützten Werte gegen die dadurch beeinträchtigten Werte abzuwägen, um die Verwertbarkeit von Materialien aus Telefonüberwachungen oder sonstigen technischen Ermittlungsmaßnahmen zu bestimmen.<sup>210</sup>

### c) Eingriffe in die Privatsphäre

In Bezug auf den Schutz der Privatsphäre haben chinesische Rechtswissenschaftler darauf hingewiesen, dass Telefonüberwachung oder elektronische Überwachung in die Privatsphäre der Bürger eingreifen kann und somit die Grenzen zum Schutz der Privatsphäre für diese Maßnahmen festgelegt werden sollten.<sup>211</sup> Jedoch hat der Gesetzgeber in § 150 chStPO nur einen sehr begrenzten Schutz der Privatsphäre gewährt. Nach § 150 Abs. 2 chStPO sollen die Ermittlungspersonen die durch technische Ermittlungsmaßnahmen erlangten staatlichen oder geschäftlichen Geheimnisse oder die der Privatsphäre geheim halten. Die durch solche Maßnahmen erlangten Materialien, die für den Fall irrelevant sind, müssen nach demselben Absatz des Gesetzes rechtzeitig vernichtet werden. Diese Vorschrift beweist erstens, dass bei technischen Ermittlungsmaßnahmen im chinesischen Recht kein absolut geschützter Bereich der Privatsphäre anerkannt wird und vielmehr der Eingriff in die Privatsphäre grundsätzlich zulässig ist. Zweitens erfolgen Schutzmaßnahmen für die Privatsphäre gemäß dieser Vorschrift nachträglich. Die Privatsphäre wird daher erst nach dem Eingriff durch Geheimhaltung der betroffenen Informationen geschützt, z.B. durch Aufnahme sowie Überprüfung der Beweise außerhalb der Hauptverhandlung<sup>212</sup> oder durch rechtzeitige Vernichtung im Fall ihrer Irrelevanz für die ermittelte Strafsache. Während der Überwachung gibt es keine klaren Regelungen darüber, wie die erfassten Informationen bezüglich der Privatsphäre vor dem staatlichen Eingriff geschützt werden sollen, etwa ob Überwachung und Aufzeichnung zu unterbrechen sind. Die Vernichtungspflicht aus § 150 Abs. 2 chStPO soll zwar rechtzeitig erfüllt werden, wenn die erfassten Materialien als irrelevant für die ermittelte Strafsache erkannt werden. Jedoch haben weder der Gesetzgeber noch die Justizbehörden erklärt, was unter rechtzeitiger Vernichtung genau zu ver-

<sup>209</sup> Chen, Xuequan, Woguo jianting lifa yanjiu, Renmin jiancha 2007, Heft 15, 47 (陈学权, 我国监听立法研究, 人民检察 2007 年第 15 期, 第 47 页).

<sup>210</sup> Wie, Qiong, Shiting ziliao jiqi zhengju paichu guize, Xinan minzu daxue xuebao 2008, Heft 7, 224 (魏琼, 视听资料及其证据排除规则, 西南民族大学学报 2008 年第 7 期, 第 224 页).

<sup>211</sup> Z.B. Yang, Kaixiang, Gongmin yinsiquan zai zhencha xingwei zhong de jixian, Faxue luntan 2006, Heft 6, 34–43 (杨开湘, 公民隐私权在侦查行为中的界限, 华东政法学院学报 2006 年第 6 期, 第 34–43 页).

<sup>212</sup> Vgl. § 266 der Erklärungen der Obersten Staatsanwaltschaft zur Strafprozessordnung.

stehen ist. Außerdem gibt es bis heute keine Definition für die in Frage stehende Relevanz seitens Gesetzgebung, Auslegung oder Rechtsprechung.

*d) Beweisverwertungsverbote bei Zufallsfunden*

In der chinesischen Strafprozessordnung gibt es keine Vorschriften, die sich dezidiert auf Zufallsfunde beziehen. Es gilt § 152 Satz 1 chStPO, nach dem die gemäß den Vorschriften der technischen Ermittlungsmaßnahmen erlangten Materialien im Strafverfahren als Beweise verwertet werden dürfen. Diese Vorschrift lässt die Interpretation zu, dass die Kenntnisse aus einer rechtmäßigen technischen Ermittlungsmaßnahme stets verwertbar sind, unabhängig davon, ob sie von der Anlassat handeln oder auf eine andere Straftat hinweisen, und zwar auch dann, wenn die andere Straftat keine Katalogtat ist.<sup>213</sup> § 152 chStPO hat somit die Verwertung der Kenntnisse aus einer rechtmäßigen technischen Ermittlungsmaßnahme maximiert. Zufallsfunde aus einer Telefonüberwachung, elektronischen Überwachung oder sonstigen technischen Ermittlungsmaßnahmen können nahezu schrankenlos für die Ermittlung anderer Straftaten oder zur Verwertung in anderen Strafverfahren benutzt werden; dabei ist nur eine neue Beantragung der Anordnung bei der Polizei erforderlich, sofern die Strafsache von ihr ermittelt wird, um die Art, die Zielperson oder den Zielgegenstand der technischen Ermittlungsmaßnahme anzupassen.<sup>214</sup>

In der Literatur gibt es nur wenige Erörterungen zu Zufallsfunden aus technischen Ermittlungsmaßnahmen. Es wird vertreten, dass Zufallsfunde aus einer rechtmäßigen technischen Ermittlungsmaßnahme zu Beweis Zwecken in anderen Verfahren verwendet werden dürfen, wenn es in diesen um eine andere Straftat desselben Beschuldigten oder um eine Katalogtat eines Dritten geht.<sup>215</sup> Also können gegenüber dem Beschuldigten Zufallsfunde stets verwertet werden, solange es um die Entdeckung sonstiger von ihm begangener Straftaten geht. Bei der Katalogtat eines Dritten beschränkt sich die Verwertung der Zufallsfunde darauf, die Katalogtat zu beweisen. Allerdings wird auch vertreten, dass unverwertbare Zufallsfunde als Spurensatz zur Einleitung weiterer Ermittlungen bezüglich der Nichtkatalogtat

---

<sup>213</sup> Vgl. *Guo, Hua*, *Mei de jianting lingzhuang wai huode cailiao zuwei zhengju shiyong de kaocha*, *Huanqiu falu pinglun* 2013, Heft 4, 29 (郭华, 美、德监听令状外获得材料作为证据使用的考察, *环球法律评论* 2013 年第 4 期, 第 29 页).

<sup>214</sup> Vgl. § 258 der Erklärungen des Ministeriums für Öffentliche Sicherheit zur chinesischen StPO.

<sup>215</sup> *Chen, Xuequan*, *Zhencha jiguan tongguo jianting suo huode cailiao zhi zhengju nengli yanjiu*, *Zhejiang shehui kexue* 2010, Heft 12, 56 f. (陈学权, 侦查机关通过监听所获材料之证据能力研究, *浙江社会科学* 2010 年第 12 期, 第 56, 57 页); *Guo, Hua*, *Mei de jianting lingzhuang wai huode cailiao zuwei zhengju shiyong de kaocha*, *Huanqiu falu pinglun* 2013, Heft 4, 30 (郭华, 美、德监听令状外获得材料作为证据使用的考察, *环球法律评论* 2013 年第 4 期, 第 30 页).

eines Dritten verwendet werden dürfen.<sup>216</sup> Schließlich ist dazu zu erwähnen, dass nach Ansicht der Literatur die vorgeblich „zufällig“ erfassten Informationen, die auf eine Nichtkatalogtat hinweisen, nicht verwertbar sind, wenn eine Überwachung unter dem Vorwand der Ermittlung einer Katalogtat vorgenommen wird, ihr eigentliches Ziel aber darin besteht, solche Informationen zu erlangen.<sup>217</sup>

## 5. Beweisverwertungsverbote beim Einsatz technischer Mittel

Wie schon im Rahmen der Beweisverwertungsverbote bei der Telekommunikationsüberwachung erwähnt, hat der chinesische Gesetzgeber normativ keine Unterschiede zwischen Telekommunikationsüberwachung, akustischen Überwachungen innerhalb oder außerhalb der Wohnung und dem Einsatz technischer Mittel zu Observationszwecken gemacht. All dies wird dem Begriff der technischen Ermittlungsmaßnahmen untergeordnet. Die deutschen Termini der akustischen Überwachung innerhalb und außerhalb der Wohnung werden im chinesischen Recht zusammenfassend als akustische Überwachung bezeichnet. Beim Einsatz von technischen Mitteln zu Observationszwecken werden als typische Beispiele heimliche Bild- oder Videoaufnahmen und die Lokalisierung anhand elektronischer Signale genannt.

Die Voraussetzungen für die Telefonüberwachung und sonstige elektronische Überwachung gelten ebenfalls für weitere technische Ermittlungsmaßnahmen, nämlich die akustische Überwachung innerhalb oder außerhalb der Wohnung und den Einsatz technischer Mittel zu Observationszwecken im Sinne des deutschen Rechts. Die Voraussetzung der Katalogtaten ist somit in der Regel auch für Bildaufnahmen oder sonstige Ermittlungsmaßnahmen zu Observationszwecken gültig, was im deutschen Recht nicht vorgesehen ist.

Ein Beweiserhebungs- oder Beweisverwertungsverbot aus beruflichen Gründen kennt das chinesische Recht bei technischen Ermittlungsmaßnahmen grundsätzlich nicht, wie schon bezüglich der Beweisverwertungsverbote im Bereich der Telekommunikationsüberwachung erwähnt wurde. Nur beim Verteidiger gibt es eine bescheidene Ausnahme. Nach § 37 Abs. 4 Satz 2 chStPO dürfen die Gespräche zwischen dem Verteidiger und dem Verdächtigen im Besuchsraum der Untersuchungshaftvollzugsanstalt nicht akustisch überwacht werden. Werden die Ge-

---

<sup>216</sup> Guo, Hua, Mei de jianting lingzhuang wai huode cailiao zuwei zhengju shiyong de kaocha, Huanqiu falu pinglun 2013, Heft 4, 30 (郭华, 美、德监听令状外获得材料作为证据使用的考察, 环球法律评论 2013 年第 4 期, 第 30 页).

<sup>217</sup> Guo, Hua, Mei de jianting lingzhuang wai huode cailiao zuwei zhengju shiyong de kaocha, Huanqiu falu pinglun 2013, Heft 4, 29 (郭华, 美、德监听令状外获得材料作为证据使用的考察, 环球法律评论 2013 年第 4 期, 第 29 页); Chen, Xuequan, Zhencha jiguan tongguo jianting suo huode cailiao zhi zhengju nengli yanjiu, Zhejiang shehui kexue 2010, Heft 12, 57 (陈学权, 侦查机关通过监听所获材料之证据能力研究, 浙江社会科学 2010 年第 12 期, 第 57 页).

sprache zwischen beiden dennoch überwacht, findet sich allerdings eine Antwort auf die Frage der Verwertbarkeit dieser Überwachung weder im Gesetz noch in den Erklärungen der Justizorgane.

In Bezug auf den Schutz der Privatsphäre kennt der Gesetzgeber keine Abgrenzung zwischen geschützten oder ungeschützten Bereichen. Weder der Gesetzgeber noch der Oberste Volksgerichtshof oder die Strafverfolgungsbehörden haben benannt, wann durch eine technische Ermittlungsmaßnahme ein Eingriff in die Privatsphäre erfolgt. Schließlich ist dieser Eingriff nach Ansicht des Gesetzgebers laut § 150 chStPO grundsätzlich erlaubt, wobei der Schutz der Privatsphäre sich – wie schon ausgeführt – auf die Geheimhaltung solcher die Privatsphäre betreffenden Informationen und ihre Vernichtung im Fall ihrer Irrelevanz für die Straftat beschränkt. Ein Verwertungsverbot aufgrund des Eingriffs in die Privatsphäre kennt der Gesetzgeber als solches nicht. Auch in der Literatur wird allgemein anerkannt, dass heimliche Bildaufnahmen oder Videoaufnahmen oder akustische Überwachungen außerhalb der Wohnung, also in der Öffentlichkeit, die Privatsphäre grundsätzlich nicht verletzen können und dass daher die so erlangten Video- oder Audiodaten in der Regel verwertbar sind.<sup>218</sup> Allerdings wird dabei nicht ausgeschlossen, dass unter bestimmten Umständen solche technischen Ermittlungsmaßnahmen die Privatsphäre verletzen könnten.<sup>219</sup> Heimliche Bild- oder Videoaufnahmen oder akustische Überwachungen in einer nicht allgemein zugänglichen Wohnung können die Privatsphäre nach allgemeiner Ansicht der Literatur ebenfalls verletzen.<sup>220</sup> Darüber hinaus wird vertreten, dass die Rechtsverletzung nur durch strengere Voraussetzungen der Durchführung der technischen Ermittlungs-

---

<sup>218</sup> Vgl. *Liu, Xianpeng*, *Dianzi zhengju zhi kecaixing tanxi*, *Xuexi yu shijian* 2012, Heft 9, 54 (刘显鹏, 电子证据之可采性探析, *学习与实践* 2012 年第 9 期, 第 54 页); *Liu, Gui*, *Geren mimi luzhi de shiting ziliao shifou juyou xingshi zhengju xiaoli*, *Renmin jiancha* 2008, Heft 21, 34 (刘贵, 个人秘密录制的视听资料是否具有刑事证据效力, *人民检察* 2008 年第 21 期, 第 34 页).

<sup>219</sup> *Jiang, Yong*, *Mimi paishe zhencha zhidu jiqi falu yuanze*, *Gongan yanjiu* 2010, Heft 8, 56 (江涌, 秘密拍摄侦查制度及其法律原则, *公安研究* 2010 年第 8 期, 第 56 页); *Ye, Ziqiang*, *Mimi luyin de fenlei, zhengju zige he sifa zhengce*, *Huanqiu falu pinglun* 2005, Heft 4, 451 (叶自强, 秘密录音的分类、证据资格和司法政策, *环球法律评论* 2005 年第 4 期, 第 451 页).

<sup>220</sup> Vgl. *Liu, Xianpeng*, *Dianzi zhengju zhi kecaixing tanxi*, *Xuexi yu shijian* 2012, Heft 9, 55 (刘显鹏, 电子证据之可采性探析, *学习与实践* 2012 年第 9 期, 第 55 页); *Yang, Kaixiang*, *Gongmin yinsiquan zai zhencha xingwei zhong de jiejian*, *Huadong zhengfa xueyuan xuebao* 2006, Heft 6, 43 (杨开湘, 公民隐私权在侦查行为中的界限, *华东政法学院学报* 2006 年第 6 期, 第 43 页); *Jiang, Yong*, *Mimi paishe zhencha zhidu jiqi falu yuanze*, *Gongan yanjiu* 2010, Heft 8, 59 (江涌, 秘密拍摄侦查制度及其法律原则, *公安研究* 2010 年第 8 期, 第 59 页); *Ye, Ziqiang*, *Mimi luyin de fenlei, zhengju zige he sifa zhengce*, *Huanqiu falu pinglun* 2005, Heft 4, 452 (叶自强, 秘密录音的分类、证据资格和司法政策, *环球法律评论* 2005 年第 4 期, 第 452 页).

maßnahme gerechtfertigt werden kann.<sup>221</sup> Wenn diese strengeren Voraussetzungen erfüllt sind, können die daraus resultierenden Beweismittel verwertet werden.

Das Thema der Totalüberwachung wird in der chinesischen Literatur bis heute kaum diskutiert. Jedoch dürfte die Totalüberwachung, welche die Privatsphäre intensiv beeinträchtigen kann, in China zur Ermittlung schwerer Straftaten bereits existieren, da die chinesische Strafprozessordnung grundsätzlich den Eingriff durch technische Ermittlungsmaßnahmen in die Privatsphäre nicht verbietet.

## E. Fernwirkung der Beweisverwertungsverbote

### 1. Fernwirkung in der Rechtsprechung und der Literatur

Die chinesische Strafprozessordnung hat zur Fernwirkung der Beweisverwertungsverbote keine Regelungen getroffen. Die ablehnende Haltung zur Fernwirkung kann aber aus § 106 der Erklärungen des Obersten Volksgerichtshofs zur Strafprozessordnung herausgelesen werden: Werden die versteckten Sach- oder Urkundenbeweise aufgrund des Geständnisses oder Hinweises des Angeklagten vor Ort aufgefunden, kann der Angeklagte verurteilt werden, wenn sich das Geständnis und sonstige, das Geschehen der Straftat beweisende, Beweismittel bestätigen und die Möglichkeit einer Aussagenvereinbarung zwischen mehreren Angeklagten oder zwischen dem Angeklagten und sonstigen relevanten Personen und die Möglichkeit der Folter oder des Entlockens (z.B. durch das Versprechen von Vorteilen) ausgeschlossen sind.

In der Literatur gibt es drei verschiedene Meinungen zur Fernwirkung. Die erste Ansicht befindetet, dass die mittelbar erlangten Beweismittel ebenfalls nicht verwertet werden dürfen, da ansonsten die Rechtswidrigkeit bei der Beweiserhebung durch die Verwertung der mittelbar erlangten Beweismittel im Ergebnis keine Auswirkung haben kann.<sup>222</sup> Als Argument für die Anerkennung der Fernwirkung wird außerdem die Abschreckungswirkung gegenüber den Ermittlungspersonen herangezogen, die mit dem Ausschluss rechtswidrig erlangter Beweise zu rechnen haben.<sup>223</sup> Allerdings wird hier eine Ausnahme zur Fernwirkung festgelegt, wenn

---

<sup>221</sup> Vgl. *Liu, Xianpeng*, Dianzi zhengju zhi kecaixing tanxi, *Xuexi yu shijian* 2012, Heft 9, 55 (刘显鹏, 电子证据之可采性探析, *学习与实践* 2012 年第 9 期, 第 55 页); *Jiang, Yong*, Mimi paishe zhencha zhidu jiqi falu yuanze, *Gongan yanjiu* 2010, Heft 8, 59 (江涌, 秘密拍摄侦查制度及其法律原则, *公安研究* 2010 年第 8 期, 第 59 页).

<sup>222</sup> Vgl. *Li, Zheng*, Feifa zhengju paichu guize zhi zhengben qingyuan, *Zhengzhi yu falu* 2013, Heft 9, 104 (梁峥, 非法证据排除规则之正本清源, *政治与法律* 2013 年第 9 期, 第 104 页); *Wu, Danhong*, Juese, Qingjin yu shehui rongren, *Peking University Law Journal* 2006, Heft 2, 157 (吴丹红, 角色, 情境与社会容忍, *中外法学* 2006 年第 2 期, 第 157 页).

<sup>223</sup> Vgl. *Chen, Ruihua*, Feifa zhengju paichu guize de shiyong duixiang, *Dangdai faxue* 2015, Heft 1, 46 (陈瑞华, 非法证据排除规则的适用对象, *当代法学* 2015 年第 1 期, 第

die mittelbar erlangten Beweismittel unabhängig von dieser Rechtswidrigkeit auf anderweitigem, aber rechtmäßigem Weg hätten gefunden werden können.<sup>224</sup> Eine zweite Auffassung besagt, dass eine Fernwirkung grundsätzlich abzulehnen sei. Die Gründe dafür sind folgende: Erstens ist davon auszugehen, dass die mittelbar erlangten Beweismittel rechtmäßig zustande gekommen sind; zweitens ist die wirksame Bekämpfung der Kriminalität ein wichtiges Ziel des Strafverfahrens, und drittens lässt sich eine Fernwirkung deshalb nur schwer anerkennen, weil schon die Einführung der Beweisverwertungsverbote an sich in der Praxis auf große Schwierigkeiten gestoßen ist.<sup>225</sup>

Einer dritten Ansicht zufolge soll nach der Schwere der Rechtswidrigkeit bei der Erhebung entschieden werden, ob eine Fernwirkung anzuerkennen ist. Wurden verbotene Vernehmungsmethoden angewandt, sind die Beweismittel, die aufgrund der so erlangten Aussagen aufgefunden wurden, grundsätzlich ebenfalls nicht verwertbar; geht es um eine leichte Rechtswidrigkeit bei der Erhebung, sind die mittelbar erlangten Beweismittel im Prinzip nicht auszuschließen.<sup>226</sup>

## 2. Fallkonstellationen

Im Folgenden wird auf die drei im deutschen und US-amerikanischen Recht erörterten Fallkonstellationen der Fernwirkung eingegangen. Da der Grundsatz bezüglich der Fernwirkung in der chinesischen Rechtsprechung bereits dargestellt wurde, werden hier nur die Ansichten der Literatur untersucht.

Die erste Fallkonstellation betrifft die Fernwirkung bei Anwendung verbotener Vernehmungsmethoden. Grundsätzlich wird gemäß § 106 der Erklärungen des Obersten Volksgerichtshofs zur Strafprozessordnung angenommen, dass die durch verbotene Vernehmungsmethoden erlangten Aussagen nicht verwertet werden dürfen. Im Gegensatz dazu sind die mittelbar erlangten Sachbeweise verwertbar.

In Bezug auf die weiteren Aussagen des Beschuldigten in diesem Fall wird im chinesischen Recht allgemein anerkannt, dass es dabei um die Problematik der

---

46 页); *Wu, Danhong*, *Juese, Qingjin yu shehui rongren*, *Peking University Law Journal* 2006, Heft 2, 157 (吴丹红, 角色, 情境与社会容忍, 中外法学 2006 年第 2 期, 第 157 页).

<sup>224</sup> *Chen, Ruihua*, *Feifa zhengju paichu guize de shiyong duixiang*, *Dangdai faxue* 2015, Heft 1, 46 (陈瑞华, 非法证据排除规则的适用对象, 当代法学 2015 年第 1 期, 第 46 页).

<sup>225</sup> *Wang, Jiancheng*, *Zhongguo xuyao shimeyang de feifa zhengju paichu guize*, *Huanqiu falu pinglun* 2006, Heft 5, 553 (汪建成, 中国需要什么样的非法证据排除规则, 环球法律评论 2006 年第 5 期, 第 553 页).

<sup>226</sup> *He, Dehui*, *Jiancha jiguan de zhengju hefaxing shencha*, *Journal of National Prosecutors College* 2014, Heft 5, 116 (何德辉, 检察机关的证据合法性审查, 国家检察官学院学报 2014 年第 5 期, 第 116 页).

Fortwirkung als Unterfall der Fernwirkung geht.<sup>227</sup> Hierzu gibt es grundsätzlich zwei Ansichten in der Literatur.

Eine davon befindet, dass die Verwertbarkeit der weiteren Aussagen davon abhängig ist, ob die Anwendung der verbotenen Vernehmungsmethoden auf spätere Sachlagen fortwirkt. Zur Beurteilung der Fortwirkung werden mehrere Faktoren herangezogen, nämlich die Schwere der Rechtswidrigkeit der verbotenen Vernehmungsmethoden, der zeitliche Abstand zwischen beiden Vernehmungen, der Wechsel der vernehmenden Personen, die Belehrung über die Unverwertbarkeit der ersten Aussagen, die Rückbezüge auf die erste Vernehmung und die aktuellen persönlichen Umstände des Beschuldigten.<sup>228</sup> Diese Faktoren beziehen sich im eigentlichen Sinne auf die Bestimmung der Freiwilligkeit der Aussagen bei der zweiten Vernehmung.

Jedoch wird die oben erwähnte Ansicht, nach der die Verwertbarkeit der weiteren Aussagen angesichts der Umstände des Falles zu bestimmen ist, in der Literatur von vielen Rechtsgelehrten abgelehnt. Sie meinen, dass diese Ansicht nur in einem vollkommenen, nach dem Gesetz auch praktisch funktionierenden System Anwendung finden kann.<sup>229</sup> Sie vertreten sodann die andere Auffassung, dass die späteren Aussagen stets unverwertbar sind, sofern bereits bei der ersten Vernehmung verbo-

<sup>227</sup> Long, Zongzhi, Woguo feifa kougong paichu de tongku guize ji xiangguan wenti, Tribune of Political Science and Law 2013, Heft 5, 22–24 (龙宗智, 我国非法口供排除的“痛苦规则”及相关问题, 政法论坛 2013 年第 5 期, 第 22–24 页); ders., Liangge zhengju guiding de guifan yu zhixing ruogan wenti yanjiu, Zhongguo faxue 2010, Heft 6, 22 f. (龙宗智, 两个证据规定的规范与执行若干问题研究, 中国法学 2010 年第 6 期, 第 22, 23 页); Wan, Yi, Feifa zhengju paichu guize ruogan caozuo wenti yanjiu, Zhongguo xingshifa zazhi 2007, Heft 3, 81 f. (万毅, 非法证据排除规则若干操作问题研究, 中国刑事法杂志 2007 年第 3 期, 第 81, 82 页); Zhang, Ying, Beigaoren shenqian gongshu de zhengju nengli, Journal of Lanzhou University (Social Sciences) 2012, Heft 5, 127 (张颖, 被告人审前供述的证据能力, 兰州大学学报(社会科学版) 2012 年第 5 期, 第 127 页); Chen, Guangzhong/Guo, Zhiyuan, Feifa zhengju paichu guize shishi ruogan wenti yanjiu, Faxue zazhi 2014, Heft 9, 6 (陈光中/郭志媛, 非法证据排除规则实施若干问题研究, 法学杂志 2014 年第 9 期, 第 6 页); Tian, Wenchang/Zou, Jiaming, Paichu feifa yanci zhengju de ruogan wenti, Renmin sifa 2013, Heft 7, 68 f. (田文昌/邹佳铭, 排除非法言词证据的若干问题, 人民司法 2013 年第 7 期, 第 68, 69 页); Lin, Guoqiang, Shenqian chongfu gongshu de kecaixing, Journal of National Prosecutors College 2013, Heft 4, 133–135 (林国强, 审前重复供述的可采性, 国家检察官学院学报 2013 年第 4 期, 第 133–135 页).

<sup>228</sup> Lin, Guoqiang, Shenqian chongfu gongshu de kecaixing, Journal of National Prosecutors College 2013, Heft 4, 134 f. (林国强, 审前重复供述的可采性, 国家检察官学院学报 2013 年第 4 期, 第 134, 135 页). Vgl. auch die abweichenden zu berücksichtigenden Faktoren, wie von Long vorgeschlagen: Long, Zongzhi, Liangge zhengju guiding de guifan yu zhixing ruogan wenti yanjiu, Zhongguo faxue 2010, Heft 6, 22 f. (龙宗智, 两个证据规定的规范与执行若干问题研究, 中国法学 2010 年第 6 期, 第 22, 23 页).

<sup>229</sup> Tian, Wenchang/Zou, Jiaming, Paichu feifa yanci zhengju de ruogan wenti, Renmin sifa 2013, Heft 7, 69 (田文昌/邹佳铭, 排除非法言词证据的若干问题, 人民司法 2013 年第 7 期, 第 69 页).



tene Methoden angewandt wurden.<sup>230</sup> Diese Auffassung hat einen realistischen Hintergrund: Die Polizei, die Staatsanwaltschaft und das Gericht in China bearbeiten Strafsachen nach einer Art Fließbandverfahren; das gesamte Verfahren verläuft geradlinig auf eine Verurteilung zu. Angesichts dessen wird es dem Beschuldigten nur schwer möglich sein, bei einer späteren Vernehmung z.B. durch Staatsanwaltschaft oder Gericht seine früheren, durch verbotene Vernehmungsmethoden zustande gekommenen Aussagen zu widerrufen; andererseits wird auch das Gericht erhebliche Schwierigkeiten haben, die früheren von der Polizei und der Staatsanwaltschaft erlangten Aussagen nunmehr auszuschließen.<sup>231</sup> Vor allem wegen der verständlicherweise großen Angst vor Folter wagt der Beschuldigte nicht, seinen früheren Aussagen zu widersprechen. Schon in den zu trauriger Berühmtheit gelangten Fällen von *Du Peiwu* und *She Xianglin* hat sich gezeigt, dass die Beschuldigten nach tagelanger Folter nicht mehr den Mut aufbrachten, etwas anderes zu sagen, als was von ihnen verlangt wurde, auch wenn sie in späteren Vernehmungen durch einen Staatsanwalt oder Richter befragt wurden.<sup>232</sup> Es ist also offensichtlich, dass es im chinesischen Prozessmodell schwierig ist, die Fortwirkung der verbotenen Vernehmungsmethoden abzustellen.<sup>233</sup> Allerdings wird in der Literatur zum Abschluss aller späteren Aussagen aufgrund der starken Fortwirkung der verbotenen Vernehmungsmethoden eine Ausnahme eingeräumt: Wenn der Angeklagte in der öffentlichen Hauptverhandlung in Anwesenheit seines anwaltlichen Verteidigers nach Erhalt der Belehrungen über das Verteidigungsrecht und die Pflicht zur wahr-

<sup>230</sup> *Wan, Yi*, Feifa zhengju paichu guize ruogan caozuo wenti yanjiu, *Zhongguo xingshifa zazhi* 2007, Heft 3, 81 f. (万毅, 非法证据排除规则若干操作问题研究, 中国刑事法杂志 2007 年第 3 期, 第 81, 82 页); *Zhang, Ying*, Beigaoren shenqian gongshu de zhengju nengli, *Journal of Lanzhou University (Social Sciences)* 2012, Heft 5, 127 (张颖, 被告人审前供述的证据能力, 兰州大学学报(社会科学版) 2012 年第 5 期, 第 127 页); *Tian, Wenchang/Zou, Jiaming*, Paichu feifa yanci zhengju de ruogan wenti, *Renmin sifa* 2013, Heft 7, 68 f. (田文昌/邹佳铭, 排除非法言词证据的若干问题, 人民司法 2013 年第 7 期, 第 68, 69 页). *Long Zongzhi*, der früher die erste Ansicht vertrat, hat sich inzwischen dieser Gruppe angeschlossen. Siehe *Long, Zongzhi*, Woguo feifa kougong paichu de „tongku guize“ ji xiangguan wenti, *Tribune of Political Science and Law* 2013, Heft 5, 23 f. (龙宗智, 我国非法口供排除的“痛苦规则”及相关问题, 政法论坛 2013 年第 5 期, 第 23, 24 页).

<sup>231</sup> Vgl. *Long, Zongzhi*, Woguo feifa kougong paichu de „tongku guize“ ji xiangguan wenti, *Tribune of Political Science and Law* 2013, Heft 5, 23 (龙宗智, 我国非法口供排除的“痛苦规则”及相关问题, 政法论坛 2013 年第 5 期, 第 23 页); *Zhang, Ying*, Beigaoren shenqian gongshu de zhengju nengli, *Journal of Lanzhou University (Social Sciences)* 2012, Heft 5, 127 (张颖, 被告人审前供述的证据能力, 兰州大学学报(社会科学版) 2012 年第 5 期, 第 127 页); *Tian, Wenchang/Zou, Jiaming*, Paichu feifa yanci zhengju de ruogan wenti, *Renmin sifa* 2013, Heft 7, 69 (田文昌/邹佳铭, 排除非法言词证据的若干问题, 人民司法 2013 年第 7 期, 第 69 页).

<sup>232</sup> *Wan, Yi*, Feifa zhengju paichu guize ruogan caozuo wenti yanjiu, *Zhongguo xingshifa zazhi* 2007, Heft 3, 81 (万毅, 非法证据排除规则若干操作问题研究, 中国刑事法杂志 2007 年第 3 期, 第 81 页).

<sup>233</sup> *Zhang, Ying*, Beigaoren shenqian gongshu de zhengju nengli, *Journal of Lanzhou University (Social Sciences)* 2012, Heft 5, 127 (张颖, 被告人审前供述的证据能力, 兰州大学学报(社会科学版) 2012 年第 5 期, 第 127 页).

heitsgemäßen Aussage dennoch seine früheren Geständnisse bestätigt, sind diese verwertbar.<sup>234</sup>

Die zweite Fallkonstellation der Fernwirkung bezieht sich auf die Unterlassung der Schweigerechtsbelehrung. Da das chinesische Recht kein Schweigerecht für den Beschuldigten festschreibt, kommt die Fernwirkung der unterlassenen Schweigerechtsbelehrung gar nicht in Frage. Allerdings meint ein Teil der Literatur, angesichts des Charakters des chinesischen Strafprozesses, in dem prozessuale Gerechtigkeit wenig geschätzt wird, sei es schwer, eine Fernwirkung der unterlassenen Schweigerechtsbelehrung anzuerkennen, wenn es „nur“ um einen technischen Fehler bei den Rechtsbelehrungen geht.<sup>235</sup>

Die dritte Fallkonstellation bezieht sich auf die Fernwirkung von unverwertbaren Zufallsfunden bei der Telekommunikationsüberwachung. Sie betrifft nach Ansicht der chinesischen Literatur nur die zufällig entdeckten Informationen, die auf eine Nichtkatalogtat eines Dritten hinweisen.<sup>236</sup> Solche Zufallsfunde sind, wie schon im Rahmen der Beweisverwertungsverbote bei der Telekommunikationsüberwachung erwähnt, zwar nicht verwertbar, aber sie können nach Ansicht der Literatur, die sich ansonsten sehr wenig mit diesem Thema beschäftigt, als Ansatz zur Einleitung weiterer Ermittlungen verwendet werden.<sup>237</sup> Eine Fernwirkung der Unverwertbarkeit solcher Zufallsfunde ist danach nicht anzunehmen.

---

<sup>234</sup> Long, Zongzhi, Woguo feifa kougong paichu de „tongku guize“ ji xiangguan wenti, *Tribune of Political Science and Law* 2013, Heft 5, 24 (龙宗智, 我国非法口供排除的“痛苦规则”及相关问题, *政法论坛* 2013 年第 5 期, 第 24 页).

<sup>235</sup> Lin, Guoqiang, Shenqian chongfu gongshu de kecaixing, *Journal of National Prosecutors College* 2013, Heft 4, 134 (林国强, 审前重复供述的可采性, *国家检察官学院学报* 2013 年第 4 期, 第 134 页).

<sup>236</sup> Guo, Hua, Mei de jianting lingzhuang wai huode cailiao zuwei zhengju shiyong de kaocha, *Huanqiu falu pinglun* 2013, Heft 4, 30 (郭华, 美、德监听令状外获得材料作为证据使用的考察, *环球法律评论* 2013 年第 4 期, 第 30 页); Chen, Xuequan, Zhencha jiguan tongguo jianting suo huode cailiao zhi zhengju nengli yanjiu, *Zhejiang shehui kexue* 2010, Heft 12, 57 (陈学权, 侦查机关通过监听所获材料之证据能力研究, *浙江社会科学* 2010 年第 12 期, 第 57 页).

<sup>237</sup> Guo, Hua, Mei de jianting lingzhuang wai huode cailiao zuwei zhengju shiyong de kaocha, *Huanqiu falu pinglun* 2013, Heft 4, 30 (郭华, 美、德监听令状外获得材料作为证据使用的考察, *环球法律评论* 2013 年第 4 期, 第 30 页).

### III. Begründungen

Anders als das deutsche Recht, in dem die meisten theoretischen Untersuchungen die Erarbeitung eines Systems für alle Fälle der Beweisverbote bzw. Beweisverwertungsverbote zum Ziel haben, und anders auch als das US-amerikanische Recht, dessen Theorien eher rechtspolitische Ansätze zur Funktion der *Exclusionary Rule* bei der Verbrechensbekämpfung darstellen,<sup>238</sup> beschäftigt sich die chinesische theoretische Analyse wesentlich mit den grundsätzlichen Werten und der Bedeutung des Rechtsinstituts. Die chinesischen Theorien im Bereich des Strafverfahrensrechts sind allerdings nicht umfangreich und nicht intensiv entwickelt. Die theoretischen Erörterungen zum Stellenwert der Beweisverwertungsverbote können sich oft nicht von den Erörterungen zu ihren Zwecken abheben. Es gibt im chinesischen Recht zwar auch einige Analysen, die auf eine Errichtung eines Systems der Beweisverwertungsverbote ähnlich wie im deutschen Recht abstellen. Diese Analysen werden eher im Rahmen des Kriteriums der Beweisverwertungsverbote eingeordnet und werden diesbezüglich hier nicht dargestellt. Im Folgenden beschränken sich die Erörterungen auf den Stellenwert der Beweisverwertungsverbote im chinesischen Recht.

#### A. Sicherung der Wahrheitsfindung

Die meisten chinesischen Juristen sind sich darüber einig, dass Beweisverwertungsverbote der Wahrheitsfindung dienen können.<sup>239</sup> Nach einer Umfrage befinden 61 % der Richter, dass die Beweisverwertungsverbote helfen, die Ermittlung der Wahrheit zu sichern.<sup>240</sup> Diese Einstellung reflektiert das Unbehagen wegen der zahlreichen Fehlurteile der vergangenen Jahre. Viele dieser Fälle haben die fatale Gemeinsamkeit, dass die Verurteilungen aufgrund von durch Folter erpressten Geständnissen zustande kamen. Daher wird in China verstärkt gefordert, unrechtmäßige Beweise und vor allem falsche Geständnisse von der Verwertung auszuschließen, um die Wahrheitsfindung wieder in rechtlich einwandfreie Bahnen zu lenken.

---

<sup>238</sup> Vgl. Herrmann, FS für Jescheck, S. 1291.

<sup>239</sup> Yang, *Yuguan*, Feifa zhengju paichu guize yanjiu, S. 252 f. (杨宇冠, 非法证据排除规则研究, 第 252, 253 页); Chen, *Guangzhong*, Xingshi zhengju zhidu gaige ruogan lilun yu shijian wenti zhi tantao, *Zhongguo faxue* 2010, Heft 6, 12 (陈光中, 刑事证据制度改革若干理论与实践之探讨, 中国法学 2010 年第 6 期, 第 12 页); Huang, *Weizhi*, Feifa zhengju paichu guize jiazhi lungang, *Zhongguo xingshifa zazhi* 2004, Heft 6, 72 f. (黄维智, 非法证据排除规则价值论纲, 中国刑事法杂志 2004 年第 6 期, 第 72, 73 页); Dong, *Hua/Fan, Yueru*, Lun xingshi feifa zhengju paichu guize jiqi zai woguo de chuangli, in: He (Hrsg.), *Zhengjuxue luntan*, Band IV, S. 277 (董华/范跃如, 论刑事非法证据排除规则及其在我国的创立, 载于何家弘 主编, 证据学论坛 (第四卷), 第 277 页).

<sup>240</sup> Du, *Yusu*, Feifa zhengju paichu shenli chengxu de kunjing yu wanhan, *Falu kexue* 2013, Heft 6, 186 (杜豫苏, 非法证据排除审理的困境与完善, 法律科学 2013 年第 6 期, 第 186 页).

Die Sicherung der Wahrheitsfindung durch Beweisverwertungsverbote ist somit in der Entwicklung des chinesischen Rechts als direkte Reaktion auf die häufige Anwendung von Folter während der Ermittlung zu sehen. Allerdings weist diese Ansicht gravierende Schwächen auf.

Erstens können manche durch Verwertungsverbote unterdrückte Beweise durchaus die Wahrheit beweisen.<sup>241</sup> So können durch Entlocken (z.B. durch das Versprechen von Vorteilen) oder Täuschung, die gemäß § 50 chStPO verboten sind, dennoch wahrheitsgemäße Aussagen oder Geständnisse erlangt werden. Auch bei einer Telefonüberwachung, die ohne eine Anordnung oder wegen einer Nichtkatalogtat vorgenommen wird und die in der Regel ein Verwertungsverbot zur Folge hat, können die erfassten Informationen unter Umständen die Wahrheit beweisen.

Zweitens werden andere Stellenwerte der Beweisverwertungsverbote vernachlässigt, vor allem der Schutz der individuellen Rechte, wenn die Sicherung der Wahrheitsfindung als einzige Begründung gilt. Sollten die Beweisverwertungsverbote danach ausgerichtet werden, ob die betroffenen Beweise der Wahrheit entsprechen, könnte der Staat zur Ermittlung von Straftaten ohne Weiteres schrankenlos in individuelle Rechte eingreifen, solange die daraus erlangten Beweise die Wahrheit beweisen könnten. Dies widerspricht offensichtlich allgemein anerkannten Prinzipien des modernen Strafverfahrens und der Rechtsstaatlichkeit, die in Art. 5 der chinesischen Verfassung garantiert wird. Schließlich ist der Schutz der individuellen Rechte sowie der Menschenrechte nach § 2 chStPO neben der Bestrafung von Straftaten ebenfalls ein dezidiertes Zweck des Strafverfahrens.

Drittens verwechselt diese Ansicht die Qualifizierung eines Beweises mit der Beweiskraft. Die Beweisverwertungsverbote handeln von der Zulässigkeit eines Beweises im Rahmen des Verfahrens; ob und inwiefern ein Beweis die Wahrheit erweisen kann, ist eine Frage der Beweiskraft. Daraus lässt sich folgern, dass Beweisverwertungsverbote die Wahrheitsfindung nur beschränken, nicht jedoch absichern können.

Abschließend lässt sich die Bedeutung der Sicherung der Wahrheitsfindung wie folgt bewerten: Angesichts der heutigen chinesischen Praxis bei der Beschuldigtenvernehmung kann die Sicherung der Wahrheitsfindung zwar als wesentlicher Grund für den Ausschluss der Aussagen oder Geständnisse von Beschuldigten gelten. Jedoch kann sie nicht in jedem Fall ein Beweisverwertungsverbot begründen.

---

<sup>241</sup> Vgl. Song, *Shijie/Chen, Guo*, Lun feifa zhengju paichu guize, in: He (Hrsg.), *Zhengjuxue luntan*, Band II, S. 227 (宋世杰/陈果, 论非法证据排除规则, 载于何家弘 主编, 证据学论坛 (第二卷), 第 227 页).

## B. Abschreckung vor rechtswidrigem Verhalten bei der Beweiserhebung

Ein weiterer offensichtlich naheliegender Ansatz für die Beweisverwertungsverbote im chinesischen Recht ist die Abschreckung der Ermittlungspersonen. Dieser Ansatz geht von einem ähnlichen Ausgangspunkt aus wie der amerikanische Abschreckungsgedanke: Durch Ablehnung der Verwertbarkeit der rechtswidrig erlangten Beweise werden die Ermittlungspersonen nicht nur um den aus der Rechtswidrigkeit herrührenden Gewinn gebracht; sie laufen außerdem Gefahr, für ihre rechtswidrige Handlungsweise bestraft zu werden.<sup>242</sup> Diesem Ansatz stimmt auch der Gesetzgeber zu.<sup>243</sup> Die maßgebende Literatur vertritt ebenfalls in hohem Maße diese Ansicht.

Im chinesischen Recht bleibt der Begriff der Abschreckung jedoch nur ein relativ leeres Wort. Mit Hilfe des Konzepts der Abschreckung der Ermittlungspersonen vor rechtswidrigem Verhalten wird versucht, die Einführung der Beweisverwertungsverbote zu begründen. Aktuell geht jedoch noch aus einigen Umfragen hervor, dass die chinesischen Beweisverwertungsverbote in der Praxis nicht gut funktionieren.<sup>244</sup> Von einer Abschreckung der Ermittlungspersonen kann keine Rede sein. Dieser Punkt ist ein erstes schwerwiegendes Argument gegen die Einführung der Beweisverwertungsverbote zur Abschreckung der Ermittlungspersonen. Zweitens verhält es sich der zutreffenden Beobachtung von *Margaret K. Lewis* zufolge so, dass der chinesischen Regierung die emotionalen Empfindungen der Bevölkerung, die durch den Machtmissbrauch der Polizei ausgelöst werden, wichtiger sind als die Eindämmung des Machtmissbrauchs der Polizei an sich.<sup>245</sup> Demgemäß steht die Vorgehensweise, vor allem das Vorgehen der Polizei bei der rechtswidrigen Beweiserhebung, gar nicht im Fokus der Regierung bzw. des Gesetzgebers, soweit es um die Vorschriften über Beweisverwertungsverbote geht. Eine wirkliche Abschreckung durch Beweisverwertungsverbote kann daher aus Sicht der Regierung bzw. des Gesetzgebers nicht der wahre Zweck sein. Drittens hat das chinesische Prozessmodell von sich aus Wege gefunden, die Abschreckung der Ermittlungspersonen vor rechtswidriger Beweiserhebung durch Beweisverwertungsverbote zu unterbinden. Wie schon oben in I.B. erwähnt, ist das chinesische Strafverfahren von

<sup>242</sup> Vgl. *Huang, Weizhi*, Feifa zhengju paichu guize jiazhi lungang, *Zhongguo xingshifa zazhi* 2004, Heft 6, 72 (黄维智, 非法证据排除规则价值论纲, *中国刑事法杂志* 2004 年第 6 期, 第 72 页).

<sup>243</sup> Siehe den Aufsatz des Vize-Abteilungsleiters des Rechtsausschusses des Ständigen Komitees des Nationalen Volkskongresses: *Huang, Yong*, Xingshi zhengju zhidu: cong luoji guize xiang chengxu guize de yanjin, *Evidence Science* 2012, Heft 4, 415 f. (黄永, 刑事证据制度: 从逻辑规则向程序规则的演进, *证据科学* 2012 年第 4 期, 第 415, 416 页).

<sup>244</sup> *Z.B. Du, Yusu*, Feifa zhengju paichu shenli chengxu de kunjing yu wanshan, *Falu kexue* 2013, Heft 6, 184–186 (杜豫苏, 非法证据排除审理的困境与完善, *法律科学* 2013 年第 6 期, 第 184–186 页).

<sup>245</sup> *Lewis*, (2011) 43 N. Y. U. J. Int'l L. & Pol. 674.

der Suche nach absoluter materieller Wahrheit geprägt. Dies führt dazu, dass sich die Bestrafung der Ermittlungspersonen wegen rechtswidriger Beweiserhebung durch Verwertungsverbote nicht durchsetzen lässt gegenüber der Wahrheit, die allerdings durch rechtswidrig erlangte Beweise ermittelt wurde. Ein bekanntes Beispiel ist der Fall von *Liu Yong*, in dem der Beschuldigte, Leiter einer großen Mafia-Organisation in Nordchina, nach Folterung durch die Polizei gestanden hatte. Sein Todesurteil wurde trotz vieler Appelle von Rechtswissenschaftlern, die den Ausschluss des Geständnisses anmahnten, erlassen und vollstreckt.<sup>246</sup> Außerdem agiert das chinesische Gericht gegenüber den Ermittlungsorganen aus einer Position eklatanter Schwäche heraus, so dass es sich für das Gericht schwierig gestaltet, rechtswidrig handelnde Ermittlungsorgane durch Beweisverwertungsverbote zu bestrafen. Die beteiligten chinesischen Polizeibeamten erscheinen normalerweise nicht zur Hauptverhandlung, obwohl § 187 chStPO ihre Anwesenheit als Zeugen vorschreibt. Es wird meist geduldet, dass sie ihrer Anwesenheitspflicht nicht nachkommen, indem sie ihre Zeugnisse in Form von Erklärungen verlesen lassen. Ein starker Abschreckungseffekt gegenüber der Polizei kann daher in der Hauptverhandlung erst gar nicht entstehen. Es wäre wesentlich effektiver, direkte und individuelle Sanktionen oder Disziplinarmaßnahmen im Rahmen der internen Regelungen der Polizei oder anderer Organe der Exekutive zu verhängen als den Ermittlungspersonen mit Beweisverwertungsverböten zu drohen.

### C. Justizielle Integrität und Vertrauen in die Justiz

Rechtswidrige Beweiserhebungen stellen sich als bedeutende Eingriffe in die individuellen Rechte dar; vor allem die viel getadelte Folter bedeutet eine schwere Verletzung der individuellen Rechte. Daher streben chinesische Juristen und der Gesetzgeber mittels Beweisverwertungsverböten an, durch den Ausschluss rechtswidrig erlangter Beweise das illegale Verhalten der Ermittlungspersonen zu beschränken, um letztlich die Integrität der Justiz wahren zu können.<sup>247</sup> Sie gehen

---

<sup>246</sup> In diesem Fall hat die öffentliche Meinung, die in den Massenmedien zum Ausdruck kam, eine ausschlaggebende Rolle gespielt. Das Oberlandesgericht in *Liaoning* hat ursprünglich angesichts der Gutachten einiger berühmter Rechtswissenschaftler und trotz des Verdachts der Anwendung von Folter auf Todesstrafe auf Bewährung entschieden. Die Massenmedien äußerten Unverständnis über dieses Urteil und scharfe Kritik an den Gerichten. Am Ende wurde das Urteil vom Obersten Volkgerichtshof geändert und das Todesurteil verhängt.

<sup>247</sup> *Huang, Weizhi*, Feifa zhengju paichu guize jiazhi lungang, *Zhongguo xingshifa zazhi* 2004, Heft 6, 72 (黄维智, 非法证据排除规则价值论纲, *中国刑事法杂志* 2004 年第 6 期, 第 72 页). Vgl. auch *Yang, Yuguan*, Feifa zhengju paichu guize yanjiu, S. 253 f. (杨宇冠, 非法证据排除规则研究, 第 253、254 页).

davon aus, dass das Vertrauen der Bevölkerung in ihre Justiz dadurch zurückgewonnen, gestärkt und erhalten werden kann.<sup>248</sup>

Die größte Schwäche dieser Überlegung besteht darin, dass in der Realität weitgehend das Vertrauen der Bevölkerung in ihre Justiz fehlt; die Anwendung von Folter bei der Ermittlung sowie daraus folgende falsche Verurteilungen sind nur eine Ursache für das verlorengegangene Vertrauen der Bevölkerung in die Justiz.<sup>249</sup> Allein durch Beweisverwertungsverbote können die justizielle Integrität und das Vertrauen in die Justiz nicht zurückgewonnen werden. Das Fehlen der justiziellen Integrität und das nicht vorhandene Vertrauen in die Justiz ist zum lange gewachsenen und schwer lösbaren Systemproblem geworden. Eine weitere Schwäche besteht darin, dass jeder Rechtsfehler bei der Beweiserhebung ein Verwertungsverbot der daraus erlangten Beweise herbeiführen müsste, um die justizielle Integrität und das Vertrauen in die Justiz zu wahren. Der chinesische Gesetzgeber und der Oberste Volksgerichtshof haben aber, wie oben bereits erwähnt, Folgendes beschlossen: Nach § 54 chStPO und §§ 73, 77, 82, 89, 94 chStPO führen Erhebungsfehler mit Ausnahme der Anwendung verbotener Vernehmungsmethoden erst dann zu Beweisverwertungsverböten, wenn sie nicht richtiggestellt oder vernünftig erklärt werden können. Der Gesetzgeber und der Oberste Volksgerichtshof tolerieren damit ausdrücklich Erhebungsfehler, indem sie diese korrigierbar machen. Diese korrigierbaren Fehler bilden in der Praxis keine kleine Menge.

#### D. Wahrung der prozessualen Gerechtigkeit und Schutz der Menschenrechte

In der chinesischen Rechtswissenschaft wurde auf allgemeine Prinzipien des Strafprozessrechts zurückgegriffen und vorgebracht, dass die Beweisverwertungsverbote die prozessuale Gerechtigkeit wahren und die Menschenrechte schützen sollen. Nach einer Umfrage wird dies von etwa 25 % der Richter bestätigt.<sup>250</sup> Um eine Straftat zu verfolgen und zu bestrafen, darf man Geständnisse nicht durch Folter erlangen. Dies setze „Gewalt gegen Gewalt“ und entspreche nicht der prozessua-

<sup>248</sup> Huang, Yong, Xingshi zhengju zhidu: cong luoji guize xiang chengxu guize de yanjin, Evidence Science 2012, Heft 4, 416 (黄永, 刑事证据制度: 从逻辑规则向程序规则的演进, 证据科学 2012 年第 4 期, 第 416 页); Huang, Weizhi, Feifa zhengju paichu guize jiazhi lungang, Zhongguo xingshifa zazhi 2004, Heft 6, 72 (黄维智, 非法证据排除规则价值论纲, 中国刑事法杂志 2004 年第 6 期, 第 72 页); Yang, Yuguang, Feifa zhengju paichu guize yanjiu, S. 254 (杨宇冠, 非法证据排除规则研究, 第 254 页). Vgl. auch Zhang, Jianwei, Zibai renyixing guize de falu jiazhi, Faxue yanjiu 2012, Heft 6, 175 (张建伟, 自白任意性规则的法律价值, 法学研究 2012 年第 6 期, 第 175 页).

<sup>249</sup> Vgl. Zhang, Jianwei, Zibai renyixing guize de falu jiazhi, Faxue yanjiu 2012, Heft 6, 175 (张建伟, 自白任意性规则的法律价值, 法学研究 2012 年第 6 期, 第 175 页).

<sup>250</sup> Du, Yusu, Feifa zhengju paichu shenli chengxu de kunjing yu wanshan, Falu kexue 2013, Heft 6, 186 (杜豫苏, 非法证据排除审理的困境与完善, 法律科学 2013 年第 6 期, 第 186 页).

len Gerechtigkeit.<sup>251</sup> Es wird sogar weitergehend betont, dass der Ausschluss von rechtswidrig erlangten Beweisen im gerichtlichen Alltag Chinas heute letztlich noch wichtiger sei als die Verurteilung, weil der Beweisausschluss die prozessuale Gerechtigkeit grundlegend sichern kann.<sup>252</sup> Nur wenn ein Urteil durch einen gerechten Prozess erlassen wird, kann es letztlich von der Allgemeinheit akzeptiert werden.<sup>253</sup>

In Bezug auf den Schutz der Menschenrechte wird ausgeführt, dass sich die Wahrheit im Strafverfahren nicht um jeden Preis erforschen lässt.<sup>254</sup> Rechtswidrig erlangte Beweise sind meist Ergebnisse von Verletzungen der Grundrechte; der Ausschluss solcher Beweise kann daher ein deutlicher Beweis und Ausdruck des Schutzes der Menschenrechte sein.<sup>255</sup> Unterstützend wirkt insoweit Art. 33 Abs. 3 der chinesischen Verfassung, der den Schutz der Menschenrechte beinhaltet. Dies kann als verfassungsrechtliche Grundlage für Beweisverwertungsverbote gelten.<sup>256</sup>

Dieser Rückgriff auf allgemeine Prinzipien des Strafprozessrechts ist zwar opportun; aber fast jedes Rechtsinstitut im Strafverfahren lässt sich mit der Wahrung der prozessualen Gerechtigkeit und dem Schutz der Menschenrechte rechtfertigen. Beide können daher nur übergeordnete Begründungen für die Beweisverwertungsverbote anbieten. Die entscheidende Frage ist, wie weit die Wahrung der prozessualen Gerechtigkeit und der Schutz der Menschenrechte in einem Prozesssystem erreicht werden können, das rigoros auf die absolute materielle Wahrheitsfindung abzielt. In einem solchen Prozesssystem haben alle Werte des Strafverfahrens hinter der absoluten materiellen Wahrheitsfindung zurückzutreten.

---

<sup>251</sup> Yang, Yuguan, Feifa zhengju paichu guize yanjiu, S. 254 (杨宇冠, 非法证据排除规则研究, 第 254 页).

<sup>252</sup> Huang, Weizhi, Feifa zhengju paichu guize jiazhi lungang, Zhongguo xingshifa zazhi 2004, Heft 6, 71 (黄维智, 非法证据排除规则价值论纲, 中国刑事法杂志 2004 年第 6 期, 第 71 页).

<sup>253</sup> Dong, Hua/Fan, Yueru, Lun xingshi feifa zhengju paichu guize jiqi zai woguo de chuangli, in: He (Hrsg.), Zhengjuxue luntan, Band IV, S. 277 (董华/范跃如, 论刑事非法证据排除规则及其在我国的创立, 证据学论坛 (第四卷), 第 277 页).

<sup>254</sup> Dong, Hua/Fan, Yueru, Lun xingshi feifa zhengju paichu guize jiqi zai woguo de chuangli, in: He (Hrsg.), Zhengjuxue luntan, Band IV, S. 275 (董华/范跃如, 论刑事非法证据排除规则及其在我国的创立, 证据学论坛 (第四卷), 第 275 页).

<sup>255</sup> Dong, Hua/Fan, Yueru, Lun xingshi feifa zhengju paichu guize jiqi zai woguo de chuangli, in: He (Hrsg.), Zhengjuxue luntan, Band IV, S. 275 (董华/范跃如, 论刑事非法证据排除规则及其在我国的创立, 证据学论坛 (第四卷), 第 275 页).

<sup>256</sup> Chen, Guangzhong, Xingshi zhengju zhidu gaige ruogan lilun yu shijian wenti zhi tantao, Zhongguo faxue 2010, Heft 6, 11 (陈光中, 刑事证据制度改革若干理论与实践之探讨, 中国法学 2010 年第 6 期, 第 11 页).



#### IV. Zwecke der Beweisverwertungsverbote

Die chinesischen Beweisverwertungsverbote sind bisher nur geringfügig geregelt und formulieren vorwiegend verbotene Vernehmungsmethoden gegenüber dem Beschuldigten. Durch die Beweisverwertungsverbote sollen falsche Geständnisse und Falschaussagen verhindert werden. Immer wieder wird in der Rechtswissenschaft der Hauptzweck der Sicherung der materiellen Wahrheitsfindung hervorgehoben<sup>257</sup> und von der im vorangehenden theoretischen Abschnitt III.A. erwähnten Umfrage<sup>258</sup> bestätigt. Zwar diskutieren und erwähnen die Rechtswissenschaftler eine Reihe von Zwecken, denen Beweisverwertungsverbote dienen.<sup>259</sup> Aber bei näherer Betrachtung der Vorschriften der chinesischen Strafprozessordnung sowie der Erklärungen der Polizei- und Justizorgane dazu drängt sich der Eindruck auf, dass hinsichtlich der Verwertbarkeit der fehlerhaften Beweismittel die Ermittlung der materiellen Wahrheit unangefochten das Denken beherrscht. Daher können viele Fehler oder Makel angeblich durch Korrekturen oder vernünftige Erklärungen geheilt werden, einzig mit dem Zweck, dass Gesetzgeber und Rechtsanwender solche Beweismittel in das Hauptverfahren zulassen können. Zu heilen, also zu legitimieren, sind demnach vor allem das Fehlen der Rechtsbelehrungen bei der Beschuldigtenvernehmung, Fehler bei der Durchsuchung sowie der Beschlagnahme von Sach- oder Urkundenbeweisen und Fehler bei technischen Ermittlungsmaßnahmen. Auch um die materielle Wahrheit zu finden und eine möglichst weitreichende Verwertung der Beweise zu ermöglichen, werden viele Beweisverwertungsverbote, die in Deutschland und den USA gelten, in China nicht anerkannt. Die vorsätzliche Täuschung bei der Beschuldigtenvernehmung kann in vielen Fällen nicht zum Verwertungsverbot führen. Verwertungsverbote aufgrund der Zeugnisverweigerungsrechte gibt es in China nicht. Tagebücher und Tonaufzeichnungen, die ausdrücklich privater Natur sind, sind grundsätzlich verwertbar, wenn sie die Straftat beweisen können; bei technischen Ermittlungsmaßnahmen ist es grundsätzlich erlaubt, in die Privatsphäre einzugreifen. Zufallsfunde bei Durchsuchungen und bei technischen Ermittlungsmaßnahmen sind im chinesischen Strafverfahren stets verwertbar.

---

<sup>257</sup> Vgl. *Chen, Hu*, Chengxuxing zhicai zhi juxianxing, Dangdai faxue 2010, Heft 2, 94 (陈虎, 程序性制裁之局限性, 当代法学 2010 年第 2 期, 第 94 页); *Huang, Yong*, Xingshi zhengju zhidu: cong luoji guize xiang chengxu guize de yanjin, Evidence Science 2012, Heft 4, 415 (黄永, 刑事证据制度: 从逻辑规则向程序规则的演进, 证据科学 2012 年第 4 期, 第 415 页); *Lewis*, (2011) 43 N. Y. U. J. Int'l L. & Pol. 664.

<sup>258</sup> *Du, Yusu*, Feifa zhengju paichu shenli chengxu de kunjing yu wanshan, Falu kexue 2013, Heft 6, 186 (杜豫苏, 非法证据排除审理的困境与完善, 法律科学 2013 年第 6 期, 第 186 页).

<sup>259</sup> *Yan, Yongli/Zhang, Shuqin*, Lun feifa shiwu zhengju paichu guize de goujian, Zhongguo xingshifa zazhi 2013, Heft 7, 70 (阎永黎/张书勤, 论非法实物证据排除规则的构建, 中国刑事法杂志 2013 年第 7 期, 第 70 页).

Aus dem deutlich ungenügenden Schutz der individuellen Interessen und der Privatsphäre, der praktisch unbeschränkten Verwendungsmöglichkeit von Zufallsfunden, der Zulässigkeit der in der Regel im deutschen Recht verbotenen Täuschung und der Vielzahl der korrigierbaren Fehler ergibt sich, dass bei den chinesischen Beweisverwertungsverboten, generell betrachtet, der Schutz der individuellen Rechte für vernachlässigbar gehalten wird.

Der Zweck der chinesischen Beweisverwertungsverbote – die Sicherung der materiellen Wahrheitsfindung – hat ursächlich mit der Häufigkeit von Fehlurteilen zu tun. Viele Fehlurteile haben zwei Gemeinsamkeiten, nämlich einerseits, dass sie aufgrund der durch Folter erpressten Geständnisse einen unschuldigen „Täter“ getroffen haben, und andererseits, dass die Aufdeckung solcher Falschverurteilungen eher durch Zufall erfolgt, z.B. durch Auffindung der wahren Täter während der Ermittlung anderer Fälle oder durch das persönliche Auftauchen der „getöteten“ Opfer.<sup>260</sup> Die Folter birgt *a priori* das Risiko der Wahrheitsverfälschung. Die falschen Verurteilungen aufgrund unwahrer Geständnisse und Aussagen führen zur Kritik an der Justiz, zugleich auch zur Vertiefung des Misstrauens gegenüber Justiz und Regierung. Der Gesetzgeber und viele Juristen in China teilen daher die Ansicht, dass durch Verwertungsverbote die materielle Wahrheitsfindung, besonders im Fall der Anwendung von Folter, abgesichert werden kann.

Allerdings ist die materielle Wahrheitsfindung als Zweck auch ideologisch fest im chinesischen Prozessmodell verwurzelt: Unter dem Einfluss der Sowjetunion wurden alle damaligen chinesischen Gesetze stark vom Marxismus geprägt, als sie 1979 verabschiedet wurden. Bei der Strafprozessordnung glaubte man nach der marxistischen Epistemologie, dass die Wahrheit bezüglich der Straftat grundsätzlich erkennbar sei und die Ermittlung als eine menschliche Erkenntnisaktivität die Wahrheit vollständig aufspüren könne, da die enorme menschliche Erkenntnisfähigkeit dazu in der Lage sei. Diese grundlegende Idee hat das chinesische Prozessmodell so sehr geprägt, dass rigoros auf die Findung der materiellen Wahrheit im Strafverfahren abgezielt wurde. Obwohl bei der Revidierung der Strafprozessordnung im Jahr 1996 einige Elemente aus dem anglo-amerikanischen Recht eingeführt wurden und sich die Rechtswissenschaftler einige Jahre später mit der materiellen und prozessualen Wahrheit intensiv auseinandersetzten, bleibt die Grundgestaltung des Strafverfahrens immer noch die gleiche, und die Spuren der Suche nach der absoluten materiellen Wahrheit sind nach wie vor in der chinesischen Strafprozessordnung zu finden. So behandeln viele Regelungen oberer Gerichte die Beurteilung der Beweiskraft, äußern sich aber nur selten zur Problematik der Rechtmäßigkeit der Beweiserhebung.

---

<sup>260</sup> Für eine ausführliche Untersuchung dazu siehe *Chen, Yongsheng*, *Woguo xingshi wupan wenti toudi*, *Zhongguo faxue* 2007, Heft 3, 51 f. (陈永生, 我国刑事误判问题透视, *中国法学* 2007年第3期, 第51, 52页).

Eine letzte Randbemerkung zu diesem Thema: Für den Zweck der Sicherung der materiellen Wahrheitsfindung gibt es einen nicht zu vernachlässigenden weiteren Grund. Die chinesische Justiz lässt sich durchaus von der öffentlichen Meinung beeinflussen. Wegen fehlender Aufklärung und Information kann die Mehrheit der chinesischen Bevölkerung die rechtsstaatlichen Elemente des Strafprozessrechts nicht verstehen. Die Massenmedien haben mehrfach den Volkszorn zum Ausdruck gebracht, wenn ein Unschuldiger gefoltert und verurteilt wurde; hingegen zeigt die Bevölkerung große Toleranz gegenüber Folter, wenn ein Schuldiger nach der Folter gestanden hat.<sup>261</sup> In einer Gesellschaft, die sich nicht erst seit den letzten Jahren stark wandelt, wird der Justiz die Aufgabe der Stabilisierung der Gesellschaft zugewiesen. So ist diese verständlicherweise bestrebt, den Volkszorn wegen Anwendung der Folter gegen Unschuldige und wegen falscher Verurteilungen möglichst schnell zu entschärfen. Daher wird im chinesischen Strafverfahren die materielle Wahrheitsfindung höher geschätzt als prozessuale Werte und der Schutz der individuellen Rechte. Die Beweisverwertungsverbote werden dem Zweck der Sicherung der materiellen Wahrheitsfindung untergeordnet und eher mechanistisch und unreflektiert eingeführt, ohne die grundlegenden Werte und den wahren Sinn des Rechtsinstituts gebührend erfasst zu haben.

## V. Kriterien der Beweisverwertungsverbote

Der Gesetzgeber hat in § 54 chStPO einen absoluten und einen relativen Beweisausschluss vorgeschrieben: Das Geständnis des Beschuldigten, das durch Folter oder sonstige verbotene Vernehmungsmethoden erlangt wurde, und die Aussage des Zeugen oder des Opfers, die durch Gewalt, Drohung oder sonstige verbotene Vernehmungsmethoden erlangt wurde, sind von der Verwertung auszuschließen. Wenn die Erhebung des Sach- oder Urkundenbeweises dem gesetzlichen Prozedere nicht entspricht und dadurch die justizielle Gerechtigkeit schwer beeinträchtigt werden könnte, sollen Korrekturen oder vernünftige Erklärungen dazu vorgenommen werden; geschieht dies nicht, ist das Beweismittel von der Verwertung auszuschließen.

Der absolute Beweisausschluss betrifft ausschließlich Geständnisse und Zeugnisse, die durch verbotene Vernehmungsmethoden zustande kommen. Der relative Beweisausschluss, der in der chinesischen Literatur auch Beweisausschluss nach Ermessen genannt wird, bezieht sich nur auf Sach- und Urkundenbeweise in solchen Fällen, in denen die Beweismittel unrechtmäßig erhoben wurden und dadurch die justizielle Gerechtigkeit schwer beeinträchtigen könnten. Der Oberste Volksgerichts-

---

<sup>261</sup> Vgl. den Fall von *Liu Yong* in Anm. 246 oben Dritter Teil, III.B. und *Wu, Danhong*, *Juese, Qingjin yu shehui rongren*, *Peking University Law Journal* 2006, Heft 2, 161 (吴丹红, 角色, 情境与社会容忍, *中外法学* 2006 年第 2 期, 第 161 页).

hof befindet, dass beim relativen Beweisausschluss dem Richter ein verhältnismäßig großer Ermessensspielraum eingeräumt wird, um in Anbetracht der Umstände des Einzelfalls, des mentalen Zustands der rechtswidrig handelnden Ermittlungsperson, der Schwere der Rechtsverletzung, der Eigenschaft des verletzten Rechts und der Schwere der Straftat zu entscheiden, ob der Fehler zu korrigieren bzw. ob ein Verwertungsverbot anzunehmen ist.<sup>262</sup>

Die von der Art des Beweismittels abhängige Unterscheidung zwischen relativem und absolutem Beweisausschluss wird folgendermaßen begründet: Ein Geständnis oder Zeugnis kann erstens leichter verändert werden als Sach- und Urkundenbeweise.<sup>263</sup> Das Geständnis oder Zeugnis kann zweitens wegen der rechtswidrigen Erhebung von der Wahrheit abweichen und unzuverlässig sein,<sup>264</sup> während dies für den Sachbeweis oder den Urkundenbeweis nicht gilt.<sup>265</sup> Drittens kann die Erhebung des Geständnisses oder Zeugnisses durch verbotene Vernehmungsmethoden das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit verletzen, während eine unrechtmäßige Erhebung des Sach- oder des Urkundenbeweises in der Regel nur das Vermögens- und Wohnungsrecht beeinträchtigen kann.<sup>266</sup> Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit ist höher einzuschätzen als das Vermögensrecht und das Wohnungsrecht.<sup>267</sup> Diese Dichotomie, nach der Art des Beweismittels zu entscheiden, hat die chinesische Literatur in der Anfangszeit der Diskussion um die Beweisverwertungsverbote, also vor etwa 15 Jahren, hervorgebracht.<sup>268</sup> Es war dies ein erster Versuch zur Errichtung des Rechtsinstituts der Beweisverwertungsverbote,

<sup>262</sup> Zhang, Jun (Hrsg.), Xingshi zhengju guize lijie yu shiyong, S. 345 (张军 主编, 刑事证据规则理解与适用, 第 345 页). Ähnlich Huang, Yong, Xingshi zhengju zhidu: cong luoji guize xiang chengxu guize de yanjin, Evidence Science 2012, Heft 4, 416 f. (黄永, 刑事证据制度: 从逻辑规则向程序规则的演进, 证据科学 2012 年第 4 期, 第 416, 417 页).

<sup>263</sup> Zhang, Jun (Hrsg.), Xingshi zhengju guize lijie yu shiyong, S. 345 (张军 主编, 刑事证据规则理解与适用, 第 345 页).

<sup>264</sup> Huang, Weizhi, Feifa zhengju paichu guize jiazhi lungang, Zhongguo xingshifa zazhi 2004, Heft 6, 79 (黄维智, 非法证据排除规则价值论纲, 中国刑事法杂志 2004 年第 6 期, 第 79 页); Chen, Ruihua, Feifa zhengju paichu guize de zhongguo moshi, Zhongguo faxue 2010, Heft 6, 36 (陈瑞华, 非法证据排除规则的中国模式, 中国法学 2010 年第 6 期, 第 36 页).

<sup>265</sup> Wang, Shangxin/Li, Shouwei (Hrsg.), Guanyu xiugai xingshi susongfa de jue ding jieshi yu shiyong, S. 53 (王尚新/李寿伟 主编, 关于修改刑事诉讼法的决定解释与适用, 第 53 页); Chen, Ruihua, Feifa zhengju paichu guize de zhongguo moshi, Zhongguo faxue 2010, Heft 6, 36 (陈瑞华, 非法证据排除规则的中国模式, 中国法学 2010 年第 6 期, 第 36 页); Chen, Weidong, Xingshi susongfa xiugai zhuanjia bitan, Justice of China 2012, Heft 5, 29 (陈卫东, 刑事诉讼法专家笔谈 2012 年第 5 期, 第 29 页).

<sup>266</sup> Zhang, Jun (Hrsg.), Xingshi zhengju guize lijie yu shiyong, S. 345 (张军 主编, 刑事证据规则理解与适用, 第 345 页).

<sup>267</sup> Zhang, Jun (Hrsg.), Xingshi zhengju guize lijie yu shiyong, S. 345 (张军 主编, 刑事证据规则理解与适用, 第 345 页).

<sup>268</sup> Yang, Yuguan, Feifa zhengju paichu guize yanjiu, S. 279 (杨宇冠, 非法证据排除规则研究, 第 279 页). Später auch Huang, Weizhi, Feifa zhengju paichu guize jiazhi lungang, Zhongguo xingshifa zazhi 2004, Heft 6, 79 f. (黄维智, 非法证据排除规则价值论纲, 中国刑事法杂志 2004 年第 6 期, 第 79, 80 页).

der vom Gesetzgeber in der neuen chinesischen Strafprozessordnung berücksichtigt wird. Ein großer Teil der Rechtswissenschaftler stimmt diesen Kriterien zu.<sup>269</sup>

Einige Rechtswissenschaftler vertreten dagegen die Ansicht, dass der Beweisausschluss nicht nach der Art des Beweismittels bestimmbar sein darf. Denn ein Sachbeweis ist ebenfalls auszuschließen, wenn seine Erhebung die Verfassungsrechte des Betroffenen verletzt hat.<sup>270</sup> Inzwischen werden die Schwächen dieser Dichotomie gesehen, die vor allem in den Korrekturmöglichkeiten und den vernünftigen Erklärungen für rechtswidrige Handlungen bei der Erhebung von Sach- und Urkundenbeweisen sichtbar werden.

Zwar ist die Literatur zum Teil der Ansicht, dass solche Korrekturen und vernünftigen Erklärungen bei Sach- und Urkundenbeweisen zur chinesischen Praxis passen und deren Bedürfnissen entsprechen.<sup>271</sup> Aber es erscheint erstens nicht logisch, dass auch Rechtsverletzungen bei der Erhebung, die nach § 54 chStPO die justizielle Gerechtigkeit schwer beeinträchtigt haben, noch durch Korrekturen oder vernünftige Erklärungen geheilt werden können.<sup>272</sup> Zweitens kann eine große Menge von Korrekturen oder vernünftigen Erklärungen für die fehlerhaften Beweise die Durchsetzungskraft der beweisrechtlichen Vorschriften beeinträchtigen, deren Umsetzung in China ohnehin Schwierigkeiten bereitet.<sup>273</sup> Drittens sind die Voraussetzungen für den relativen Beweisausschluss zu allgemein beschrieben, so dass der Richter einen großen Ermessensspielraum hat, der es ihm leicht macht, den Ausschluss der Sach- oder Urkundenbeweise so gut wie gar nicht umzusetzen.<sup>274</sup> Schließlich könnte ein nach dem Gesetz oder den Erklärungen der Justizorgane korrigierbarer Fehler in der Praxis eine erhebliche Rechtsverletzung bedeuten. So kann der Makel der fehlenden Unterschrift des Beschuldigten im Protokoll, der nach

---

<sup>269</sup> Z.B. *Chen, Ruihua*, Feifa zhengju paichu guize de zhongguo moshi, *Zhongguo faxue* 2010, Heft 6, 34–40 (陈瑞华, 非法证据排除规则的中国模式, 中国法学 2010 年第 6 期, 第 34–40 页).

<sup>270</sup> *Wang, Jiancheng*, *Zhongguo xuyao shimoyang de feifa zhengju paichu guize*, *Huangqiu falu pinglun* 2006, Heft 5, 552 (汪建成, 中国需要什么样的非法证据排除规则, 环球法律评论 2006 年第 5 期, 第 552 页); *Qin, Ce*, *Xingshi feifa zhengju paichu de xianzheng zhiwei*, *Faxue* 2007, Heft 8, 70 f. (秦策, 刑事非法证据排除的宪政之维, 法学 2007 年第 8 期, 第 70, 71 页).

<sup>271</sup> *Long, Zongzhi*, *Liangge zhengju guiding de guifan yu zhixing ruogan wenti yanjiu*, *Zhongguo faxue* 2010, Heft 6, 26 (龙宗智, 两个证据规定的规范与执行若干问题研究, 中国法学 2010 年第 6 期, 第 26 页).

<sup>272</sup> Vgl. *Xiong, QiuHong*, *Xingshi zhengju zhidu fazhan zhong de jieduanxing jinbu*, *Evidence Science* 2010, Heft 5, 575 (熊秋红, 刑事证据制度发展中的阶段性进步, 证据科学 2010 年第 5 期, 第 575 页).

<sup>273</sup> *Zhang, Ying*, *Beigaoren shenqian gongshu de zhengju nengli*, *Journal of Lanzhou University (Social Sciences)* 2012, Heft 5, 130 (张颖, 被告人审前供述的证据能力, 兰州大学学报(社会科学版) 2012 年第 5 期, 第 130 页).

<sup>274</sup> *Ye, Qing*, *Guanyu feifa zhengju paichu guize tixi de ruogan wenti sikao*, *Zhengzhi yu falu* 2011, Heft 6, 11 (叶青, 关于非法证据排除规则体系的若干问题思考, 政治与法律 2011 年第 6 期, 第 11 页).

§ 82 der Erklärungen des Obersten Volksgerichts zur Strafprozessordnung korrigiert werden darf, darauf zurückzuführen sein, dass der Beschuldigte der Folter unterworfen oder bei der Vernehmung bedroht worden ist und daher die Unterschrift verweigert hat.

In der Literatur werden noch weitere Kriterien für einen Beweisausschluss vorgebracht: Einige Autoren vertreten einen absoluten Ausschluss, so dass jede Rechtswidrigkeit bei der Beweiserhebung zu Verwertungsverböten führen soll; geringfügige Ausnahmen lässt diese Ansicht nur bei leichten Fehlern zu.<sup>275</sup> Diese kategorische Ansicht lässt sich schwer in die Praxis umsetzen. Denn wenn nahezu jeder Rechtsfehler bei der Erhebung ein Verwertungsverbot nach sich zieht, würde dies die Ermittlungen und die Justiz überlasten oder sogar lahmlegen. Darüber hinaus hat diese Ansicht keine konkreten Kriterien dazu vorgebracht, welche Fehler leicht sind.

Nicht wenige Rechtswissenschaftler bringen vor, ein System der Beweisverwertungsverböte auf die verletzten Rechte auszurichten. Wenn die Beweiserhebung Grundrechte oder die Verfassung verletzt, stellt sich dies als schwere Rechtsverletzung dar und muss somit grundsätzlich zum Verwertungsverbot führen; würden Rechte aus prozessualen Vorschriften verletzt, wären dies hingegen heilbare Rechtsfehler und diese würden nicht unbedingt Verwertungsverböte herbeiführen, sondern könnten durch Korrekturen eventuell geheilt werden.<sup>276</sup> Auf der Basis dieses Zwei-Stufen-Systems führen andere Rechtswissenschaftler noch weitere Stufen ein.<sup>277</sup> Z.B. wird angeführt, dass die Beweismittel nicht verwertet werden dürfen, aber zur Unterstützung der Gegenargumente gegen die Aussagen des Beschuldigten verwendet werden können, solange sie durch schwere Verletzung der Zwangsvorschriften erlangt, aber die Rechte des Beschuldigten dabei nicht verletzt wurden, wie etwa im Fall von rechtswidrig beschlagnahmter Konterbande.<sup>278</sup>

<sup>275</sup> *Chen, Guangzhong/Guo, Zhiyuan*, Feifa zhengju paichu guize shishi ruogan wenti yanjiu, Faxue zazhi 2014, Heft 9, 5 (陈光中/郭志媛, 非法证据排除规则实施若干问题研究, 法学杂志 2014 年第 9 期, 第 5 页).

<sup>276</sup> *Lin, Xifen*, Lun feifa zhengju paichu guize de hongguan weijie, Anhui daxue falu pinglun 2008, Heft 1, 224 (林喜芬, 论非法证据排除规则的宏观位阶, 安徽大学法律评论 2008 年第 1 期, 第 224 页); *Wan, Yi*, Feifa zhengju paichu guize ruogan caozou wenti yanjiu, Zhongguo xingshifa zazhi 2007, Heft 3, 79 (万毅, 非法证据排除规则若干操作问题研究, 中国刑事法杂志 2007 年第 3 期, 第 79 页).

<sup>277</sup> *Qin, Ce*, Xingshi feifa zhengju paichu de xianzheng zhiwei, Faxue 2007, Heft 8, 71 (秦策, 刑事非法证据排除的宪政之维, 法学 2007 年第 8 期, 第 71 页); *Yan, Yongli/Zhang, Shuqin*, Lun feifa shiwu zhengju paichu guize de goujian, Zhongguo xingshifa zazhi 2013, Heft 7, 72 f. (阎永黎/张书勤, 论非法实物证据排除规则的构建, 中国刑事法杂志 2013 年第 7 期, 第 72, 73 页).

<sup>278</sup> *Yan, Yongli/Zhang, Shuqin*, Lun feifa shiwu zhengju paichu guize de goujian, Zhongguo xingshifa zazhi 2013, Heft 7, 73 (阎永黎/张书勤, 论非法实物证据排除规则的构建, 中国刑事法杂志 2013 年第 7 期, 第 73 页).

Das Zwei-Stufen-System sowie seine Varianten sind letztlich aber wenig überzeugend. Seine größte Schwäche besteht darin, dass sich eine Verletzung des prozessualen Rechts nicht von der Grundrechtsverletzung trennen lässt, da fast jedes prozessuale Recht einen Bezug auf ein Grundrecht hat. So kann eine Unterlassung der Belehrung über das Verteidigerkonsultationsrecht das Grundrecht aus Art. 125 der chinesischen Verfassung betreffen. Außerdem sind in China manche Fehler, die die Strafprozessordnung verletzt haben, nicht mehr korrigierbar. Zu solchen Fehlern gehört z.B. die DNA-Reihenuntersuchung an einer unverhältnismäßig großen Zahl von Menschen. Die chinesischen Strafverfolgungsbehörden setzen DNA-Analysen faktisch ohne gesetzlich vorgeschriebene materielle und prozessuale Beschränkungen ein.<sup>279</sup> Angesichts der Effektivität von DNA-Analysen bei der Identifikation von Verdächtigen fordert die Polizei nicht selten, eine übermäßig große Zahl von Menschen einer DNA-Reihenuntersuchung zu unterziehen, obwohl die Polizei nach eingehender Ermittlung den Kreis der Untersuchten hätte verkleinern können. Für die Menschen, die sich der Untersuchung unnötig unterzogen haben, ist der mit dem körperlichen Eingriff verbundene Fehler nicht heilbar. Ein weiteres Beispiel ist die Anwendung von Folter, um ein Geständnis von dem Beschuldigten zu erhalten. Im Einzelfall wirkt sich die Folter unter Umständen lange auf den Beschuldigten aus, so dass er kaum den Mut hätte, einem früheren erpressten Geständnis zu widersprechen.<sup>280</sup> Dieser Erhebungsfehler ist ebenfalls nicht heilbar.

Nach einer weiteren Ansicht sind die Beweisverwertungsverbote nach einzelnen Sachverhalten zu diskutieren. Beim Geständnis ist es für die Annahme der Wertbarkeit entscheidend, ob das Geständnis freiwillig gemacht wird. Bei der Durchsuchung oder der Beschlagnahme ist zu fragen, ob diese Maßnahme auf Anordnung der Polizei oder der Staatsanwaltschaft geschieht oder ob es sich um einen Eilfall handelt. Bei der akustischen Überwachung ist zu prüfen, ob sie gesetzliche Vorschriften verletzt hat.<sup>281</sup> Diese Ansicht, die danach strebt, die Beweisverwertungsverbote entsprechend dem im Einzelfall jeweils vorliegenden Sachverhalt zu bestimmen, ist zwar diskutabel. Aber die Implementierung des Systems verlangt eine Vielzahl vorher zu verabschiedender detaillierter Vorschriften zur Durchführung der jeweiligen Vernehmung oder Zwangsmaßnahme. Dazu ist der chinesische Gesetzgeber nach allgemeiner Ansicht bis heute bei Weitem noch nicht imstande.

Obwohl sich aus der vorangehenden Darstellung keine letztlich befriedigenden allgemein gültigen Kriterien ergeben können, ist heute im chinesischen Recht anerkannt, dass bei der Problematik der Beweisverwertungsverbote das allgemeine

---

<sup>279</sup> Siehe oben Dritter Teil, II.D.3.

<sup>280</sup> Vgl. unten Vierter Teil, II.E.4.

<sup>281</sup> Song, Shijie/Chen, Guo, Lun feifa zhengju paichu guize, in: He (Hrsg.), Zhengjuxue luntan, Band II, S. 266–270 (宋世杰/陈果, 论非法证据排除规则, 载于何家弘 主编, 证据学论坛 (第二卷), 第 266–270 页).

Ermittlungsinteresse gegen das individuelle Interesse abgewogen werden soll<sup>282</sup> und dass dazu richterliches Ermessen erforderlich ist.<sup>283</sup> *Chen* hat die bei der Abwägung zu berücksichtigenden Elemente aufgelistet: die Schwere der Rechtswidrigkeit der Maßnahme; die Gewissheit, ob die Beweiserhebung wichtige Vorschriften verletzt hat; die Aussage, ob die Verletzung eines wichtigen Rechts vorliegt; die Bedeutung des Beweises für die Feststellung der Tatsachen; die Feststellung, ob die justizielle Gerechtigkeit beeinträchtigt wird; die Schwere der Straftat; die hypothetische Beurteilung, ob das Beweismittel auf legalem Weg gefunden werden könnte; die Überlegung, ob der Rechtsfehler durch Korrekturen geheilt werden kann.<sup>284</sup> Allerdings gibt es weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung eine Antwort auf die entscheidende Frage, in welchen Fällen diese Interessenabwägung mit welcher Konsequenz angewandt werden soll.

---

<sup>282</sup> *Huang, Yong*, Xingshi zhengju zhidu: cong luoji guize xiang chengxu guize de yanjin, *Evidence Science* 2012, Heft 4, 417 (黄永, 刑事证据制度: 从逻辑规则向程序规则的演进, *证据科学* 2012 年, 第 4 期, 第 417 页); *Deng, Siqing*, Lun feifa zhengju paichu guize de lilun jichu, *Falu kexue* 2006, Heft 3, 113 (邓思清, 论非法证据排除规则的理论基础, *法律科学* 2006 年, 第 3 期, 第 113 页); *Chen, Ruihua*, Feifa zhengju paichu guize de zhongguo moshi, *Zhongguo faxue* 2010, Heft 6, 37 (陈瑞华, 非法证据排除规则的中国模式, *中国法学* 2010 年, 第 6 期, 第 37 页).

<sup>283</sup> *Huang, Yong*, Xingshi zhengju zhidu: cong luoji guize xiang chengxu guize de yanjin, *Evidence Science* 2012, Heft 4, 417 (黄永, 刑事证据制度: 从逻辑规则向程序规则的演进, *证据科学* 2012 年, 第 4 期, 第 417 页); *Ye, Qing*, Guanyu feifa zhengju paichu guize tixi de ruogan wenti sikao, *Zhengzhi yu falu* 2011, Heft 6, 15 (叶青, 关于非法证据排除规则体系的若干问题思考, *政治与法律* 2011 年, 第 6 期, 第 15 页); *Chen, Ruihua*, Feifa zhengju paichu guize de zhongguo moshi, *Zhongguo faxue* 2010, Heft 6, 37 (陈瑞华, 非法证据排除规则的中国模式, *中国法学* 2010 年, 第 6 期, 第 37 页).

<sup>284</sup> *Chen, Ruihua*, Feifa zhengju paichu guize de zhongguo moshi, *Zhongguo faxue* 2010, Heft 6, 37 (陈瑞华, 非法证据排除规则的中国模式, *中国法学* 2010 年, 第 6 期, 第 37 页).



## Vierter Teil

# Rechtsvergleich

## I. Allgemeine Grundlagen

### A. Vergleich der historischen Entwicklung

Historisch betrachtet haben das deutsche Recht und das US-amerikanische Recht insofern dieselbe Entwicklung erlebt, als Beweismittel zuerst ungeachtet der Erhebungsmethoden zur Wahrheitserforschung im Strafprozess verwertet werden durften, später aber die Mittel zur Wahrheitserforschung durch Beweisverbote bzw. Beweisverwertungsverbote eingeschränkt wurden. In der chinesischen Rechtsgeschichte wurden Beweise früher ebenfalls unbeschränkt verwertet. Erst seit Anfang des 20. Jahrhunderts finden sich Vorschriften über Beweiserhebungsverbote in der Republik China. In der Volksrepublik China wurden Vorschriften über Beweisverbote erst 2012 in der Strafprozessordnung festgeschrieben. Allerdings fehlt im chinesischen Recht immer noch die Erkenntnis, dass Beweisverbote die Wahrheitsfindung beschränken können. Beweisverboten wird in China in erster Linie die Aufgabe der Absicherung der Wahrheitsfindung zugewiesen. Angesichts zahlreicher falscher Verurteilungen aufgrund von durch Folter erpressten „gewünschten“ Geständnissen will der chinesische Gesetzgeber durch das Verbot der Verwertung solcher Geständnisse in Zukunft die wahren Tatsachen herausfinden. Ein umfassendes Institut der Beweisverbote kennt das chinesische Recht nicht.

Ein wesentlicher Unterschied ergibt sich aus der Historie, da die deutschen und chinesischen Beweisverbote bzw. Beweisverwertungsverbote der Beschuldigtenvernehmung entstammen, während die US-amerikanische *Exclusionary Rule* sich aus dem Themenkreis der Durchsuchung und Beschlagnahme entwickelte. Allerdings sind Beweisverwertungsverbote in allen drei Staaten eine Reaktion auf schlechte Erfahrungen mit der Einflussnahme der staatlichen Macht auf Strafverfahren. Die Überführung durch Geständniserlangung insbesondere durch Folter spielte in der Vergangenheit eine bedeutende Rolle in der deutschen strafprozessrechtlichen Geschichte.<sup>1</sup> Die Missachtung der Menschenrechte in der Zeit des Nationalsozialismus gab unmittelbar den Anstoß zur Einführung einer Vorschrift über verbotene Vernehmungsmethoden in § 136a StPO. In China war die Folter bei der Vernehmung historisch eine zwar durchaus zulässige, aber regulierte Methode. Die

---

<sup>1</sup> Vgl. nur Roxin/Arzt/Tiedemann, Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht, S. 88 ff.

während der verschiedenen Kampagnen, z.B. Drei-Anti-Kampagne und Fünf-Anti-Kampagne, und während der Kulturrevolution massiv verübte Folter hatte auch noch in den darauffolgenden Jahrzehnten große Auswirkungen auf die chinesische Praxis. Seit Anfang des 21. Jahrhunderts führte der wiederholte Nachweis von Fehlurteilen, die aufgrund von durch Folter erpressten Geständnissen zustande gekommen waren, zu einer partiellen, aber doch grundsätzlichen Anerkennung der Beweisverwertungsverbote. In den USA stand die Bewahrung der Bevölkerung vor willkürlicher Durchsuchung und Beschlagnahme durch die Staatsmacht Englands im Zentrum der Geschichte von Verfassungsrecht und Strafprozess.<sup>2</sup> Dort wird seit jeher jede willkürliche Durchsuchung und Beschlagnahme als Eingriff in die persönliche Freiheit betrachtet und als unerträglich empfunden.

## B. Vergleich des Prozessmodells

Sowohl im deutschen als auch im US-amerikanischen Recht sollen Beweise, die den Verwertungsverböten unterliegen, vom Staatsanwalt im Vorverfahren gemäß der Objektivitätspflicht ausgeschlossen werden. Im chinesischen Recht haben Polizei und Staatsanwaltschaft nach dem Gesetz ebenfalls eine Objektivitätspflicht, nach der die Beweisverwertungsverböte schon im Vorverfahren umzusetzen sind. Jedoch werden Beweisverwertungsverböte in jedem Prozessmodell unterschiedlich behandelt.

Der erste wesentliche Unterschied zwischen den Prozessmodellen besteht darin, dass das deutsche Vorverfahren im Gegensatz zum US-amerikanischen und chinesischen Vorgehen die den Verwertungsverböten unterliegenden Beweise in der Praxis schon grundsätzlich ausschließt. Das deutsche Amtsverfahren überlässt bereits den Staatsanwälten den Beweisausschluss. Die Staatsanwaltschaft fungiert gemäß der Objektivitätspflicht und dem Rechtsstaatsprinzip als „Herrin des Ermittlungsverfahrens“ und zugleich als zweiter Richter bei der Wahrheitserforschung. Grundsätzlich haben deutsche Staatsanwälte sich gesetzestreu zu verhalten. Sie fungieren im Vorverfahren als eine Art erste Wächter, indem sie problematische Beweismittel abblocken. Die US-amerikanischen Staatsanwälte zeigen hingegen im akkusatorischen Strafverfahren starke Parteilichkeit. Der Konflikt mit der Verteidigung vor allem in der Hauptverhandlung und das Prinzip der Waffengleichheit tragen dazu bei, dass die US-amerikanischen Staatsanwälte ihre Objektivitätspflicht nicht buchstäblich zu erfüllen haben und stark vom Wunsch der Überführung des Beschuldigten motiviert werden. Gegebenenfalls maßen sie sich an, problematische Beweismittel in das Hauptverfahren einzuführen.<sup>3</sup> Sie legen nahezu alle Beweismittel, gleichgültig ob sie auszuschließen sind oder nicht, auf den Tisch des Gerichts. Vor

---

<sup>2</sup> Vgl. die Geschichte der US-amerikanischen Verfassung oben Zweiter Teil, IV.

<sup>3</sup> Herrmann, Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerikanischen Strafverfahrens, S. 196.

der Hauptverhandlung können problematische Beweismittel allerdings grundsätzlich aufgrund der *motion to suppress* ausgeschlossen werden. Das chinesische Strafverfahren ist demgegenüber zwar inquisitorisch wie das deutsche, jedoch wird die Objektivitätspflicht von Polizei und Staatsanwaltschaft im Vorverfahren nicht gesetzmäßig eingefordert. Die Gestaltung des chinesischen Strafverfahrens als Suche nach absoluter materieller Wahrheit und mit dem Ziel der Unterdrückung der Kriminalität bedingt, dass das Strafverfahren auf Verurteilung ausgerichtet ist und Beweisverwertungsverbote von Amts wegen im Vorverfahren nur schwer umsetzbar sind.

Ein weiterer Modellunterschied besteht darin, dass deutsche und chinesische Gerichte über problematische Beweise unterrichtet werden können, während das US-amerikanische Gericht in einem *jury-trial* grundsätzlich davon keine Kenntnis haben darf. Der Unterschied erklärt sich aus der Verschiedenheit der Spruchkörper in den drei Staaten: Das deutsche Gericht besteht grundsätzlich aus Berufsrichtern, denen im Amtsverfahren zugetraut wird, dass sie den Beweiswert richtig zu erkennen vermögen und über die Verwertbarkeit der Beweismittel zu entscheiden in der Lage sind. Im chinesischen Spruchkörper spielt der Berufsrichter die entscheidende Rolle beim Urteilsspruch. Vor der Hauptverhandlung findet zwar unter dem Einfluss des anglo-amerikanischen Prozessmodells eine Konferenz statt, in der die Problematik der Beweisverwertungsverbote behandelt werden kann. Jedoch ist eine prinzipielle vorhergehende Aussonderung der problematischen Beweise nicht vorgeschrieben. Diese können allerdings immer noch während der Hauptverhandlung ausgeschlossen werden (§ 56 chStPO). Der Berufsrichter kann von solchen Beweisen durch die Lektüre der Akten Kenntnis erlangen und im Urteil entscheiden, ob sie verwertbar sind. Dagegen ist im US-amerikanischen Strafverfahren in einem *jury-trial* die Jury zuständig und verantwortlich für den Schuldspruch. Sie wird durch ihre persönlichen Eindrücke während der Hauptverhandlung beeinflusst. Um die Jury vor falschen, missverständlichen oder verwirrenden Einschätzungen oder Vorurteilen zu schützen,<sup>4</sup> hat man im US-amerikanischen System der Hauptverhandlung eine Phase vorgeschaltet, in der rechtswidrig erlangte Beweise vom Berufsrichter auf Antrag der Verteidigungsseite hin grundsätzlich ausgeschlossen werden sollen.

Mit Bezug auf den Mechanismus des Beweisausschlusses könnte man zu der Einschätzung gelangen, dass das US-amerikanische Vorgehen zur Vermeidung der Voreingenommenheit des Gerichts sinnvoller als das deutsche ist. Jedoch sollte die gesamte Gestaltung des Strafverfahrens im deutschen und US-amerikanischen Recht betrachtet werden. Deutsche Staatsanwälte können grundsätzlich schon im Vorverfahren problematische Beweismittel aussondern und nur verwertbare Beweismittel an die Gerichte leiten, während dem US-amerikanischen Vorverfahren eine solche frühzeitige Aussonderung fehlt, so dass alle Beweisausschlüsse erst kurz

---

<sup>4</sup> Vgl. *Paulsen*, ZStW 77 (1965), 667.

vor der Hauptverhandlung vorzunehmen sind und sich allein durch die mögliche Menge dieser Ausschlüsse der Eindruck verstärkt, dass die US-amerikanischen Beweisausschlüsse vor der Hauptverhandlung die Voreingenommenheit des Gerichts bzw. der Jury wirkungsvoller verhindern. Das chinesische Recht wollte mit der Konferenz vor der Hauptverhandlung zwar den Vorteil des US-amerikanischen Mechanismus übernehmen, dass durch vorhergehenden Beweisausschluss die Gefahr der Voreingenommenheit der Richter verringert werden kann. Aber die besondere inquisitorische Struktur des chinesischen Verfahrens verhindert, dass ein solcher Vorteil faktisch realisierbar ist.<sup>5</sup> Vor dem Hintergrund, dass die Struktur des chinesischen Strafverfahrens geradlinig auf die Überführung des Beschuldigten ausgerichtet ist und das Gericht im Vergleich zu Polizei und Staatsanwaltschaft das schwächste Glied ist, wird hier folgende Verbesserung vorgeschlagen: Polizei und Staatsanwaltschaft sollten durch strikte interne Disziplinarmaßnahmen dazu angehalten werden, ihrer gesetzlichen Objektivitätspflicht treu nachzukommen, damit die Beweisverwertungsverbote schon im Vorverfahren durchgesetzt werden können.

## II. Analyse der Sachverhaltskonstellationen

### A. Vergleich der terminologischen Abgrenzung

Die terminologische Trennung von Beweiserhebungsverböten und Beweisverwertungsverböten, die im deutschen Recht zu finden ist, kennt weder das US-amerikanische noch das chinesische Recht. Diese Klassifizierung ist lediglich eine theoretische; in der Praxis kommt auch dann ein Verwertungsverbot in Betracht, wenn bestimmte Beweiserhebungen verboten waren und dennoch geschahen. *Paulus* meint, dass die Beweiserhebung nur eine Sonderform der Verwertung der später in der Hauptverhandlung präsentierten Beweismittel ist.<sup>6</sup> Daher kann man sagen, dass die Beweiserhebungsverböte Sonderformen der Verwertungsverböte sind. Die deutschen Theorien haben lediglich die Sachverhalte der Praxis abstrahiert und ihre terminologische Trennung herausgearbeitet. Dagegen ist das US-amerikanische Recht sowohl in der Rechtsprechung als auch in den Theorien wesentlich pragmatischer orientiert; ein Beweiserhebungsverbot, das letztendlich auch in Form eines Verwertungsverböts im Hauptverfahren erscheinen kann, wäre für das US-amerikanische Recht zu umständlich und eigentlich auch überflüssig. An diesem Pragmatismus orientiert sich auch das chinesische Recht, das allerdings noch nicht von ausgereiften Theorien ausgehen kann und dessen Vorgaben von Rechtsanwendern ausgelegt werden, deren juristische Ausbildung verbesserungswürdig ist und deren

---

<sup>5</sup> Für eine kritische Analyse des chinesischen Prozessmodells siehe oben Dritter Teil, I.B.

<sup>6</sup> *Paulus*, JuS 1988, 876.

Ermessen stark vom traditionellen Formalismus bestimmt wird. So wäre es zurzeit noch schwer, die deutsche terminologische Trennung zwischen Beweiserhebungsverboten und Beweisverwertungsverboten in das chinesische Recht einzuführen.

## **B. Beweisverwertungsverbote im Zusammenhang mit der Beschuldigtenvernehmung**

### **1. Deutschland**

Bei der Beschuldigtenvernehmung kann ein Beweisverwertungsverbot hinsichtlich der Geständnisse oder Aussagen des Beschuldigten entstehen, wenn die Belehrung über das Schweige- oder Verteidigerkonsultationsrecht unterlassen wurde. Die Rechtsprechung hat für solche Konstellationen in den meisten Fällen eine Abwägung der individuellen Rechte und der staatlichen Interessen unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der Normen vorgenommen und ist als Ergebnis zum Verwertungsverbot gekommen.<sup>7</sup> Diese Vorgehensweise wird auch bei der Entscheidung über ein Beweisverwertungsverbot angewandt, wenn dem Wunsch nach einem Verteidiger nicht nachgekommen und die Vernehmung fortgesetzt wird.<sup>8</sup>

Wenn die Vernehmungsmethoden die Willensentschließung und Willensbetätigung des Beschuldigten beeinträchtigt haben, entstehen absolute Verwertungsverbote für solche Vernehmungen. In einem konkreten Fall, wie beispielsweise der zwangsweisen Verabreichung von Brechmitteln, wird auch eine Interessenabwägung zur Entscheidung der Verwertbarkeit herangezogen.<sup>9</sup> Täuschung ist bei der Vernehmung nicht erlaubt. Für die Sonderfälle der Täuschung – Lockspitzel-Fälle, Hörfälle und Zellenspitzel-Fälle – werden Grenzen zum Schutz der Rechtsstaatlichkeit und im Rahmen von *due process*-Erwägungen gezogen; eine Überschreitung dieser Grenzen zieht ein Verwertungsverbot nach sich.<sup>10</sup>

Bei Verstößen gegen die Anwesenheitsrechte des Beschuldigten bzw. seines Verteidigers bei der richterlichen Zeugenvernehmung oder bei Verstößen gegen das Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der Beschuldigtenvernehmung im Vorverfahren greifen Beweisverwertungsverbote aufgrund der Schutzzwecke der Rechtsnormen.

---

<sup>7</sup> Vgl. BGHSt 38, 214, 219 f.; BGHSt 47, 172, 174.

<sup>8</sup> Z.B. BGHSt 38, 372, 373 f.

<sup>9</sup> Vgl. OLG Frankfurt a.M. NJW 1997, 1647.

<sup>10</sup> Siehe oben Erster Teil, II.B.3.b)aa), bb) und cc).

## 2. USA

Ob ein Geständnis oder eine Aussage des Beschuldigten im US-amerikanischen Recht verwertbar ist, hängt von der Existenz und Feststellung des freien Willens des Beschuldigten ab. Früher diente zur Bestimmung der Freiwilligkeit ein *totality of the circumstances test*. Zur Regulierung der polizeilichen Handlungen wurden *bright-line rules*, vor allem die *Miranda Warnings*, eingeführt. Unterbleibt die Belehrung über das Schweigerecht oder das Verteidigerkonsultationsrecht aus den *Miranda Warnings*, ist das Geständnis oder die Aussage des Beschuldigten nicht zu verwerten.<sup>11</sup> Der Beschuldigte kann während der Vernehmung jederzeit seine Rechte auf Schweigen und Verteidigerkonsultation in Anspruch nehmen.<sup>12</sup> Wenn der Beschuldigte das Schweigerecht oder das Verteidigerkonsultationsrecht geltend macht, darf ihn die Polizei nicht bzw. nicht ohne Anwesenheit eines Anwalts (*Edwards rule*) weiter vernehmen. Ansonsten können dabei Beweisverwertungsverbote entstehen. Hier wird der Gedanke der *bright-line rules* aufgegriffen. In Bezug auf verbotene Vernehmungsmethoden gibt es im US-amerikanischen Recht keine *bright-line rule*; vielmehr ist die Verwertbarkeit der Geständnisse oder Aussagen von Beschuldigten davon abhängig, ob die Beschuldigten sie freiwillig gemacht haben. Der *totality of the circumstances test* wird hier wieder aufgenommen.<sup>13</sup> Macht der Beschuldigte unfreiwillig, also gezwungenermaßen, ein Geständnis oder eine Aussage, ist beides nicht zu verwerten. Das Versprechen von Vorteilen kann nicht unbedingt zu einem Beweisverwertungsverbot führen und ist nur ein Teil der *totality of the circumstances* zur Bestimmung der Freiwilligkeit.<sup>14</sup> Täuschung ist grundsätzlich nicht verboten, solange dadurch die Vernehmung nicht äußerst ungerrecht und willkürlich erscheint.<sup>15</sup> Daher sind die Sonderfälle der Täuschung – Lockspitzel-Fälle, Hörfälle und Zellenspitzel-Fälle – erlaubt, wenn auch gelegentlich eingeschränkt, z.B. durch Grenzen des *due process* oder durch die *Massiah rule*, welche die Handlungsmöglichkeiten von Spitzeln eingrenzt.

Eine richterliche Zeugenvernehmung im Vorverfahren gibt es im US-amerikanischen Recht grundsätzlich nicht. Nur unter bestimmten Umständen kann ein Zeugnis aus dem *preliminary hearing*, einem *grand jury*-Prozess oder einer früheren Gerichtsverhandlung in das Hauptverfahren eingeführt werden; in solchen Fällen könnte ein Verwertungsverbot entstehen, wenn bei der früheren Zeugenvernehmung die Konfrontationsklausel dadurch verletzt wurde, dass der Beschuldigte oder der Verteidiger nicht anwesend war.<sup>16</sup> Eine Verletzung des Anwesenheitsrechts des

<sup>11</sup> *Inbau/Reid/Buckley/Jayne*, Criminal Interrogation and Confessions, S. 491.

<sup>12</sup> *Inbau/Reid/Buckley/Jayne*, Criminal Interrogation and Confessions, S. 491.

<sup>13</sup> *Illinois v. Dennis*, 373 Ill. App. 3d 30, 32 (2007).

<sup>14</sup> Vgl. *Brown* (Hrsg.), McCormick on Evidence, Band I, S. 846.

<sup>15</sup> *Inbau/Reid/Buckley/Jayne*, Criminal Interrogation and Confessions, S. 486.

<sup>16</sup> *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36, 61 (2004); *Pointer v. Texas*, 380 U.S. 400, 407 (1965).

Verteidigers bei der Beschuldigtenvernehmung im Vorverfahren kann zum Verwertungsverbot führen, weil dies gegen die *Edwards rule* bzw. den 5. Zusatzartikel zur US-Bundesverfassung oder unter Umständen gegen den 6. Zusatzartikel zur US-Bundesverfassung verstößt.<sup>17</sup> Das Recht auf Verteidigung ist ein grundlegendes Recht im US-Strafverfahren. Die Verletzung dieses Rechts beeinträchtigt den *due process*, hebt die Forderung nach fundamentaler Gerechtigkeit aus und erscheint nach allgemeinem Gerechtigkeitsempfinden äußerst ungerecht und willkürlich.<sup>18</sup> Das US-amerikanische Recht leitet dabei das Beweisverwertungsverbot aus dem Zweck des verletzten Rechts her.

### 3. Vergleich

Im Allgemeinen haben das deutsche Recht und das US-amerikanische Recht bei der Beschuldigtenvernehmung hinsichtlich der Verwertungsverbote viele Gemeinsamkeiten. Beide Rechtsordnungen haben anerkannt, dass der Beschuldigte bei der Festnahme oder vorläufigen Festnahme durch Staatsanwaltschaft oder Polizei nach dem deutschen Recht oder in *custody* nach dem US-amerikanischen Recht über sein Schweigerecht und Verteidigerkonsultationsrecht zu belehren ist. Die Pflichten zur Rechtsbelehrung gelten in beiden Ländern, und die Rechtsbelehrung ist unentbehrlich, auch wenn der Beschuldigte sich seiner Rechte bereits bewusst ist.<sup>19</sup> Fehlen diese Rechtsbelehrungen, führt dies in der Regel zu Verwertungsverboten der Vernehmung.<sup>20</sup> Wenn der Beschuldigte sich mit einem Verteidiger beraten will, ist die Vernehmung zu unterbrechen, da das Verteidigerkonsultationsrecht nicht behindert werden darf.<sup>21</sup> Beide Rechtsordnungen haben Vernehmungsmethoden verboten, die den freien Willen des Beschuldigten beeinträchtigen. Diese Verbote unerlaubter Vernehmungsmethoden sind in beiden Ländern im Wesentlichen gleich; viele diesbezügliche Verbote des deutschen Rechts sind im US-amerikanischen Recht dem Bereich „Zwang“ zuzuordnen. Wird das Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der Beschuldigtenvernehmung verletzt, entsteht sowohl im deutschen Recht aufgrund der Verletzung des Schutzzwecks der betroffenen Rechtsnormen als auch im US-amerikanischen Recht wegen der Verletzung der grundsätzlichen Fairness ein Verwertungsverbot.<sup>22</sup> Beide Rechtsordnungen haben aus dem Schutzzweck des Anwesenheitsrechts Beweisverwertungsverbote hergeleitet.

---

<sup>17</sup> Siehe oben Zweiter Teil, II.B.5.

<sup>18</sup> Vgl. *Betts v. Brady*, 316 U.S. 455, 462 (1942).

<sup>19</sup> Vgl. BGHSt 38, 214, 224; *Hickey*, Criminal Procedure, S. 269; *Inbau/Reid/Buckley/Jayne*, Criminal Interrogation and Confessions, S. 493.

<sup>20</sup> Vgl. BGHSt 38, 214, 220–224; LR-*Gless*, 26. Aufl., § 136 Rn. 77; *Inbau/Reid/Buckley/Jayne*, Criminal Interrogation and Confessions, S. 491.

<sup>21</sup> Vgl. BGHSt 38, 372; *Edwards v. Arizona*, 451 U.S. 477 (1981).

<sup>22</sup> BGH NSZ 1989, 282; *Betts v. Brady*, 316 U.S. 455, 462 (1942).

Allerdings weisen das deutsche und das US-amerikanische Recht bei näherem Hinsehen dennoch zwei wesentliche Unterschiede auf:

Zum einen stellt das deutsche Recht bei den Rechtsbelehrungen und der Durchsetzung der Rechte des Beschuldigten hinsichtlich der Beweisverwertungsverbote den individuellen Rechtsschutz bzw. die Interessen des Beschuldigten in den Mittelpunkt, während das US-amerikanische Recht die Regulierung der polizeilichen Handlungen als zentralen Blickwinkel wählt. Dieser Unterschied lässt sich unter drei Aspekten beleuchten.

Erstens hat das deutsche Recht den Belehrungen über das Schweigerecht und das Verteidigerkonsultationsrecht einen Vorsorge- und Fürsorgeobliegenheitscharakter zugewiesen.<sup>23</sup> Im US-amerikanischen Recht leiten sich die Belehrungspflichten über das Schweigerecht und das Verteidigerkonsultationsrecht aus den *Miranda Warnings* ab, die eine der wichtigsten *bright-line rules* sind. Mit der Institution der *bright-line rules* will die US-amerikanische Rechtsprechung die Grenzen zwischen freiwilligen und unfreiwilligen Aussagen ziehen und für die Regulierung polizeilichen Verhaltens und die Entscheidung über die Verwertbarkeit der Aussagen des Beschuldigten eine klare, einfach anzuwendende Regel errichten.<sup>24</sup> Obwohl dabei auch der Schutz vor erzwungener Selbstbelastung angesprochen wird,<sup>25</sup> gilt dies nicht als zentraler Blickwinkel der *Miranda Warnings*.

Zweitens wird im deutschen Recht kein Beweisverwertungsverbot angenommen, wenn der Beschuldigte trotz fehlender Schweigerechtsbelehrung seine Rechte kennt.<sup>26</sup> Hingegen entsteht im US-amerikanischen Recht in einer solchen Situation ein Verwertungsverbot.<sup>27</sup> Das deutsche Recht hat seine Annahme einerseits damit begründet, dass der Beschuldigte in Kenntnis dieses Rechts nicht in gleichem Maße schutzbedürftig ist wie derjenige, der sein Recht nicht kennt,<sup>28</sup> und andererseits damit, dass keine Kausalität zwischen der fehlenden Belehrung und der Aussage besteht.<sup>29</sup> Das US-amerikanische Recht richtet sein Augenmerk bei der Anerkennung der Verletzung des Schweigerechts im Gegensatz zum deutschen Recht nicht auf den Erfolg, sondern auf die Handlung der Rechtsverletzung. Außerdem wird das Verwertungsverbot damit begründet, dass es leichter sei, von der Polizei eine Rechtsbelehrung in allen Fällen zu verlangen, als zu versuchen, nachträglich festzustellen, ob der Beschuldigte von seinem Schweigerecht wusste.<sup>30</sup> Durch das Be-

<sup>23</sup> BGHSt 25, 325, 330; vgl. auch *Petry*, Beweisverbote im Strafprozess, S. 113.

<sup>24</sup> Vgl. *Cammack*, in: Thaman (Hrsg.), *Exclusionary Rules in Comparative Law*, S. 24.

<sup>25</sup> *Baker v. Texas*, 956 S.W.2d 19, 24 (1997).

<sup>26</sup> BGHSt 38, 214, 224 f.

<sup>27</sup> *Bradley*, GA 1985, 107.

<sup>28</sup> BGHSt 38, 214, 224.

<sup>29</sup> *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Rn. 576.

<sup>30</sup> *Bradley*, GA 1985, 107.



weisverwertungsverbot macht das US-amerikanische Recht sein Anliegen deutlich, das Verhalten der Polizei zu regulieren.

Der dritte Aspekt betrifft die Verwertbarkeit der Aussagen aus einer fortgesetzten Vernehmung, wenn der Beschuldigte das Recht auf Verteidigerkonsultation in Anspruch nimmt. Nach deutschem Recht ist die Vernehmung in solchen Fällen zu unterbrechen, und es ist dem Wunsch des Beschuldigten nach einem Verteidiger nachzukommen. In manchen Fällen verlangt die deutsche Rechtsprechung, dass die Strafverfolgungsbehörde bei der Herstellung des Kontaktes des Beschuldigten mit einem Verteidiger Hilfe leisten soll.<sup>31</sup> Darüber, ob eine Fortsetzung der Vernehmung ohne Verteidiger statthaft ist, wenn der Versuch, einen Verteidiger zu kontaktieren, erschwert oder verhindert wird, hat die deutsche Rechtsprechung unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der verletzten Vorschrift im Wege einer Interessenabwägung zu entscheiden.<sup>32</sup> Dagegen kennt das US-amerikanische Recht die *Edwards rule*, die nach der Inanspruchnahme des Verteidigerkonsultationsrechts eine Fortsetzung der *custody*-Vernehmung durch die Polizei ohne Verteidiger keinesfalls erlaubt, auch wenn der Beschuldigte inzwischen schon mit einem Verteidiger gesprochen haben kann. Damit soll verhindert werden, dass die Polizei durch wiederholte Befragungen und Freiheitsbeschränkungen den Beschuldigten zum Rechtsverzicht drängt.<sup>33</sup> Ein Verstoß gegen die *Edwards rule* zieht ein Verwertungsverbot nach sich. Im Vergleich zum deutschen Recht zeigt sich im US-amerikanischen Recht eine strikte Absicht, die Polizeibefugnisse zu beschränken.

Der zweite große Unterschied zwischen den beiden Rechtsordnungen besteht darin, dass das Versprechen von Vorteilen und willentlich vorgenommene Täuschungen im deutschen Strafverfahren verboten sind, während sie im US-amerikanischen Strafverfahren im Grundsatz erlaubt sind. Das US-amerikanische Recht geht davon aus, dass ein Versprechen von Vorteilen und eine vorsätzliche Täuschung allein den Beschuldigten nicht so beeinflussen kann, dass seine Aussagen als unfreiwillig anzusehen sind; sie sollen vielmehr zusammen mit anderen Faktoren bei der Beurteilung der Freiwilligkeit berücksichtigt werden.<sup>34</sup> Hingegen hat das deutsche Recht das Versprechen von Vorteilen und die Täuschung der Rubrik verbotener Vernehmungsmethoden zugeordnet. Eine Grauzone bleibt allerdings im deutschen Recht, insofern als ein gewisses Maß an Verschleierung oder unterlassener Offenlegung in der Vernehmung als zulässig betrachtet wird. Jedoch läuft offensichtliche Täuschung der Rechtsstaatlichkeit zuwider.<sup>35</sup> Diese unterschiedliche Haltung in Bezug auf Täuschung und das Versprechen von Vorteilen lässt sich im Wesent-

---

<sup>31</sup> BGHSt 42, 15, 19.

<sup>32</sup> BGHSt 38, 372, 373 f.; BGHSt 42, 170, 174.

<sup>33</sup> *Carr v. Indiana*, 934 N.E.2d 1096, 1107 (2010); *Maryland v. Shatzer*, 559 U.S. 98, 105 (2010); *Minnick v. Mississippi*, 498 U.S. 146, 150 (1990).

<sup>34</sup> *Broun* (Hrsg.), *McCormick on Evidence*, Band I, S. 846 und 852.

<sup>35</sup> Vgl. *LR-Gless*, 26. Aufl., § 136a Rn. 39.

lichen auf die Selbstverantwortlichkeit des Einzelnen im US-amerikanischen Strafverfahren und die staatliche Fürsorgeobliegenheit im deutschen Strafverfahren zurückführen. Der US-amerikanische Strafprozess ist von liberalen und individualistischen Ideen geprägt; der Beschuldigte bezieht frei und selbstständig Stellung; im Vergleich zum US-amerikanischen Strafprozess schützt der deutsche Strafprozess den Beschuldigten auf fürsorglichere Weise.<sup>36</sup> Die unter dem Einfluss von Täuschung oder des Versprechens von Vorteilen gemachten Aussagen des Beschuldigten werden in den USA als eigenverantwortliches Verhalten angesehen, in Deutschland dagegen als ein auf die Schuld des Staates zurückzuführendes fehlerhaftes Verhalten der Vernehmungspersonen.

Allerdings ist anzumerken, dass das US-amerikanische Recht trotz der grundsätzlichen Zulässigkeit nicht alle Täuschungen folgenlos hinnimmt und dass das deutsche Recht trotz des prinzipiellen Verbots die Täuschung sehr restriktiv auslegt.<sup>37</sup> Übermäßige Täuschung ist im US-amerikanischen Recht nicht erlaubt, z.B. wenn die Täuschung besonders ungerecht und willkürlich erscheint (*shock the conscience*).<sup>38</sup> Im deutschen Recht ist dagegen eine gewisse Verschleierung akzeptabel. Die eindeutigen Grenzen zwischen zulässiger und unzulässiger Täuschung bzw. Verschleierung, also nach welchen Kriterien sie erlaubt, geduldet oder verboten sind, haben beide Rechtsordnungen nicht definiert.<sup>39</sup> Die Unklarheit der Grenzziehung wirkt sich vor allem auf die Behandlung von Sonderfällen aus: Beide Rechtsordnungen haben oft bei Sonderfällen der Täuschung die gleichen maßgebenden Fragen gestellt bzw. sind zum gleichen Ergebnis gekommen. In den Lockspitzel-Fällen haben beide Rechtsordnungen *due process*-Grenzen bzw. rechtsstaatliche Grenzen gezogen, denen zufolge der Lockspitzel kein übermäßig provozierendes Verhalten an den Tag legen darf oder es nicht zu einem *overinvolvement* in einer Straftat kommen darf.<sup>40</sup> Bei den Zellenspitzel-Fällen prüft das deutsche Recht hinsichtlich der rechtsstaatlichen Grenzen, ob das Verhalten des Spitzels einer förmlichen Vernehmung gleicht.<sup>41</sup> Das US-amerikanische Recht fragt konkret, ob der Spitzel lediglich passiv zugehört oder auch gezielte Fragen gestellt hat.<sup>42</sup> Bejahen-

<sup>36</sup> Herrmann, FS für Jescheck, S. 1304 f.

<sup>37</sup> LR-Gless, 26. Aufl., § 136a Rn. 39; SK-StPO/Rogall, 5. Aufl., § 136a Rn. 56; Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a Rn. 12; KK-Diemer, § 136a Rn. 19; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 25 Rn. 24; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 654.

<sup>38</sup> Inbau/Reid/Buckley/Jayne, Criminal Interrogation and Confessions, S. 486.

<sup>39</sup> LR-Gless, 26. Aufl., § 136a Rn. 39; SK-StPO/Rogall, 5. Aufl., § 136a Rn. 56; Broun (Hrsg.), McCormick on Evidence, Band I, S. 852 f.

<sup>40</sup> Vgl. BGHSt 32, 345, 347; *U.S. v. Russell*, 411 U.S. 423 (1973); *Hampton v. U.S.*, 425 U.S. 484 (1976); *U.S. v. Twigg*, 588 F.2d 373 (1978).

<sup>41</sup> BGHSt 52, 11, 22 f.; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 636; Mahlstedt, Die verdeckte Befragung des Beschuldigten im Auftrag der Polizei, S. 150. Vgl. auch Otto, GA 1970, 303.

<sup>42</sup> Vgl. *Kuhlmann v. Wilson*, 477 U.S. 436, 459 (1986).

denfalls ist ein absichtliches Entlocken (*deliberate elicitation*) anzuerkennen.<sup>43</sup> In diesem Fall entsteht eine der polizeilichen Vernehmung ähnelnde Situation. Nach der *Massiah rule* wird damit der 6. Zusatzartikel verletzt,<sup>44</sup> und die Informationsbeschaffung ist demnach nicht verwertbar. Bei der Hörfalle verlangt das US-amerikanische Recht von jedem Beteiligten des Telefongesprächs, das Risiko des falschen Vertrauens selbst zu tragen.<sup>45</sup> Das deutsche Recht befindet dagegen, dass zwar das Risiko des falschen Vertrauens die rechtsstaatlichen Grenzen nicht überschreiten darf, aber die Hörfalle die Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung im Vergleich zu den übrigen verbotenen Vernehmungsmethoden nicht beeinträchtigt.<sup>46</sup> Beide Rechtsordnungen sind damit der Ansicht, dass eine Hörfalle grundsätzlich keine Verwertungsverbote herbeiführen kann.

#### 4. Reformüberlegungen für China

Bei der Beschuldigtenvernehmung zeigt das chinesische Recht einen starken inquisitorischen Charakter, allerdings nicht im Sinne der modernen Zeit. Der Beschuldigte hat vor diesem Hintergrund im chinesischen Strafverfahren eine schwache Rechtsposition. In vielerlei Hinsicht hat er keine Stellung als Prozesssubjekt und benötigt *de lege ferenda* mehr Rechtsschutz. Das deutsche Recht, das bei der Beschuldigtenvernehmung den Schutz individueller Rechte bzw. der Interessen des Beschuldigten unterstreicht, wäre im Vergleich zum US-amerikanischen Recht im Wesentlichen ein gutes Vorbild für das chinesische Recht. Auch die Gemeinsamkeiten des deutschen und US-amerikanischen Rechts sprechen dafür, dass sich das chinesische Recht in Zukunft an diesen Gemeinsamkeiten orientieren sollte.

Zunächst sollte das chinesische Recht sich vom zweifelhaften Umgang mit der Wahrheitspflicht des Beschuldigten lösen, wie es viele chinesische Rechtswissenschaftler schon längst gefordert haben. Dem Beschuldigten sollte ein Schweigerecht gewährt werden. Die Belehrungen über das Schweigerecht sowie das Verteidigerkonsultationsrecht wären demnach bei der ersten Vernehmung zu erteilen, also wenn der Beschuldigte zur Vernehmung durch Ladung oder zwangsweise Vorführung erscheint, statt erst bei der Vernehmung nach vorläufiger Festnahme oder Verhaftung. Die Rechtsbelehrungen sind dem Beschuldigten bei jeder Vernehmung zu erteilen, auch wenn er sie früher schon von anderen Ermittlungspersonen erhalten hat. Dieses Belehrungsverhalten kann dazu dienen, dass der Beschuldigte im Bewusstsein über die beiden Rechte selbst entscheiden kann. Außerdem können Rechtsbelehrungen bei jeder Vernehmung dem Beschuldigten die Chance geben, von einem früher gegen seinen eigentlichen Willen gemachten Geständnis ab-

---

<sup>43</sup> *Kuhlmann v. Wilson*, 477 U.S. 436, 459 (1986).

<sup>44</sup> *Kuhlmann v. Wilson*, 477 U.S. 436, 459 (1986).

<sup>45</sup> Vgl. *Hoffa v. U.S.*, 385 U.S. 293, 302–304 (1966).

<sup>46</sup> Vgl. oben Erster Teil, II.B.3.b)bb).

zurück. Fehlen solche Rechtsbelehrungen, führt dies zu Verwertungsverboten, auch wenn der Beschuldigte von seinem Schweigerecht und Verteidigerkonsultationsrecht gewusst hat. In dieser Hinsicht sollte das chinesische Recht von der Vorgehensweise des US-amerikanischen Rechts lernen, denn die chinesischen Vernehmenden, insbesondere die Polizei, können zumeist die Bedeutung des Rechtsschutzes durch Belehrungen über das Schweigerecht und das Verteidigerkonsultationsrecht noch nicht generell erkennen. Ziel wäre es, diese Rechtsbelehrungspflichten zukünftig als Routine zu verankern. Wenn der Beschuldigte nach Erhalt der Rechtsbelehrungen einen Verteidiger als Beistand verlangt, ist die Vernehmung zu unterbrechen, bis ein Verteidiger sich mit dem Beschuldigten beraten kann. Nur auf diese Weise kann verhindert werden, dass die Polizei durch wiederholte Befragungen den Beschuldigten zur Abgabe des Geständnisses zwingen kann. Im konkreten Fall sollten die chinesischen Vernehmenden bei der Herstellung des Kontakts zwischen dem Beschuldigten und seinem Verteidiger helfen. In China hat der Beschuldigte bisher während der Vernehmung durch die Strafverfolgungsbehörden nur beschränkte oder gar keine Freiheiten. Dadurch gewinnen die Beschuldigten leicht den Eindruck, hilflos zu sein; außerdem beauftragen nicht wenige Beschuldigte wegen finanzieller Schwierigkeiten keinen Verteidiger. Deshalb sollte der Staat diese Fürsorgepflicht auf sich nehmen. Wird der Kontakt durch den Vernehmenden verhindert, führt dies nach künftigem Recht zu einem Verwertungsverbot. Denn dies muss als schwere Verletzung des Verteidigerkonsultationsrechts bzw. Verteidigungsrechts angesehen werden, welches ein grundlegendes Recht im modernen Strafverfahren ist. Damit der Beschuldigte sein Schweige- und Verteidigerkonsultationsrecht wahrnehmen kann, darf die Vernehmung von Seiten des Vernehmenden nicht fortgesetzt werden, solange kein Verteidiger anwesend ist.

Das Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der Beschuldigtenvernehmung, das im deutschen und US-amerikanischen Recht längst anerkannt und praktiziert wird, sollte auch in das chinesische Strafverfahren eingeführt werden, wie viele chinesische Rechtswissenschaftler bereits vorgeschlagen haben. Die Ton- oder Videoaufnahme bei der Beschuldigtenvernehmung erweist sich in der Praxis als nicht zielführend. Die Aufsichtsfunktion bei der Beschuldigtenvernehmung sollte von einem Dritten – und nicht durch eine vom Vernehmenden angefertigte Kamera- oder Rekorderaufzeichnung – übernommen werden. Die Anwesenheit des Verteidigers kann auch verhindern, dass verbotene Vernehmungsmethoden angewandt werden. Daher ist das Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der Vernehmung des Beschuldigten für dessen Verteidigungsrecht unentbehrlich. Wird das Recht verletzt, z.B. durch Nichtbenachrichtigung von dem Vernehmungstermin oder durch Verhinderung der Anwesenheit des Verteidigers bei der Vernehmung, ist ein Verwertungsverbot der Beschuldigtenvernehmung anzunehmen. In solchen Fällen lässt sich in der chinesischen Praxis der Verdacht nicht ausräumen, dass der Vernehmende gesetzlich untersagte Methoden angewandt hat.

Die verbotenen Vernehmungsmethoden decken sich nach Ansicht des Gesetzgebers und der Literatur in China grundsätzlich mit den deutschen. Allerdings sollte der chinesische Gesetzgeber in §§ 50 und 54 chStPO eindeutig zum Ausdruck bringen, dass Methoden, welche die Willensfreiheit von Beschuldigten oder Zeugen beeinträchtigen können, verboten sind. Damit könnte der Gesetzgeber auf der Basis der jetzigen Vorschriften, die nur einige verbotene Vernehmungsmethoden auflisten, alle verbotenen Methoden, welche die Willensfreiheit von Beschuldigten oder Zeugen beeinträchtigen, erfassen. Für die Frage, wie im konkreten Fall festgestellt werden kann, ob eine Vernehmungsmethode zu nicht freiwillig gemachten Aussagen oder nicht freiwillig abgelegten Zeugnissen geführt hat, ist es aber unumgänglich, dass die chinesischen Richter durch ihre Rechtsprechung Beispiele aufzeigen und Standards entwickeln.

Der chinesische Gesetzgeber sollte außerdem klarstellen, dass Geständnisse oder Aussagen, die durch Entlocken oder Täuschung erlangt worden sind, nicht verwertet werden dürfen.<sup>47</sup>

Für den Fall des Entlockens gibt es bisher im chinesischen Recht noch keine klare Abgrenzung zwischen Zulässigkeit und Unzulässigkeit. Entlocken im Sinne von § 50 chStPO ist zum großen Teil mit dem Versprechen im Sinne des deutschen Rechts vergleichbar.<sup>48</sup> Der oft vertretenen Ansicht, dass ein Entlocken mit gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteilen unzulässig ist,<sup>49</sup> ist zuzustimmen. Das Entlocken – oder das Versprechen gesetzlich nicht vorgesehener Vorteile – überschreitet nicht nur gesetzlich erlaubte Grenzen. Es kann überdies auf vorsätzliche Täuschung hinauslaufen, da der versprochene „Vorteil“ nicht verwirklicht werden kann. Außerdem schadet diese Handlung dem Vertrauen in die Justiz.

Zwar ist Täuschung sowohl im deutschen Recht als auch im chinesischen Recht verboten. Es gibt aber in konkreten Fallkonstellationen große Auslegungsunterschiede zwischen beiden Rechtsordnungen. Viele im deutschen Recht unter dem Begriff „Täuschung“ zusammengefasste Vorgehensweisen bei der Vernehmung werden im chinesischen Recht als akzeptable Vernehmungsmethoden angesehen.<sup>50</sup> Das chinesische Recht hat bisher im Vergleich zum deutschen bei der Täuschung die Ermittlungsinteressen eindeutig stärker betont. In Zukunft sollte sich das chinesische Recht mehr in Richtung des Schutzes individueller Rechte bewegen und das Verbot der Täuschung dementsprechend erweitern.

---

<sup>47</sup> Vgl. oben Dritter Teil, II.B.3.

<sup>48</sup> Vgl. oben Dritter Teil, II.B.3.

<sup>49</sup> Long, *Zongzhi*, *Woguo feifa kougong paichu de tongku guize ji xiangguan wenti*, *Tribune of Political Science and Law* 2013, Heft 5, 20 (龙宗智, 我国非法口供排除的“痛苦规则”及相关问题, *政法论坛* 2013 年第 5 期, 第 20 页); *ders.*, *Weixie, yinyou, qipian de shenxun shifou weifa*, *Faxue* 2000, Heft 3, 22 (龙宗智, 威胁、引诱、欺骗的审讯是否违法, *法学* 2000 年第 3 期, 第 22 页).

<sup>50</sup> Beispiele oben Dritter Teil, II.B.3.

Bei einem Sonderfall der Täuschung, dem Einsatz von Lockspitzeln, hat der chinesische Gesetzgeber in § 151 chStPO eine die Aktivitäten von Spitzeln betreffende Grenze gezogen, nämlich dass Lockspitzel andere nicht zur Begehung einer Straftat verführen dürfen. Wird diese Grenze überschritten, sind die so gewonnenen Beweismittel nicht verwertbar. Bei Zellenspitzel-Fällen sieht § 151 chStPO aber nur eine sehr niedrige Beschränkung vor, nämlich dass durch Zellenspitzel gewonnene Beweise nicht verwendet werden dürfen, wenn die öffentliche Sicherheit gefährdet oder Leib oder Leben eines anderen schwer gefährdet wurde. § 151 chStPO toleriert somit in großem Maße die übliche Praxis, dass der Zellenspitzel – meist ein seine Strafe verbüßender Verurteilter – mit der Motivation, dass er bei Erlangen des Geständnisses seines Mitgefangenen eine Reduzierung seiner eigenen Strafe erwarten darf, Quälerei oder Folter an seinem Mitgefangenen verübt. Ein solcher Einsatz von Zellenspitzeln ist strikt zu verbieten. Er widerspricht den Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit und stellt den Strafanspruch des Staates sowohl gegenüber dem Spitzel als auch gegenüber dem Mitgefangenen in Frage. Das chinesische Recht könnte dabei vom gemeinsamen Maßstab des deutschen und des US-amerikanischen Rechts lernen und prüfen, ob die Aktivitäten des Zellenspitzels einer direkten Vernehmung durch Strafverfolgungsbehörden gleichen. Ist dies der Fall, könnte dabei das Schweigerecht des Beschuldigten und das Anwesenheitsrecht des Verteidigers verletzt werden. Die daraus erlangten Beweismittel sind demnach nicht zu verwerten. Die Hörfalle, mit der die Strafverfolgungsbehörden ein Telefongespräch zwischen dem Beschuldigten und seinem Gesprächspartner mit Zustimmung des Letzteren an einem Zweithörer oder am Hörer des Gesprächspartners abhören können, wird im chinesischen Recht normalerweise als Ermittlungslist angesehen. Auch im deutschen und US-amerikanischen Recht muss eine Hörfalle grundsätzlich nicht zu einem Verwertungsverbot führen. Allerdings sollte das chinesische Recht nicht ausschließen, dass unter Umständen durch das Mithören das Rechtsstaatsprinzip verletzt werden könnte. Diese Ausnahme ist der deutschen Literatur bereits vorgesehen.<sup>51</sup>

## **C. Beweisverwertungsverbote im Zusammenhang mit der Zeugenvernehmung**

### **1. Deutschland**

Bei der Zeugenvernehmung hat das deutsche Recht zur Bestimmung der Beweisverwertungsverbote sowohl den Rechtskreis des Betroffenen als auch den Schutzzweck der Rechtsnormen im Blick.

---

<sup>51</sup> SK-StPO/Rogall, 5. Aufl., § 136a Rn. 33; Janicki, Beweisverbote im deutschen und englischen Strafprozess, S. 107.

Die deutsche Strafprozessordnung schreibt für das Zeugnisverweigerungsrecht aus familiärem Grund und für das Auskunftsverweigerungsrecht des Zeugen jeweils eine Rechtsbelehrung durch den Vernehmenden vor. Ein Verstoß gegen die Belehrungspflicht über das Zeugnisverweigerungsrecht aus familiärem Grund kann ein Verwertungsverbot nach sich ziehen, da eine solche Vernehmung des Zeugen oder der Zeugin, die in einer Verlobungs-, Ehe-, Lebenspartnerschafts- oder Verwandtschaftsbeziehung mit dem Beschuldigten stehen, den Rechtskreis des Beschuldigten unmittelbar berührt.<sup>52</sup> Das Auskunftsverweigerungsrecht des Zeugen schützt den Zeugen vor der Selbstbelastung und seine Verwandten vor ungewollter Beschuldigung. Ein Verstoß gegen die Belehrungspflicht über dieses Recht kann aber kein Verwertungsverbot gegenüber dem Beschuldigten zur Folge haben, da der Beschuldigte insoweit kein Interesse haben kann und sein Rechtskreis nicht berührt wird.<sup>53</sup>

Bestimmte Berufsträger wie Geistliche, Verteidiger, Rechtsanwälte, Notare, Ärzte oder Abgeordnete haben aus beruflichen oder dienstlichen Gründen ebenfalls Zeugnisverweigerungsrechte. Eine Rechtsbelehrung stellt dabei keine Voraussetzung für die Vernehmung solcher Berufsträger als Zeugen dar. Wenn diese Zeugen über ihnen anvertraute Informationen aussagen, besteht kein Verwertungsverbot gegenüber dem Beschuldigten. Der Gesetzgeber will vielmehr durch die Verweigerungsrechte solche Berufsträger von der sonst für Zeugen geltenden Zeugnispflicht entbinden und ihnen die Freiheit geben, darüber zu entscheiden, ob sie Angaben machen oder nicht.<sup>54</sup> Bei diesem Verwertungsverbot richtet sich das deutsche Recht ausschließlich am Vernehmungsgegenstand bzw. dem Schutzzweck der Vorschriften aus. Auch öffentliche Bedienstete wie Richter und Beamte haben Zeugnisverweigerungsrechte. Wenn sie wider ihre Schweigepflicht ausgesagt haben, führt dies nach h.M. nicht zum Beweisverwertungsverbot, da diese Zeugnisverweigerungsrechte ausschließlich dem Schutz des öffentlichen Interesses dienen und der Beschuldigte kein eigenes Interesse hat.<sup>55</sup>

## 2. USA

Im US-amerikanischen Strafverfahren können sich Zeugnisverweigerungsrechte aus familiären, beruflichen oder dienstlichen Gründen und das Recht zur Auskunftsverweigerung aus der Sorge vor Selbstbelastung oder aus der Sorge vor der Beschuldigung von Angehörigen im Wesentlichen aus Privilegien ergeben, die meist auf dem *Common Law* fußen. Einige werden auch auf Bundesebene oder Bundesstaatenebene geregelt. Verwertungsverbote aufgrund dieser Privilegien be-

---

<sup>52</sup> Vgl. BGHSt 11, 213, 216.

<sup>53</sup> BGHSt 11, 213, 216 f.

<sup>54</sup> BGHSt 9, 59, 61.

<sup>55</sup> Z.B. Meyer-Goßner/Schmitt, § 54 Rn. 2; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 1266.

stehen im US-amerikanischen Recht im Grundsatz nicht. Um Beweiserhebungsverbote vor Gericht handelt es sich hingegen, wenn die Rechtsinhaber diese Privilegien rechtzeitig durch Einwand gegen die Zeugenvernehmung in Anspruch nehmen.<sup>56</sup> Nur als Rechtsinhaber können sie die Privilegien geltend machen und somit Beweiserhebungsverbote bzw. den Ausschluss der Zeugenvernehmungen veranlassen. Grundsätzlich setzt aber die Inanspruchnahme dieser Privilegien keine Rechtsbelehrung voraus.

Ein Zeugnisverweigerungsrecht aus familiärem Grund gibt es im US-amerikanischen Strafverfahren nur aufgrund des *husband-wife privilege*, das in zwei Rechte unterteilt wird: zum einen das Recht auf Weigerung, ein dem Ehegatten ungünstiges Zeugnis auszustellen (*privilege against adverse spousal testimony*), zum anderen das Recht auf vertrauliche eheliche Kommunikation (*privilege for confidential marital communications*). Beim ersten ist nur der Ehegatte des Beschuldigten Rechtsinhaber; beim zweiten sind es sowohl der Ehepartner als auch der Beschuldigte. Daher kann der Beschuldigte im ersten Fall den Ausschluss der Vernehmung seines Ehepartners nicht beanspruchen, wenn sein Ehepartner Zeugnis ablegen will.<sup>57</sup>

Beim Auskunftsverweigerungsrecht aufgrund der Sorge vor Selbstbelastung des Zeugen gibt es gelegentlich eine Rechtsbelehrung nach Ermessen des Richters oder der *grand jury*.<sup>58</sup> Wenn der Zeuge kein Auskunftsverweigerungsrecht beansprucht, erfolgt auch kein Ausschluss der Zeugenvernehmung. Der Beschuldigte kann darauf nämlich *de iure* keinen Einfluss nehmen. Das Auskunftsverweigerungsrecht aus familiärem Grund ergibt sich nur aus dem *husband-wife privilege*. Dieses darf wiederum nur der Zeuge in Anspruch nehmen und so die Vernehmung verhindern. Der Beschuldigte als Dritter gegenüber dem Ehepaar kann den Ausschluss der Zeugenvernehmung nicht beanspruchen.<sup>59</sup>

Beim Zeugnisverweigerungsrecht aus beruflichen Gründen können sowohl der Berufsträger als auch sein Gesprächspartner ihr Recht geltend machen und die Zeugenvernehmung verhindern.<sup>60</sup> Wäre der Beschuldigte Gesprächspartner be-

<sup>56</sup> Siehe oben Zweiter Teil, II.C.1.

<sup>57</sup> *Weissenberger/Duane*, Federal Rules of Evidence: Rules, Legislative History, Commentary and Authority, S. 278; *Weinstein/Berger*, Weinstein's Federal Evidence, Band III, Stand: 2014, § 505.04; vgl. auch *Broun* (Hrsg.), McCormick on Evidence, Band I, S. 438; *U.S. v. Koehler*, 790 F.2d 1256 (1986); *U.S. v. Espino*, 317 F.3d 788 (2003); *U.S. v. Ramos-Oseguera*, 120 F.3d 1028 (1997); *Corn v. Zant*, 708 F.2d 549 (1982).

<sup>58</sup> *Erdmann*, Die Ausdehnung der strafprozessualen Garantien der US-Bundesverfassung auf den Strafprozess der Einzelstaaten, S. 136; *Broun* (Hrsg.), McCormick on Evidence, Band I, S. 749 f.; vgl. auch *Wigmore*, Evidence in Trials at Common Law, Band VIII, § 2269, S. 412 f.

<sup>59</sup> *Martin v. State*, 203 Miss. 187, 192 (1948).

<sup>60</sup> Vgl. *Weinstein/Berger*, Weinstein's Federal Evidence, Band III, Stand: 2002, § 503.20[3], Stand: 2012, § 504.09 [1][a], Stand: 1997 und 2012, § 506.09[1], [2]; *Weissenberger/Duane*, Federal Rules of Evidence: Rules, Legislative History, Commentary and Authority, S. 275 f., 288 f.



stimmter Berufsträger, könnte der Beschuldigte in der Ermittlung und im Hauptverfahren zum Ausschluss dieser Vernehmung auffordern. Ein Zeugnisverweigerungsrecht aus dienstlichen Gründen haben die Richter selbst in den USA wegen fehlender Dienstverschwiegenheitspflicht nicht.<sup>61</sup> Für Beamte gilt eventuell das *governmental privilege*, nach dem die Beamten aus dienstlichen Gründen schweigen müssen. Aber dieses Privileg müssen entsprechende Beamte oder die Regierung als Rechtsinhaber selbst in Anspruch nehmen. Ob die Inanspruchnahme dieses Privilegs zum Ausschluss der Zeugenvernehmung führen könnte, hängt von der Beurteilung des Gerichts nach Ermessen ab.<sup>62</sup>

### 3. Vergleich

Sowohl das deutsche als auch das US-amerikanische Recht erkennen Zeugnisverweigerungsrechte aus familiären, beruflichen oder dienstlichen Gründen sowie ein Auskunftsverweigerungsrecht bei der Zeugenvernehmung an. In Deutschland sind diese Rechte in der StPO vorgeschrieben, während sie in den USA meist durch das *Common Law* herausgebildet wurden.

Es gibt dabei drei wesentliche Unterschiede: Nicht selten werden im deutschen Recht bei der Zeugenvernehmung Verwertungsverbote von der fehlenden Rechtsbelehrung ausgelöst; diese Möglichkeit gibt es im US-amerikanischen Recht nicht. Eine Rechtsbelehrung vor einer Zeugenvernehmung ist im US-amerikanischen Recht nicht üblich. Es wird sogar in Bezug auf das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit behauptet, dass der Zeuge bei der Beantwortung der speziellen Einzelfragen darauf achten muss, ob er sich mit seiner Antwort selbst beschuldigen könnte, und dass er tunlichst seine Selbstbelastungsfreiheit beanspruchen soll.<sup>63</sup> Nur unter Umständen kann ein Richter die Zeugenvernehmung stoppen und den Zeugen über das Recht auf den Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit belehren.<sup>64</sup> Dieser Unterschied lässt sich im Wesentlichen auf das Prozessmodell des jeweiligen Rechts zurückführen. Das US-amerikanische Strafverfahren ist ein Parteiprozess; alle Beweismittel werden von den Parteien in das Hauptverfahren eingeführt. Der Zeuge wird mittels Kreuzverhör von den Parteien vernommen, also nicht vom Gericht. Jede Partei muss eigenverantwortlich darauf achten, dass sie ihre Rechte geltend macht. Demgegenüber ist das deutsche Strafverfahren ein Inquisitionsprozess, in dem sich der Staat verpflichtet, nicht nur die Wahrheit zu erforschen, sondern dabei auch Fürsorge für die Prozessbeteiligten zu leisten. Die Rechtsbelehrung durch die Strafverfolgungsbehörden oder das Gericht gehört zu dieser Fürsorge.

---

<sup>61</sup> Siehe oben Zweiter Teil, II.C.4.

<sup>62</sup> Vgl. Am. Jur. 2d, Witnesses §484, § 487. *Weinstein/Berger*, Weinstein's Federal Evidence, Band III, Stand: 2015, § 509.22[1][3].

<sup>63</sup> Vgl. *Broun* (Hrsg.), McCormick on Evidence, Band I, S. 746.

<sup>64</sup> *Broun* (Hrsg.), McCormick on Evidence, Band I, S. 750.

Der zweite Unterschied besteht darin, dass der Umfang des Zeugnisverweigerungsrechts aus familiärem Grund und das darauf gegründete den Beschuldigten begünstigende Verwertungsverbot in den USA deutlich geringer ist als in Deutschland. Das amerikanische Zeugnisverweigerungsrecht aus familiärem Grund beschränkt sich im Allgemeinen auf das Ehepaar; hingegen deckt das Zeugnisverweigerungsrecht in Deutschland nicht nur das Ehepaar selbst ab, sondern auch die quasi-eheliche Beziehung und die Verwandtschaft. In den USA besteht das *husband-wife privilege* aus zwei Rechten: Nur bei vertraulicher ehelicher Kommunikation kann der Beschuldigte zu seinen Gunsten die Vernehmung seines Ehepartners durch Inanspruchnahme des *privilege for confidential marital communications* verhindern. Beim *privilege against adverse spousal testimony* hat der Beschuldigte keinen Einfluss auf die Vernehmung seines Ehepartners, wenn dieser aussagen will. Hingegen kann der Beschuldigte in Deutschland aufgrund der Berührung seines Rechtskreises jede Vernehmung seiner Familienmitglieder untersagen. Dies zeigt, dass im Strafverfahren der Schutz der familiären Interessen in Deutschland höher geschätzt wird als in den USA.

Ein weiterer Unterschied betrifft die Zeugnisverweigerungsrechte aus beruflichen Gründen. Ein Zeuge kann aus beruflichem Grund vertrauliche Beziehungen mit dem Beschuldigten haben. In den USA meint man, dass sowohl der Beschuldigte als auch der Zeuge Interesse an dieser beruflichen Beziehung haben. Beide können als Rechtsinhaber des entsprechenden Privilegs die Zeugenvernehmung verhindern. In Deutschland wird zwar ebenfalls ein Zeugnisverweigerungsrecht anerkannt; aber der Beschuldigte kann es nicht beanspruchen, um die Zeugenvernehmung zu unterbinden. Zwar dient das Zeugnisverweigerungsrecht des Berufsträgers auch dem Interesse des Beschuldigten; jedoch beschränkt sich sein Recht darauf, den Berufsträger zu entbinden oder eine solche Erklärung abzulehnen.<sup>65</sup> Der vom Gesetzgeber mit §§ 53, 53a StPO verfolgte Zweck besteht darin, den Berufsträger aus beruflichem Grund von der Aussagepflicht eines normalen Zeugen zu entbinden und ihm Aussagefreiheit zu gewähren.<sup>66</sup> Im Vergleich zum US-amerikanischen Recht betont das deutsche Recht hier die Bedeutung der Wahrheitsfindung und gibt dem staatlichen Interesse an der Ermittlung Vorrang.

#### 4. Reformüberlegungen für China

Im Vergleich zum deutschen und US-amerikanischen Recht befasst sich das chinesische Recht so gut wie gar nicht mit dem Bereich der Zeugnisverweigerungsrechte und des Auskunftsverweigerungsrechts des Zeugen. Daher kommen zurzeit Beweisverwertungsverbote bei der Zeugenvernehmung im chinesischen Recht nicht in Frage. § 52 Abs. 3 chStPO schreibt nur allgemein vor, dass Beweise, die

---

<sup>65</sup> BGHSt 18, 146, 147.

<sup>66</sup> BGHSt 9, 59, 61.

staatliche Geheimnisse, geschäftliche Geheimnisse oder die individuelle Privatsphäre betreffen, geheim gehalten werden sollen. Dies reicht beim konkreten Sachverhalt der Zeugenvernehmung für den Schutz der familiären Interessen und der beruflichen sowie staatlichen Geheimnisse nicht aus. Die Wahrheitserforschung im Strafverfahren sollte sich nicht bis in die familiären Interessen, die individuelle Privatsphäre oder berufliche oder staatliche Geheimnisse hinein erstrecken.

Vor allem sind die familiären Interessen des Zeugen und des Beschuldigten bei der Wahrheitsfindung zu schützen. Die Familie ist der wichtigste und fundamentale Anknüpfungspunkt einer Sozialperson. Wenn die Strafverfolgung die familiäre Beziehung und die familiären Interessen ausnutzen darf, zerstört der Staat diesen Anknüpfungspunkt. Das widerspricht einem rechtsstaatlichen Prozess. Daher wäre es sinnvoll, Zeugnisverweigerungsrechte aus familiärem Grund in China einzuführen. Das Zeugnisverweigerungsrecht sollte auch den nahen Verwandten des Beschuldigten eingeräumt werden, denn in der chinesischen Gesellschaft zählen zur Familie nicht nur das Ehepaar, sondern auch die Verwandten. In der chinesischen Strafprozessordnung werden oft nahe Verwandte<sup>67</sup> des Beschuldigten oder des Verletzten als interessierte Personen angesehen. Dass das Zeugnisverweigerungsrecht sich auf den Kreis der nahen Verwandten erstreckt, könnte somit auch im chinesischen StPO-Text verankert werden.

Die Anerkennung familiärer Interessen bei der Zeugenvernehmung kann außer dem Zeugnisverweigerungsrecht auch ein Auskunftsverweigerungsrecht herbeiführen. Das Auskunftsverweigerungsrecht des Zeugen sollte sich, wie im deutschen Recht, aus dem Schutz vor der Beschuldigung von Verwandten und vor Selbstbelastung ergeben. Denn die Stellung des Zeugen zum Beschuldigten und umgekehrt kann sich im Laufe eines Strafverfahrens ändern.

Einige berufsbezogene Vertrauensverhältnisse, z.B. zwischen Ärzten und ihren Patienten oder zwischen Rechtsanwälten und ihren Mandanten, sollten ebenfalls bei der Wahrheitsfindung nicht berührt werden. Denn oft betreffen die berufsbezogenen Vertrauensverhältnisse die individuelle Privatsphäre, und die Geheimhaltungspflichten der Berufsträger sind in vielen Fällen unentbehrlich für ihre Berufsausübung. Auch das Zeugnisverweigerungsrecht aus beruflichem Grund sollte daher im chinesischen Strafverfahren berücksichtigt werden.

Betrifft ein Strafverfahren staatliche Geheimnisse oder dienstliche Erkenntnisse, sollten die betroffenen Personen ein Zeugnisverweigerungsrecht aus dienstlichem Grund haben. Da anzunehmen ist, dass der Staat an den staatlichen Geheimnissen und dienstlichen Erkenntnissen großes Interesse hat, sollte deren Offenlegung vom Staat durch seinen Vertreter, z.B. den Vorgesetzten der betroffenen Behörde, entschieden werden.

---

<sup>67</sup> Nach § 106 Abs. 6 chStPO zählen der Ehemann, die Ehefrau, der Vater, die Mutter, der Sohn, die Tochter und die Geschwister zu den nahen Verwandten.

In Bezug auf Beweisverwertungsverbote sollte sich das chinesische Recht insgesamt in Zukunft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts richten. Die fehlende Belehrung über ein Zeugnisverweigerungsrecht aus familiärem Grund müsste im künftigen chinesischen Recht ein Verwertungsverbot zur Folge haben, und zwar nicht nur, weil das Zeugnisverweigerungsrecht bisher nicht allgemein bekannt ist und der Staat daher eine Fürsorgepflicht auf sich nehmen sollte, sondern auch, weil die Verwandten des Beschuldigten ohne vorherige ausreichende Information nicht für die Wahrheitsfindung ausgenutzt werden sollten. Auch beim Auskunftsverweigerungsrecht sollte aus ähnlichen Gründen eine Rechtsbelehrung erteilt werden. Allerdings dient das Recht nur den Interessen des Zeugen. Unterbleibt die Rechtsbelehrung, sollte daraus kein Verwertungsverbot zugunsten des Beschuldigten resultieren. Beim Zeugnisverweigerungsrecht aus dienstlichem Grund sollte zwar eine Rechtsbelehrung vorher erteilt werden; jedoch kann bei Fehlen der Belehrung kein Verwertungsverbot angenommen werden. Schließlich sollten die Beamten oder Behördenmitarbeiter sich ohnehin darüber im Klaren sein, dass bei einer Zeugenvernehmung im Strafverfahren geheime Informationen offenbart werden könnten. Falls staatliche oder dienstliche geheim zu haltende Informationen ohne Genehmigung vor Gericht offenbart werden, sollte dies für den Beschuldigten nicht zu einem Verwertungsverbot führen, denn hier werden ausschließlich staatliche Interessen berührt.

#### **D. Beweisverwertungsverbote im Zusammenhang mit strafprozessualen Zwangsmaßnahmen**

Bei den strafprozessualen Zwangsmaßnahmen weist das US-amerikanische Recht einen wesentlichen Unterschied zum deutschen und chinesischen Recht auf: Alle Arten von Zwangsmaßnahmen in den USA sind der *search* und *seizure* untergeordnet. Infolge dieser übergreifenden Gemeinsamkeit im US-amerikanischen Recht gelten die Prinzipien bei *search* und *seizure* – also Durchsuchung und Beschlagnahme – auch für andere Zwangsmaßnahmen, z.B. die körperliche Untersuchung und die Telekommunikationsüberwachung.

Im deutschen und im chinesischen Recht wird hingegen jede Art von Zwangsmaßnahmen gesondert geregelt. Die für eine Zwangsmaßnahme geltenden Grundsätze haben normalerweise nur eine Tragweite für die betreffende Art von Zwangsmaßnahmen. Daneben gibt es noch einige allgemeine Grundsätze für alle Zwangsmaßnahmen, wie zum Beispiel den Richtervorbehalt im deutschen Recht.

Dieser Unterschied hinsichtlich der Einteilung der Arten der Zwangsmaßnahmen geht auf das System des jeweiligen Strafverfahrensrechts zurück: Das deutsche und das chinesische Strafverfahrensrecht sind in der Strafprozessordnung kodifiziert, und jede Art von Zwangsmaßnahme findet dort ihre entsprechenden Vorschriften. Das US-amerikanische Strafverfahrensrecht ist dagegen tief verankert in der US-

Bundesverfassung sowie der *Bill of Rights* mit ihren Zusatzartikeln. Der Text der Verfassung lässt sich durch Rechtsprechung interpretieren und entfalten. So wurden die Begriffe *search* und *seizure* im Laufe der Zeit über Durchsuchung und Beschlagnahme hinaus auch auf weitere Zwangsmaßnahmen angewendet.

## 1. Beweisverwertungsverbote bei der Durchsuchung

### a) Deutschland

Ein Verfahrensfehler bei einer Durchsuchung kann allein nicht zum Verwertungsverbot führen. Hier wird im Wege der Abwägung der staatlichen Interessen an der Ermittlung der Straftat und der Individualinteressen über die Verwertbarkeit der durch Durchsuchung bzw. Beschlagnahme erlangten Beweismittel entschieden.<sup>68</sup> Dabei werden außerdem die Schwere der Straftat, die Schwere des Verfahrensfehlers und ein hypothetischer rechtmäßiger Ermittlungsverlauf berücksichtigt.<sup>69</sup> Wenn der Verfahrensverstoß schwerwiegend ist, bewusst oder sogar willkürlich begangen wurde, kann dies ein Verwertungsverbot begründen.<sup>70</sup> Eine dafür typische Fallkonstellation ist die bewusste Missachtung des Richtervorbehalts bzw. die willkürliche Annahme der Eilkompetenz der Ermittlungsbehörden. Ein solcher Fehler kann einzelne Rechtsgüter, das Prinzip des rechtsstaatlichen Verfahrens und generell das Vertrauen in die Rechtmäßigkeit staatlichen Handelns schwer verletzen, so dass bei der Interessenabwägung als Ergebnis ein Verwertungsverbot anzunehmen ist.<sup>71</sup> Beim unbewussten oder nicht willkürlichen Verstoß gegen den Richtervorbehalt wird ebenfalls durch eine solche Interessenabwägung entschieden, ob die daraus herrührenden Beweismittel verwertbar sind. Es wird überdies vertreten, dass ein hypothetischer Ermittlungsverlauf nur bei unbewussten oder unwillkürlichen Verstößen berücksichtigungsfähig ist.<sup>72</sup> Rein formale Fehler bei der Durchsuchung haben im Prinzip kein Verwertungsverbot zur Folge.<sup>73</sup>

Zufallsfunde bei einer Durchsuchung sind gemäß § 108 StPO zur Erhaltung der Funktionstüchtigkeit des Strafverfahrens zu verwerten.<sup>74</sup> Problematisch ist dies allerdings bei solchen Gegenständen, die planmäßig, systematisch oder gezielt außerhalb der Durchsuchungsanordnung gesucht wurden. Die Verwertbarkeit dieser

---

<sup>68</sup> OLG Hamm NStZ 2007, 355, 356; LG Baden-Baden wistra 1990, 118. Vgl. auch *Hüls*, ZIS 2009, 162 f. Kritisch *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Rn. 2465.

<sup>69</sup> LG Bonn NJW 1981, 292, 293; LG Baden-Baden wistra 1990, 118, 119; vgl. auch LG Heilbronn StV 2005, 380, 382.

<sup>70</sup> BVerfG NJW 2006, 2684; BGH NStZ-RR 2007, 242; BGHSt 51, 285; vgl. auch BVerfGE 113, 29.

<sup>71</sup> Siehe oben Erster Teil, II.D.1.a).

<sup>72</sup> Siehe oben Erster Teil, II.D.1.a).

<sup>73</sup> Vgl. BVerfG NStZ 2004, 216; LG Bonn 1981, 292, 293; BGH NStZ 1989, 375, 376.

<sup>74</sup> Kritisch SK-StPO/*Wohlers/Jäger*, 5. Aufl., § 108 Rn. 2 und 3 m.w.N.

Gegenstände wird ebenfalls durch eine Interessenabwägung unter Berücksichtigung der Schwere der Straftat, auf die sich die Zufallsfunde beziehen, und der Schwere des Verfahrensfehlers bestimmt.<sup>75</sup> Ob die Fehlerhaftigkeit der Anlassdurchsuchung zum Verwertungsverbot der Zufallsfunde führen kann, hat die Rechtsprechung ebenfalls im Wege der Interessenabwägung entschieden.<sup>76</sup>

#### b) USA

Der 4. Zusatzartikel zur US-Bundesverfassung liefert kein klares Kriterium für die Rechtmäßigkeit einer Durchsuchung oder Beschlagnahme. Heute gilt *reasonableness* als allgemeines Kriterium für die Rechtmäßigkeit und lässt sich durch drei Standards für die jeweiligen Fallkonstellationen interpretieren. In bestimmten Situationen, z.B. bei einer Hausdurchsuchung, für die ein *warrant* benötigt wird, kann grundsätzlich ein mit *probable cause* begründeter *warrant* das *reasonableness*-Kriterium für die Durchsuchung erfüllen. In Ausnahmefällen zur *warrant*-Anforderung, z.B. bei Gefahr im Verzug oder *traffic stop*, soll die Polizei *probable cause* für ihr Handeln haben; in sonstigen Fällen ohne *warrant* und *probable cause* wird ein Abwägungstest (*balancing test*) unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zur Beurteilung der *reasonableness* des polizeilichen Verhaltens vorgenommen.<sup>77</sup> Bei diesem Test wird das staatliche Interesse an der Strafverfolgung gegen den Eingriff in individuelle Interessen abgewogen.<sup>78</sup> Bei der Abwägung kommen auch der Grad des Tatverdachts, der Grad des Eingriffs in das private Leben der Bürger und das Bedürfnis der Rechtsdurchsetzung in Betracht.<sup>79</sup> In Fällen, in denen eine Durchsuchung den entsprechenden Standard der *reasonableness* nicht erfüllt oder in denen sich in einem Abwägungstest eine *unreasonableness* ergibt, ist die Durchsuchung unrechtmäßig, was in der Regel zum Verwertungsverbot führt. Zur Beurteilung der *reasonableness* einer Durchsuchung werden nach Ansicht der ständigen Rechtsprechung und der Literatur ausschließlich objektive Umstände des Einzelfalls in Betracht gezogen,<sup>80</sup> das subjektive Motiv spielt keine

<sup>75</sup> LG Bonn NJW 1981, 292; LG Bremen StV 1984, 505. Vgl. auch LG Berlin StV 1987, 97, 98; LG Baden-Baden wistra 1990, 118, 119; LG Berlin NSTz 2004, 571, 573; LG Bremen StV 2006, 571, 573.

<sup>76</sup> Z.B. BVerfG NJW 2009, 3225.

<sup>77</sup> Dressler/Michaels, Understanding Criminal Procedure, 6. Aufl., Band I, S. 261.

<sup>78</sup> Vgl. *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1, 20, 21 (1968); *U.S. v. Hensley*, 469 U.S. 221, 228–229 (1985).

<sup>79</sup> *Harper v. State*, 963 N.E.2d 653, 658 (2012); *Week v. State*, 950 N.E.2d 816, 820 (2011); *State v. Washington*, 898 N.E.2d 1200, 1206 (2008).

<sup>80</sup> *Bond v. U.S.*, 529 U.S. 334, 339 (2000); *U.S. v. Hauk*, 412 E.3d 1179, 1187 (2005); *U.S. v. Sease*, 659 F.3d 519, 525 (2011); *Ashcroft v. al-Kidd*, 563 U.S. 731, 736–739 (2011); *Scott v. U.S.*, 436 U.S. 128, 136 (1978).

Rolle.<sup>81</sup> Obwohl es *good faith*-Ausnahmen zur *Exclusionary Rule* gibt, bezieht sich *good faith* hier nur darauf, dass ein handelnder Polizist sich auf eine fehlerhafte prozessuale Handlung einer anderen Behörde in gutem Glauben verlassen hat. Formale Fehler, z.B. nur vage Beschreibungen der zu durchsuchenden Gegenstände, ziehen grundsätzlich kein Verwertungsverbot nach sich.<sup>82</sup>

Für Zufallsfunde gilt im US-amerikanischen Recht die *plain view doctrine*.<sup>83</sup> Die planmäßige oder gezielte Suche nach „Zufallsfunden“ kann die Verwertbarkeit der Zufallsfunde nicht berühren, solange die objektiven Umstände der *plain view doctrine* entsprechen. Aufgrund der *fruit of the poisonous tree doctrine* könnte die Fehlerhaftigkeit der Anlassdurchsuchung ein Verwertungsverbot der Zufallsfunde auslösen.

### c) Vergleich

Durchsuchungen stehen sowohl im deutschen als auch im US-amerikanischen Recht unter Richtervorbehalt; ein Richter muss eine Anordnung (*warrant*) für die Durchsuchung erlassen haben. Bei Gefahr im Verzug können die Strafverfolgungsbehörden in beiden Ländern auch ohne richterliche Anordnung durchsuchen. Zufallsfunde bei einer rechtmäßigen Durchsuchung können nach beiden Rechtsordnungen verwertet werden. Die Unterschiede bezüglich der Verwertungsverbote zwischen beiden Rechtsordnungen sind folgende:

Primär nimmt das deutsche Recht zur Bestimmung der Verwertungsverbote bei der Durchsuchung eine Interessenabwägung als allgemeines Kriterium an. In den USA wurde hingegen durch die Rechtsprechung zu den jeweiligen Fallkonstellationen ein Standard der Rechtmäßigkeit entwickelt; ist diese im Einzelfall zu verneinen, entsteht ein Verwertungsverbot. Die *Exclusionary Rule* konzentriert sich dabei auf die Regulierung und Kontrolle des polizeilichen Verhaltens.<sup>84</sup> Daher ist es im US-amerikanischen Recht denkbar, für die polizeiliche Praxis genaue Verhaltensregeln bzw. Grenzen festzulegen. Die Kasuistik hat zur Folge, dass das US-amerikanische Recht im Prinzip nur einzelne Standards der Rechtmäßigkeit für bestimmte Fallgruppen entwickeln kann. Rechtmäßigkeit der Durchsuchung in diesem Fall bedeutet: Wird ein *warrant* benötigt, hat die Polizei einen mit *probable cause* begründeten *warrant* für die Durchsuchung zur Verfügung; im Ausnahmefall zur *warrant*-Anforderung hat die Polizei *probable cause* zum Auffinden der

---

<sup>81</sup> *Whren v. U.S.*, 517 U.S. 806, 813 (1996). Ähnlich *U.S. v. Ben Abdenbi*, 361 F.3d 1282, 1292, 1293 (2004); *Scott v. U.S.*, 436 U.S. 128, 138 (1978). *LaFave*, Search and Seizure, Band I, § 1.4(e), S. 173–175; *LaFave/Israel/King/Kerr*, Criminal Procedure, § 3.1(d).

<sup>82</sup> Vgl. *LaFave*, Search and Seizure, Band II, § 4.6(a), S. 769.

<sup>83</sup> Siehe oben Zweiter Teil, II.D.1.b).

<sup>84</sup> Vgl. *Cammack*, in: Thaman (Hrsg.), *Exclusionary Rules in Comparative Law*, S. 4.

Beweismittel mittels Durchsuchung. In anderen Fällen wird ein Abwägungstest für die Bestimmung der Rechtmäßigkeit (*reasonableness*) vorgenommen. Im Meilensteinfall *Terry* wurde durch einen Abwägungstest eine polizeiliche Handlung als *reasonable* angenommen, deren Anhaltspunkte aber nicht durch *probable cause* gerechtfertigt waren, sondern allein auf konkreten vernünftigen Schlüssen basierten.<sup>85</sup> Bemerkenswert ist, dass konkrete vernünftige Schlüsse (*reasonable suspicion*) wiederum zum Standard für die Rechtmäßigkeit der polizeilichen Handlung in dem *Terry*-Fall ähnlichen Fällen wurden.

Allerdings sollte man beachten, dass sich die Abwägung nicht auf Fälle wie den *Terry*-Fall beschränkt, sondern dass sie gelegentlich auch in anderen Fällen zur Bestimmung der Rechtmäßigkeit bzw. des Verwertungsverbots der Durchsuchung verwendet wird. So wird z.B. ein Abwägungstest zur Entscheidung der *reasonableness* einer Durchsuchung auch dann vorgenommen, wenn *probable cause* vorliegt und die Durchsuchung in extremer Weise, die privaten Interessen oder die körperliche Unversehrtheit des Betroffenen ungewöhnlich beeinträchtigend, durchgeführt wurde.<sup>86</sup>

Beim US-amerikanischen Abwägungstest wird, wie erwähnt, das staatliche Interesse abgewogen gegen den Eingriff in individuelle Interessen unter Berücksichtigung des Tatverdachtsgrads, des Grads des Eingriffs in die Privatsphäre, des Bedürfnisses der Rechtsdurchsetzung und weiterer Faktoren des konkreten Falls. Solche Faktoren werden auch bei der Interessenabwägung im deutschen Recht ganz ähnlich beachtet, sie werden nur anders definiert, z.B. als Schwere der Straftat oder Schwere des Rechtsfehlers.<sup>87</sup> Außerdem wird bei der deutschen Interessenabwägung in Betracht gezogen, ob der Verfahrensfehler bewusst oder willkürlich zustande kam und ob das Beweismittel auch auf rechtmäßigem Wege hätte gewonnen werden können.<sup>88</sup> Der hypothetische Ermittlungsverlauf im deutschen Recht wird im US-amerikanischen Recht im Rahmen der Fernwirkung zur *Exclusionary Rule* berücksichtigt. Insgesamt gesehen zieht die deutsche Interessenabwägung mehr Faktoren in Erwägung als der US-amerikanische Abwägungstest.

Als zweiter Unterschied wird der subjektive Aspekt des handelnden Beamten im deutschen Recht eingeschätzt; er hat großen Einfluss auf die Bestimmung der Verwertungsverbote bezüglich der Durchsuchung. Stattdessen spielt im US-amerikanischen Recht der subjektive Wille der Polizei bei der Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Durchsuchung bzw. Verwertbarkeit der daraus stammenden Beweismittel grundsätzlich keine Rolle. Im US-amerikanischen Recht wird die Durchsuchung allein unter Betrachtung der objektiven Umstände des Einzelfalls

---

<sup>85</sup> *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1, 22–27 (1968).

<sup>86</sup> *Whren v. U.S.*, 517 U.S. 806, 818 (1996).

<sup>87</sup> Vgl. oben Erster Teil, II.D.1.a).

<sup>88</sup> Vgl. oben Erster Teil, II.D.1.a).



dahingehend beurteilt, ob sie *reasonable*, also rechtmäßig ist.<sup>89</sup> Kriterien zur Einschätzung der Willkür im polizeilichen Verhalten sind im US-amerikanischen Recht nicht befriedigend definiert.<sup>90</sup> Dies liegt daran, dass das US-amerikanische Recht letztendlich die Frage nicht klären kann, ob die Polizei im konkreten Fall von ihrer normalen Praxisroutine abgewichen ist.<sup>91</sup> Da diese konkrete Frage die US-amerikanische Untersuchung auf Willkür schwer behindert, kehrt man eher zur objektiven Seite des Verhaltens zurück. Man hat standardisierte Prozesse oder konkrete Regeln<sup>92</sup> für die Durchsuchung bzw. Beschlagnahme entwickelt, nach denen zu beurteilen ist, ob ein polizeiliches Verhalten rechtmäßig ist. Das deutsche Recht meint hingegen, dass eine bewusste oder willkürliche Handlung *in casu* grundsätzlich feststellbar ist. Man überlässt es dem Richter, diese Entscheidung im Freibeweisverfahren zu treffen. Im Vergleich zum deutschen Recht bringt das US-amerikanische Recht deutlich zum Ausdruck, dass es die amerikanische Polizei bei ihrer Tätigkeit durch Standards beschränken und ihr möglichst wenig Spielraum lassen will. Die *Exclusionary Rule* ist aus dieser Sicht die Folge polizeilicher Rechtsverstöße.

In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass die neuere amerikanische Rechtsprechung in *Herring v. U.S.*<sup>93</sup> und *Davis v. U.S.*<sup>94</sup> insofern eine von der Ansicht abweichende Tendenz aufweist, als der subjektive Aspekt der polizeilichen Handlung durchaus Einfluss auf die Anwendung der *Exclusionary Rule* haben kann.<sup>95</sup> Allerdings muss sich diese Tendenz erst durch weitere zukünftige Rechtsprechung bestätigen, bevor sie zum Standard werden kann. Noch ist sie nicht repräsentativ für die US-amerikanische Rechtsprechung, da beide genannten Fälle nur von der *good faith*-Ausnahme zur *Exclusionary Rule* handeln.

Da formale Fehler bei der Durchsuchung in Deutschland grundsätzlich kein Verwertungsverbot zur Folge haben müssen – und obwohl die formalen Anforderungen an die Durchsuchung in den USA nicht mehr so streng wie früher sind –,<sup>96</sup> können formale Rechtsverletzungen in den USA leichter Verwertungsverbote hervorrufen als in Deutschland.<sup>97</sup> Dies liegt im Wesentlichen daran, dass in den USA

---

<sup>89</sup> *Bond v. U.S.*, 529 U.S. 334, 339 (2000); *U.S. v. Hauk*, 412 E.3d 1179, 1187 (2005); *U.S. v. Sease*, 659 F.3d 519, 525 (2011); *Ashcroft v. al-Kidd*, 563 U.S. 731, 736–739 (2011). Vgl. auch *Scott v. U.S.*, 436 U.S. 128, 136 (1978).

<sup>90</sup> Vgl. *LaFave*, Search and Seizure, Band I, § 1.4(e), S. 174.

<sup>91</sup> Vgl. *LaFave*, Search and Seizure, Band I, § 1.4(e), S. 173.

<sup>92</sup> Z.B. die *knock and announce rule* für die Durchführung einer Durchsuchung oder die *plain view doctrine* für Zufallsfunde.

<sup>93</sup> *Herring v. U.S.*, 555 U.S. 135 (2009).

<sup>94</sup> *Davis v. U.S.*, 564 U.S. 229 (2011).

<sup>95</sup> Vgl. die Erörterungen zu diesen beiden Fällen oben im Zweiten Teil, II.D.2.b)bb).

<sup>96</sup> Vgl. oben Zweiter Teil, II.D.2.b)cc).

<sup>97</sup> Vgl. *Bradley*, GA 1985, 109.

die Privatsphäre, die häufig mit dem privaten Haus verbunden ist, bei der üblichen Durchsuchung aus rechtsgeschichtlichem Grund streng geschützt wird.

Ein weiterer Unterschied zwischen dem deutschen und dem US-amerikanischen Recht betrifft Fallkonstellationen mit Zufallsfunden. Wenn die Anlassdurchsuchung unrechtmäßig war und dabei Beweise zufällig gefunden wurden, die auf eine andere Straftat als die Anlassstrafat hindeuten, ist über die Verwertbarkeit der Zufallsfunde nach deutschem Recht im Wege der Interessenabwägung zu entscheiden.<sup>98</sup> Wenn die Zufallsfunde eine schwere Straftat beweisen können, dürfte die Interessenabwägung im deutschen Recht möglicherweise zum Ergebnis kommen, dass sie verwertbar sind.<sup>99</sup> Hingegen werden Zufallsfunde im US-amerikanischen Recht grundsätzlich nicht verwertet, weil für sie die *fruit of the poisonous tree doctrine* gilt. Um die Polizei vor möglicher künftiger Rechtswidrigkeit abzuschrecken, sind nach dieser Doktrin die aus der Rechtswidrigkeit der Anlassdurchsuchung gewonnenen Beweismittel einschließlich der Zufallsfunde von der Verwertung auszuschließen. Dieser Unterschied lässt den Schluss zu, dass das deutsche Recht bei dieser Fallkonstellation mehr Wert auf die Wahrung der staatlichen Interessen an der Strafverfolgung und der Wahrheitserforschung legt als auf individuelle Interessen, während das US-amerikanische Recht das Ziel der *Exclusionary Rule*, die Abschreckung der Polizei zugunsten der Persönlichkeitsrechte, betont.

#### d) Reformüberlegungen für China

Zur Durchsuchung fehlt es dem chinesischen Recht im Vergleich zum deutschen und US-amerikanischen Recht in vielerlei Hinsicht an verlässlichen Regelungen.

Ein wichtiges Defizit im chinesischen Recht ist die Tatsache, dass der Erlass einer Durchsuchungsanordnung keiner richterlichen Aufsicht unterworfen ist.<sup>100</sup> Der Richtervorbehalt gilt im deutschen und US-amerikanischen Recht als allgemein gültiger Grundsatz bei Zwangsmaßnahmen, da der staatliche Eingriff in die Rechte der Bürger von einem neutralen Richter bewilligt werden muss, während im chinesischen Recht die Entscheidung über eine Zwangsmaßnahme ausschließlich von interner Seite der Strafverfolgungsbehörden getroffen wird. Dies birgt die Gefahr eines willkürlichen Eingriffs in die Privatsphäre bei der Durchsuchung in sich. Viele chinesische Rechtswissenschaftler haben vorgeschlagen, eine richterliche Aufsicht bei der Entscheidung für eine Zwangsmaßnahme vorzusehen.<sup>101</sup> Diesem Vor-

<sup>98</sup> Z.B. BVerfG NJW 2009, 3225.

<sup>99</sup> Vgl. BVerfG NJW 2009, 3225.

<sup>100</sup> § 217 der Erklärungen des Ministeriums für Öffentliche Sicherheit zur chinesischen StPO und § 220 der Erklärungen der Obersten Staatsanwaltschaft zur chinesischen StPO. Siehe auch oben Dritter Teil, II.D.1.a).

<sup>101</sup> Xu, Meijun, Zhenchaquan de sifa shencha zhidu yanjiu, Faxue luntan 2008, Heft 5, 102 (徐美君, 侦查权的司法审查制度研究, 法学论坛 2008 年第 5 期, 第 102 页); Liu, Fangquan, Lun soucha de zhengdang chengxu, Shandong gongan zhuanke xuexiao xuebao

schlag ist zuzustimmen. Allerdings geht die Einführung des Richtervorbehalts als allgemeines Prinzip untrennbar einher mit der Umgestaltung des bisherigen chinesischen Strafverfahrens, nämlich der bewussten Schwächung der Befugnisse von Polizei und Staatsanwaltschaft und einer Stärkung der richterlichen Kontrolle im Vorverfahren. Diese Umgestaltung erfordert tiefgreifende verfassungsrechtliche Änderungen. Nach herrschender Ansicht sehen Art. 58 und Art. 63 der chinesischen Verfassung das Prinzip der Kombination der Gewalten von Legislative und Exekutive vor, nach dem sich aus der Gewalt der Legislative – also der vom Volk gewählten höchsten Staatsgewalt – die Gewalten der Exekutive und Judikative ergeben, wobei zugleich die Gewalt der Legislative mit der der Exekutive vereinigt wird und die Gewalt der Legislative die anderen beiden Gewalten beherrscht. In einem solchen System ist die Judikative deutlich schwach. Sie kann die Exekutive kaum überwachen und kontrollieren. Vor dem Hintergrund, dass die Gestaltung der Staatsgewalt für absehbare Zeit nicht geändert wird, dürfte die Einführung des Richtervorbehalts kaum zur Debatte stehen.

Ein weiteres schwerwiegendes Problem bei der chinesischen Durchsuchung ist, dass in der Durchsuchungsanordnung fast keine Beschränkungen festgehalten sind.<sup>102</sup> Dies vergrößert die Gefahr der Willkür noch, indem sie leicht zu einer allgemeinen Durchsuchung führen kann. Daher drängt sich eine Reform der Regelungen zur Durchsuchung, ihrer Beschränkung und Durchführung geradezu auf. Die chinesische Strafprozessordnung sollte wie die deutsche detailliert vorschreiben, wo und welche Gegenstände oder Personen zu welchen Zwecken durchsucht werden sollen und auf welche Weise die Durchsuchung durchzuführen ist. Außerdem sollte die chinesische Strafprozessordnung klar vorschreiben, dass eine allgemeine Durchsuchungsanordnung ohne genaue Angaben über die betroffene Person, den Gegenstand und die Örtlichkeit der Durchsuchung rechtswidrig ist.

Hinsichtlich der Beweisverwertungsverbote bei der Durchsuchung schreibt das chinesische Recht einen relativen Beweisausschluss für den Fall vor, dass Beweismittel aus einer Durchsuchung dann auszuschließen sind, wenn die Erhebung unrechtmäßig war, dadurch die justizielle Gerechtigkeit schwer beeinträchtigt werden kann und es keine Korrekturen oder vernünftige Erklärungen für diese Unrechtmäßigkeit gibt.<sup>103</sup> Dieser sich an der materiellen Wahrheitsfindung orientierende me-

---

2002, Heft 11, 86 (刘方权, 论搜查的正当程序, 山东公安专科学校学报 2002 年第 11 期, 第 86 页); *Lin, Xifen*, Xingshi zhencha kouya chengxu de quexian yu zhidu chongsu, *Fazhi lun cong* 2008, Heft 3, 27 (林喜芬, 刑事侦查扣押程序的缺陷与制度重塑, 法治论丛 2008 年第 3 期, 第 27 页); *Pan, Liping*, Woguo souchazheng zhidu de lifa quexian jiqi wanshan, *Renmin jiancha* 2004, Heft 6, 71 (潘利平, 我国搜查证制度的立法缺陷及其完善, 人民检察 2004 年第 6 期, 第 71 页); *Wenig, Yijie*, Woguo xingshi soucha, kouya zhidu de gage yu wanshan, *Journal of National Prosecutors College* 2004, Heft 5, 67 (翁怡洁, 我国刑事搜查, 扣押制度的改革与完善, 国家检察官学院学报 2004 年第 5 期, 第 67 页).

<sup>102</sup> Siehe oben Dritter Teil, II.D.1.a).

<sup>103</sup> § 54 chStPO.

chanische Beweisausschluss wird stark kritisiert.<sup>104</sup> Denn nach diesem relativen Beweisausschluss<sup>105</sup> könnte sich im Ergebnis kein Verwertungsverbot ergeben, wenn selbst die die justizielle Gerechtigkeit schwer verletzenden Fehler korrigierbar sind. Außerdem könnten korrigierbare Makel nach den Erklärungen des Obersten Volksgerichtshofs,<sup>106</sup> z.B. fehlende Beschreibungen der beschlagnahmten Gegenstände im Protokoll, bereits Anlass zu schweren Rechtsverletzungen geben. Denkbar wäre auch der Fall, dass Gegenstände, die keinen Bezug zur Straftat haben und nicht in der Anordnung erfasst werden sollten, mitbeschlagnahmt werden, da im Protokoll ohnehin schon die Beschreibungen der beschlagnahmten Gegenstände fehlen. Der vom Obersten Volksgerichtshof festgestellte relative Beweisausschluss nach § 73 seiner Erklärungen bezweckt eigentlich die Sicherstellung der Authentizität der Beweise und die Ermöglichung der Verwertung von Beweisen, die mit einem Makel behaftet sind. Für die Praxis ist dies aber kein taugliches Kriterium für die Beweisverwertungsverbote.

Untersuchungen zum deutschen und US-amerikanischen Recht haben erwiesen, dass eine Interessenabwägung bei der Bestimmung der Verwertbarkeit der Beweise aus einer Durchsuchung unverzichtbar ist, wenn man ein gerechtes Urteil für einen konkreten Fall zu fällen hat. Das chinesische Recht sollte in Zukunft eine solche Abwägung zwischen dem staatlichen und dem privaten Interesse im konkreten Fall anwenden, wobei jeweils die Schwere der Straftat und des Rechtsfehlers sowie die hypothetischen Ermittlungsverläufe zu berücksichtigen sind. Der subjektive Aspekt der Strafverfolgungsbehörden ist relevant für die Bestimmung der Schwere des Rechtsfehlers und sollte bei der Abwägung beachtet werden. Die US-amerikanische Vorgehensweise, dass die Rechtmäßigkeit der Handlung der Strafverfolgungsbehörden nur angesichts der objektiven Umstände zu bestimmen ist, wäre für das chinesische Recht zweifelhaft, ja unübernehmbar. Diese Methode könnte im chinesischen Strafverfahren leicht zu vielen Vorwandhandlungen mit der Absicht führen, an sich ungerechtfertigte Durchsuchungen vorzunehmen. Schließlich müssen die chinesischen Gerichte gemäß den Tatbestandsmerkmalen<sup>107</sup> der Straftat die subjektiven Aspekte einer Straftat feststellen; daher ist es für sie auch möglich, bewusste oder willkürliche Rechtsverstöße der Strafverfolgungsbehörden zu bestimmen.

Allerdings sollte bei der hier vorgeschlagenen Interessenabwägung für die Bestimmung der Beweisverwertungsverbote bei der Durchsuchung im chinesischen Recht nicht ausgeschlossen werden, dass einige formale Fehler keine Verwertungsverbote nach sich ziehen können, wie auch im deutschen und US-amerikanischen

---

<sup>104</sup> Für Kritik siehe oben Dritter Teil, II.D.1.b).

<sup>105</sup> Vgl. oben Dritter Teil, V.

<sup>106</sup> § 73 der Erklärungen des Obersten Volksgerichtshofs zur Strafprozessordnung.

<sup>107</sup> Zu den chinesischen Tatbestandsmerkmalen gehören Straftatobjekt, Straftatsubjekt, objektive Aspekte und subjektive Aspekte der Straftat. Die subjektiven Aspekte beziehen sich auf den subjektiven Zustand des Straftäters, z.B. Vorsatz oder Fahrlässigkeit.

Recht. Auf die Frage, welche Fehler dies betrifft, sollte die chinesische Rechtsprechung mit der Sammlung repräsentativer Urteile antworten.

Über Zufallsfunde finden sich in der chinesischen Strafprozessordnung noch keine Vorschriften. In der Rechtspraxis werden aber Zufallsfunde aus einer Durchsichtung stets zur Verwertung zugelassen. Der chinesische Gesetzgeber sollte in Zukunft auch diesbezüglich einige Vorschriften erarbeiten, damit diese Praxis eine Rechtsgrundlage hat. Eine gezielte Suche nach „Zufallsfunden“ widerspricht dem allgemeinen Gefühl von Gerechtigkeit. Um die Effektivität der Ermittlung zu erhalten und zugleich eine übermäßige Verletzung individueller Interessen zu verhindern, sollte das chinesische Recht den Weg der Interessenabwägung zur Bestimmung der Verwertbarkeit gezielter „Zufallsfunde“ einschlagen, wie es die deutsche Rechtsprechung vorsieht. In Bezug auf Zufallsfunde aus einer fehlerhaften Anlassdurchsichtung wäre die US-amerikanische Lösung, in der aufgrund der *fruit of the poisonous tree doctrine* die Verwertbarkeit der Zufallsfunde abgelehnt wird, für chinesische Rechtsanwender zu verlustreich für die Ermittlungen. Daher wäre eine Interessenabwägung im konkreten Fall eher akzeptabel.

## 2. Beweisverwertungsverbote bei der Beschlagnahme

### a) Deutschland

Durchsichtung und Beschlagnahme gehorchen hinsichtlich ihrer Anordnung den gleichen Grundsätzen. So ist ein Verwertungsverbot beschlagnahmter Gegenstände anzunehmen, wenn die Staatsanwaltschaft oder die Polizei ihre Eilkompetenz bewusst missbraucht oder willkürlich beansprucht und eine Beschlagnahme vorgenommen hat.<sup>108</sup>

Zeugnisverweigerungsrechte können ebenfalls zu Beschlagnahmeverboten führen. So dürfen Gegenstände, die sich bei den Zeugnisverweigerungsberechtigten befinden und von einem Zeugnisverweigerungsrecht betroffen sind, nicht beschlagnahmt werden; geschieht dies doch, sind sie grundsätzlich unverwertbar.<sup>109</sup> Beschlagnahmeverbote bewahren die Zeugnisverweigerungsrechte vor der Umgehung.<sup>110</sup> Das Beschlagnahmeverbot aus dem Zeugnisverweigerungsrecht des Verteidigers ist ein wichtiger Bestandteil hiervon. Neben dem Schutz vor Umgehung der Zeugnisverweigerungsrechte gewährleistet das Beschlagnahmeverbot den frei-

---

<sup>108</sup> AG Offenbach NStZ 1991, 247; LG Osnabrück StV 1991, 152; LG Darmstadt StV 1993, 573; BGH NStZ 1985, 262. SK-StPO/Wohlers/Creco, 5. Aufl., § 98 Rn. 63; LR-Menges, 26. Aufl., § 98 Rn. 75; KK-Greven, § 98 Rn. 14.

<sup>109</sup> KK-Greven, § 97 Rn. 9; SK-StPO/Wohlers/Creco, 5. Aufl., § 97 Rn. 95; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 2387; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 34 Rn. 27.

<sup>110</sup> LR-Menges, 26. Aufl., § 97 Rn. 2; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 2342; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 34 Rn. 19.

en Verkehr zwischen dem Beschuldigten und dem Verteidiger.<sup>111</sup> Ein solches Beschlagnahmeverbot bzw. Verwertungsverbot ergibt sich daraus, dass das rechtsstaatliche Gebot, dem Beschuldigten jederzeit die Möglichkeit einer geordneten und effektiven Verteidigung zu ermöglichen, gegen die staatlichen Interessen an einer funktionierenden Strafrechtspflege abgewogen wird und dass dabei ersterem der Vorrang eingeräumt werden soll. Das Beschlagnahmeverbot bzw. Verwertungsverbot betrifft vor allem die Verteidigungsunterlagen und gilt unabhängig davon, ob sie als Mitteilung an den Verteidiger verfasst sind, ob sie sich im Gewahrsam des Verteidigers befinden oder ob das Verteidigungsverhältnis bereits zustande gekommen ist.<sup>112</sup> Wenn der Zeugnisverweigerungsberechtigte unter Teilnahmeverdacht steht, entfällt allerdings das Beschlagnahmeverbot bzw. Verwertungsverbot. Wird der Teilnahmeverdacht erst nachträglich entdeckt oder entfällt er im Nachhinein, tendiert die deutsche Rechtsprechung zur maximalen Ermöglichung der Verwertung.<sup>113</sup>

Zu den Beschlagnahmeverboten aus verfassungsrechtlichen Gründen zählen zwei Fallkonstellationen, nämlich Tagebuchaufzeichnungen und heimlich aufgenommene Tonaufzeichnungen, die den Strafverfolgungsbehörden von Dritten zugeleitet oder beschlagnahmt worden sind. Insoweit liegt ein Spannungsverhältnis zwischen dem Geheimhaltungsinteresse des Einzelnen aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und dem Strafverfolgungsinteresse des Staates vor. Zur Bestimmung der Verwertungsverbote hat die Rechtsprechung für dieses Spannungsfeld eine Dreistufen- oder Sphärentheorie entwickelt: Wenn der Inhalt der Tagebuchaufzeichnung oder der Tonaufnahme Höchstpersönliches betrifft und somit in die erste Stufe – die Intimsphäre – fällt, ist die Tagebuchaufzeichnung oder Tonaufnahme von der Verwertung absolut auszuschließen. Hier findet keinerlei Abwägung statt.<sup>114</sup> Betrifft der Inhalt die Straftat oder eine geschäftliche Unterredung, ist dies der zweiten Stufe – der schlichten Privatsphäre – zuzuordnen. Dabei wird im konkreten Fall das staatliche Interesse an der Strafverfolgung gegen das Geheimhaltungsinteresse des Einzelnen unter Betrachtung der Schwere des Eingriffs in das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, des Deliktvorwurfs, des konkreten Tatunrechts sowie der Betrachtung der Beweislage im Einzelfall abgewogen.<sup>115</sup> Die meisten Fälle bezüglich der Tagebuchaufzeichnung oder Tonaufnahme betreffen diesen Bereich. Die letzte Stufe hat die Sphäre der öffentlichen Kommunikation zum Gegenstand. In diesem Bereich wird kein Verwertungsverbot wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts anerkannt.

<sup>111</sup> Vgl. BGH, NJW 1973, 2035, 2035 f.

<sup>112</sup> BGH NStZ 1998, 309, 310; OLG München NStZ 2006, 300, 301.

<sup>113</sup> Siehe oben Erster Teil, II.D.2.b).

<sup>114</sup> Vgl. BVerfGE 34, 238, 245; BVerfG NJW 2007, 2753, 2756; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 2299; Fezer, Strafprozessrecht, S. 216.

<sup>115</sup> Vgl. BVerfGE 34, 238, 250.

## b) USA

Die Grundsätze für Beweisverwertungsverbote bei der Durchsuchung gelten grundsätzlich auch bei der Beschlagnahme. Bei manchen Beschlagnahmefällen, die keine Durchsuchung voraussetzen, z.B. Beschlagnahme von in *plain view* entdeckten Gegenständen, wird aber zur Bestimmung der Verwertbarkeit der Gegenstände gefragt, ob die Beschlagnahme *reasonable* war.<sup>116</sup>

Beschlagnahmeverbote aus familiärem Grund oder aus beruflichen oder dienstlichen Gründen können Verwertungsverbote hervorrufen, wenn der Beschuldigte, sein Ehepartner oder der Berufsträger die betroffenen Privilegien geltend gemacht hat. Ob sich die Gegenstände im Gewahrsam der Zeugnisverweigerungsberechtigten befinden, spielt bei der Inanspruchnahme der Beschlagnahmeverbote bzw. Verwertungsverbote keine Rolle. Entscheidend ist, dass die privilegierte Kommunikation in Form von schriftlichen Mitteilungen oder Aufzeichnungen oder in Form von Gegenständen nicht einem Dritten bekannt wird. Aufgrund des *attorney-client privilege* sind zum Verteidigungszweck bestimmte Unterlagen beschlagnahmefrei, unabhängig davon, ob sie sich beim Beschuldigten oder beim Verteidiger befinden oder ob ein Verteidiger schon ausgewählt oder bestellt worden ist oder nicht.<sup>117</sup> Wenn solche Unterlagen gleichwohl beschlagnahmt werden, kann dies nicht nur gegen das *attorney-client privilege*, sondern auch gegen den 6. Zusatzartikel zur US-Bundesverfassung verstoßen. Der Schutz des *attorney-client privilege* deckt aber nicht den Fall ab, dass der Beschuldigte dem Verteidiger die belastenden Beweismittel zur Geheimhaltung überlässt.<sup>118</sup> Konkret wird über die Beschlagnahmemöglichkeit bzw. Verwertbarkeit der Beweismittel im Wege der Abwägung zwischen dem Privileg und dem öffentlichen Interesse an der Ermittlung entschieden.<sup>119</sup> Wenn der Berufsträger oder der Ehepartner des Beschuldigten unter Teilnahmeverdacht steht, ist die Durchsuchung bzw. Beschlagnahme bei dem Berufsträger oder dem Ehepartner zulässig.<sup>120</sup> Die im deutschen Recht angesprochene Fallkonstellation, dass die Beschlagnahme zunächst „rechtswidrig“ erfolgte, sich aber später ein Teilnahmeverdacht ergibt, gibt es in den USA kaum.<sup>121</sup> Wenn der Teilnahmeverdacht nachträglich entfällt, können die durch Beschlagnahme gefundenen Beweismittel gegen den Beschuldigten verwertbar sein, da die ursprüngliche Beschlagnahme schließlich rechtmäßig war.

---

<sup>116</sup> Vgl. oben Zweiter Teil, II.D.3.a).

<sup>117</sup> *People v. Gardner*, 106 Cal. App. 3d 882, 887 (1980); *Western Systems, Inc. v. Commercial Union Assur. Co. PLC*, 172 F.3d 61 (1999).

<sup>118</sup> *Broun* (Hrsg.), McCormick on Evidence, Band I, S. 548. Z.B. *In re Search Warrant B-21778*, 521 A.2d 422 (1987); *State ex rel. Sowers v. Olwell*, 64 Wn.2d 828 (1964).

<sup>119</sup> Z.B. *State ex rel. Sowers v. Olwell*, 64 Wn.2d 828 (1964).

<sup>120</sup> Vgl. *Rice*, Attorney-Client Privilege in the U.S., § 10:3. Z.B. *Klitzman and Gallagher v. Krut*, 744 F.2d 955 (1984).

<sup>121</sup> Siehe oben Zweiter Teil, II.D.3.b).

Obwohl im US-amerikanischen Recht zum Teil die Ansicht vertreten wird, dass einige die Privatsphäre betreffende Beweismittel, z.B. Tagebücher oder mit der Privatsphäre verbundene Kommunikation oder Briefe, von Durchsuchung und Beschlagnahme auszuschließen sind,<sup>122</sup> können im Prinzip alle auf die Straftat bezogenen Gegenstände, die in einer Durchsuchungsanordnung aufgelistet sind, durchsucht und beschlagnahmt werden. Tagebücher, Videos oder Tonaufnahmen sind ebenfalls eingeschlossen.<sup>123</sup> Die Verwertung von Tagebüchern oder Tonaufnahmen, die freiwillige Äußerungen der Betroffenen zum Ausdruck bringen, wird im US-amerikanischen System nicht als Verletzung des 5. Zusatzartikels angesehen; wohl aber unterliegt sie konkreten Regelungen, Präzedenzfällen oder besonderen Beweisregeln, z.B. der *hearsay rule* oder der *best evidence rule*.<sup>124</sup>

### c) Vergleich

In beiden Ländern können Zeugnisverweigerungsrechte Beschlagnahmeverbote bzw. Verwertungsverbote auslösen. Allerdings setzen diese Beschlagnahmeverbote in Deutschland voraus, dass die betroffenen Gegenstände sich im Gewahrsam der Zeugnisverweigerungsberechtigten befinden. Dies ist in den USA dagegen nicht entscheidend. Maßgebend für die Geltendmachung der Privilegien bzw. der Verwertungsverbote für beschlagnahmte Gegenstände in den USA ist, dass kein Dritter in zwischen von der in diesen enthaltenen privilegierten Kommunikation erfahren hat.

Für Verteidigungsunterlagen gewähren beide Länder umfassenden Schutz. Die Verteidigungsunterlagen unterliegen dem Beschlagnahmeverbot bzw. Verwertungsverbot aufgrund des Zeugnisverweigerungsrechts oder des *attorney-client privilege*, unabhängig davon, ob sie sich beim Beschuldigten oder seinem Verteidiger befinden, oder ob schon ein Verteidiger für den Beschuldigten ausgewählt oder bestellt worden ist oder nicht. Ob eine Verwertbarkeit der Verteidigungsunterlagen im konkreten Fall besteht, wird in beiden Rechtsordnungen durch Abwägung entschieden.

Allerdings besteht bei Verwertungsverboten bezüglich der Beschlagnahme ein wesentlicher Unterschied zwischen dem deutschen und dem US-amerikanischen Recht. Der Schutz der Privatsphäre wird im deutschen Recht nach der durch Rechtsprechung entwickelten Dreistufentheorie strukturiert, nach der die Verwertbarkeit der betroffenen Beweismittel entweder absolut verboten oder von einer Interessenabwägung abhängig gemacht wird oder unbeschränkt zulässig ist. Dabei existiert nach der Dreistufentheorie ein unantastbarer Bereich: der Kernbereich privater Le-

<sup>122</sup> Vgl. *Warden v. Hayden*, 387 U.S. 294, 313 (1967); *Hayden v. Warden*, 363 F.2d 647, 658 (1966); *U.S. v. Boyette*, 299 F.2d 92, 95 (1962); *Taylor*, Two Studies in Constitutional Interpretation, S. 70; *Newton*, (1967) 45 Tex. L. Rev. 559; *Note* (anon.), (1977) 90 Harv. L. Rev. 989; *Johnson*, (2001) 33 McGeorge L. Rev. 140.

<sup>123</sup> Vgl. Am. Jur. 2d, Searches and Seizures § 233.

<sup>124</sup> Siehe oben Zweiter Teil, II.D.3.c)aa).



bensgestaltung. Einige Gegenstände wie z.B. Tagebücher oder Tonaufnahmen sind im konkreten Fall beschlagnahmefrei bzw. unverwertbar. Im US-amerikanischen Recht wird zwar das Recht auf Privatsphäre (*right to privacy*) geschützt; aber dieser Rechtsschutz ist bei der üblichen *search* und *seizure* nach dem 4. Zusatzartikel zur Bundesverfassung mit dem persönlichen Eigentum verbunden, nicht dagegen mit der Menschenwürde und dem Persönlichkeitsrecht. Ein absolut geschützter Bereich der Privatsphäre wie der Kernbereich privater Lebensgestaltung nach dem deutschen Recht fehlt im US-amerikanischen Recht. Tagebücher und Tonaufnahmen sind in den USA grundsätzlich beschlagnahmbar und verwertbar.

Dieser Unterschied zum deutschen Recht hat aus rechtsvergleichender Sicht im Wesentlichen folgende Gründe:

Zum Ersten gibt es für den Schutz des Kernbereichs und den Schutz der die Intimsphäre betreffenden Gegenstände im deutschen Recht konkrete Hinweise in der Verfassung – Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG –, während es im US-amerikanischen Recht keine konkreten Anhaltspunkte aus der Verfassung für den absoluten Schutz eines bestimmten Bereichs der Privatsphäre, insbesondere höchstpersönlicher Gegenstände, gibt. Früher wurden der 4. und 5. Zusatzartikel zur US-Bundesverfassung kombiniert angewandt, um private Bücher oder Briefe vor Durchsuchung und Beschlagnahme zu schützen.<sup>125</sup> Jedoch haben die beiden Zusatzartikel unterschiedliche Schutzzwecke: Der 4. Zusatzartikel verbietet die illegale Durchsuchung und Beschlagnahme, und sein Blickwinkel ist der Schutz des persönlichen Eigentums vor willkürlichen staatlichen Eingriffen. Der 5. Zusatzartikel schützt die Person davor, persönliche Informationen oder Daten herausgeben zu müssen; eine solche Herausgabe wäre eine zwangsläufige Authentifizierung belastender Informationen.<sup>126</sup> Der 4. Zusatzartikel, der den Schutz der Privatsphäre nur im Zusammenhang mit dem individuellen Eigentum vorsieht, aber keinen Schutz des Persönlichkeitsrechts bezweckt, kann einerseits nicht weiter ausgelegt und in ein allgemeines verfassungsrechtliches Recht auf Privatsphäre umgewandelt werden, so dass dieser Zusatzartikel die Beschlagnahme bestimmter höchstpersönlicher Dokumente verbieten würde.<sup>127</sup> Andererseits kann der Schutz der Selbstbelastungsfreiheit gemäß dem 5. Zusatzartikel die Beschlagnahme der Gegenstände nicht abdecken.

Zum Zweiten erkennt die deutsche Rechtsprechung an, dass Tagebücher und Tonaufnahmen unter den Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts fallen; die US-amerikanische Rechtsprechung unterscheidet bei Durchsuchung und Beschlagnahme hingegen bis jetzt grundsätzlich nicht zwischen normalen Dokumenten, Briefen und Tagebüchern. In der amerikanischen Rechtsgeschichte waren von Anfang an private Dokumente – Rechnungen für „illegal“ importierte Waren zum

---

<sup>125</sup> Z.B. *Boyd v. U.S.*, 116 U.S. 616 (1886).

<sup>126</sup> *Andresen v. Maryland*, 427 U.S. 463, 473, 474 (1976).

<sup>127</sup> Vgl. *Katz v. U.S.*, 389 U.S. 347, 350 (1967); *LaFave*, Search and Seizure, Band I, § 2.6(e), S. 923.

Verzollen<sup>128</sup> – beschlagnahmbar. Man hat den 4. Zusatzartikel ursprünglich als dem Schutz privaten Eigentums vor illegalen Durchsuchungs- und Beschlagnahmeprozessen, nicht aber vor legalen Durchsuchungen und Beschlagnahmen dienend interpretiert; dass die Gegenstände jemandes Eigentum sind, kann daher die Durchsuchung und Beschlagnahme nicht verhindern, solange diese Gegenstände auf der Liste eines *warrant* stehen und die Polizei bei der Durchsuchung und Beschlagnahme ihre Befugnisse nicht überschritten hat.

Der letzte Grund entstammt einer praktischen Überlegung: Das deutsche Recht erkennt die theoretische Strukturierung des Schutzes der Privatsphäre an und geht davon aus, dass die Praxis entsprechend der Theorie handeln muss und in den unantastbaren Bereich nicht eingreifen kann. In den USA stößt dagegen eine solche theoretische Gliederung des Schutzes der Privatsphäre in der Praxis auf Gegenargumente. Wenn schon eine die Privatsphäre schützende „Minimierungsanweisung“ beim *wiretapping* nicht gut funktioniert, wie soll dann erst ein absolut geschützter privater Bereich bei Durchsuchung und Beschlagnahme in der Praxis unantastbar bleiben?<sup>129</sup>

#### d) Reformüberlegungen für China

Da im chinesischen Recht die Zeugnisverweigerungsrechte aus familiärem Grund sowie aus beruflichen oder dienstlichen Gründen fehlen, existieren im chinesischen Recht auch keine Beschlagnahmeverbote aufgrund solcher Zeugnisverweigerungsrechte. Selbst die chinesischen Rechtswissenschaftler, die eine Einführung solcher Zeugnisverweigerungsrechte fordern, haben kaum erkannt, dass die Zeugnisverweigerungsrechte sich auch auf die Beschlagnahme auswirken können. Diese Lücke ist zu schließen, sobald Zeugnisverweigerungsrechte aus familiärem Grund oder aus beruflichen oder dienstlichen Gründen in Zukunft in das chinesische Recht eingeführt werden. Mit Beschlagnahmeverboten für die Zeugnisverweigerungsrechten unterliegenden Gegenstände kann vermieden werden, dass Zeugnisverweigerungsrechte durch Beschlagnahme umgangen werden, wenn Zeugen sich weigern, auszusagen.

Insbesondere kann das Beschlagnahmeverbot aufgrund des Zeugnisverweigerungsrechts des Verteidigers die Beziehung zwischen dem Beschuldigten und seinem Verteidiger bzw. das Verteidigerkonsultationsrecht schützen. Dies ist gegenwärtig einer der großen Mängel im chinesischen Strafverfahren. Dabei sollte das chinesische Recht vom deutschen und vom US-amerikanischen Recht lernen, dass aufgrund des Zeugnisverweigerungsrechts des Verteidigers die Verteidigungsunterlagen dem Beschlagnahmeverbot bzw. Verwertungsverbot unterliegen, gleich ob sie sich beim Beschuldigten oder seinem Verteidiger befinden oder ob schon ein

<sup>128</sup> Siehe die Geschichte der US-Bundesverfassung oben Zweiter Teil, IV.

<sup>129</sup> Vgl. *LaFave*, Search and Seizure, Band I, § 2.6(e), S. 924.

Verteidiger für den Beschuldigten ausgewählt und bestellt worden ist oder nicht. Nur anhand von solchen strikten Grundsätzen kann das Verteidigungsrecht des Beschuldigten effektiv vor der Beeinträchtigung durch die Strafverfolgungsbehörden bewahrt werden. Außerdem ist hier der Tatsache Rechnung zu tragen, dass die chinesische Polizei in der Praxis oft unter dem Vorwand, dass der Verteidiger einer anderen Straftat verdächtig ist als der Beschuldigte – z.B. wegen angeblicher Unterdrückung oder Fälschung der Beweismittel nach § 306 chStGB –, bei Verteidigern Durchsuchungen und Beschlagnahmen durchführt. Die chinesische Rechtsprechung muss in Zukunft durch Beispielsfälle die Grenzen zwischen rechtmäßigen und unrechtmäßigen Handlungen des Verteidigers bei der Vorbereitung auf die Verteidigung erarbeiten. Vorwanddurchsuchungen und –beschlagnahmen beim Verteidiger sind auf keinen Fall zulässig.

Im chinesischen Strafverfahren, das die absolute materielle Wahrheitsfindung betont, gibt es nur einen begrenzten Schutz für die Privatsphäre und schon gar keinen absolut geschützten Privatbereich. Obwohl Art. 38 der chinesischen Verfassung vorsieht, dass die Menschenwürde unantastbar ist, wird dieser Artikel der Verfassung bis heute im Strafverfahren weitestgehend ignoriert. In der chinesischen strafrechtlichen Rechtsprechung wird die Verfassung überhaupt nicht herangezogen. Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass auch die Privatsphäre tangierende Tagebücher und Tonaufzeichnungen im Strafverfahren beschlagnahmefähig sind.

Allerdings erklärt im Zivilprozess zur Verwertbarkeit der Video- oder Audiodaten der Oberste Volksgerichtshof, dass Beweismittel, welche die berechtigten Interessen anderer Personen verletzen, nicht verwertet werden dürfen. Die Rechtsanwender weisen im Strafverfahren auch darauf hin, dass es bei der Verwertung der Video- oder Audiodaten um eine Interessenabwägung geht.<sup>130</sup> Der Schutz der Privatsphäre hinsichtlich der Beweisverwertung der Video- oder Audiodaten wird also auch im Strafverfahren als problematisch angesehen. Wegen der gängigen Praxis und der im Prozessmodell wurzelnden Ansicht vom Primat der absoluten materiellen Wahrheitsfindung kann sich aber der Schutz der Privatsphäre im chinesischen Strafverfahren bisher nicht gegen die staatlichen Eingriffe behaupten.

Gerade der Schutz der Privatsphäre kann im Laufe der Zeit bei der Beweisverwertung im Strafverfahren aber eine immer wichtigere Rolle spielen. Es ist durchaus vorstellbar, dass der Schutz der Privatsphäre zu einer Beschränkung der Beweisverwertung im chinesischen Strafverfahren führen kann. Zur Bestimmung der Verwertbarkeit von Tagebüchern und Tonaufzeichnungen sollte unter Betrachtung der Umstände des Einzelfalls eine Abwägung zwischen dem staatlichen Interesse an der Ermittlung und dem individuellen Interesse an der Privatsphäre vorgenommen werden. Die deutsche Dreistufentheorie leuchtet zwar ein, könnte aber bei der

---

<sup>130</sup> Vgl. Zhang, Jun/Jiang, Wei/Tian, Wenchang, Xingshi susong: kongbianshen sanrentan, S. 101 (张军/姜伟/田文昌, 刑事诉讼: 控辩审三人谈, 第 101 页).

Umsetzung in China auf Definitionsschwierigkeiten bezüglich des unantastbaren Kernbereichs der Privatsphäre stoßen. Das deutsche Recht überlässt es der richterlichen Rechtsfortbildung, diesen theoretischen Kernbereich herauszubilden. Dies kann die chinesische Rechtsprechung nicht leisten. Sie kann auch in den kommenden Jahren die Funktion der richterlichen Rechtsfortbildung kaum übernehmen. Es erscheint für das chinesische Strafverfahrensrecht als wichtig, die Rechtsprechung vom Formalismus bei der Beweiswürdigung zu befreien. In diesem Sinne könnte es ein guter Weg sein, zuerst durch Interessenabwägung die Ermessensfähigkeit des chinesischen Richters zu fördern und danach die richterliche Rechtsfortbildung zu stärken.

### 3. Beweisverwertungsverbote bei der körperlichen Untersuchung

#### a) Deutschland

Bei der körperlichen Untersuchung des Beschuldigten gilt der Grundsatz, dass nicht jeder Verstoß gegen die Erhebungsvorschriften ein Verwertungsverbot nach sich zieht. Die Verwertbarkeit der dadurch erlangten Beweismittel lässt sich unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls, insbesondere der Art und des Gewichts des Verstoßes, durch Abwägung zwischen dem staatlichen Interesse an der Tataufklärung und dem individuellen Interesse am Schutz körperlicher Unversehrtheit entscheiden.<sup>131</sup>

Beweisverwertungsverbote entstehen typischerweise bei bewusster oder willkürlicher Umgehung des Richtervorbehalts bzw. willkürlicher Annahme von Gefahr im Verzug oder bei Vorliegen besonders schwerwiegender Fehler.<sup>132</sup> In solchen Fällen wird eine Interessenabwägung zur Bestimmung der Verwertungsverbote vorgenommen.<sup>133</sup> Wenn eine Blutprobe von einem Nichtarzt entnommen wird, ohne dass die Polizei Kenntnis von der Qualifikation des Entnehmenden hat, entscheidet sich die Rechtsprechung nicht nur angesichts des Schutzzweckes des § 81a StPO, sondern wesentlich auch unter Beachtung der Umstände des konkreten Falls im Wege der Interessenabwägung für die Verwertbarkeit der Blutprobe. Anders läge der Fall, wenn die Polizei vom Status des Nichtarztes wusste und dennoch den Beschuldigten zur Blutentnahme gezwungen hätte. Wenn die Vorgehensweise bei der Blutentnahme die Grundsätze eines an Gerechtigkeit und Billigkeit orientierten Verfahrens verletzt, z.B. durch bewusste Täuschung über die ärztli-

<sup>131</sup> Vgl. *Rüth*, DAR 1966, 261; BGHSt 24, 125, 130; OLG Bamberg NJW 2009, 2146, 2149.

<sup>132</sup> OLG Celle NJW 2009, 3524, 3526; OLG Dresden NJW 2009, 2149, 2150; KG, NJW 2009, 3527; OLG Bamberg NJW 2009, 2146, 2148; Meyer-Goßner/*Schmitt*, § 81a Rn. 32a; KK-*Senge*, § 81a Rn. 13; LR-*Krause*, 27. Aufl., § 81a Rn. 94.

<sup>133</sup> Z.B. OLG Hamburg NJW 2008, 2597; BVerfG NJW 2010, 2864.

che Qualifikation,<sup>134</sup> kann dies zu einem Verwertungsverbot führen.<sup>135</sup> Solche verbotenen Vorgehensweisen lassen sich unter Berücksichtigung der konkreten Umstände nachweisen. Außerdem wird gelegentlich neben der Interessenabwägung auch der hypothetische Ermittlungsverlauf zur Bestimmung der Verwertbarkeit der Beweismittel in Betracht gezogen.<sup>136</sup>

Bei der körperlichen Untersuchung anderer Personen haben die betroffenen Personen Verweigerungsrechte aufgrund ihrer Zeugnisverweigerungsrechte aus familiärem Grund. Sie sollen vor der körperlichen Untersuchung Belehrungen über ihre Verweigerungsrechte erhalten. Wenn die Rechtsbelehrung fehlt oder fehlerhaft ist, stellt dies einen schweren Rechtsfehler dar; somit kann das Untersuchungsergebnis nicht verwertet werden.<sup>137</sup> Verstöße gegen die Voraussetzungen gemäß § 81c Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 StPO bei der körperlichen Untersuchung anderer Personen können nicht zu einem Verwertungsverbot gegenüber dem Beschuldigten führen, da der Rechtskreis des Beschuldigten dadurch nicht berührt wird.<sup>138</sup>

Für die DNA-Analyse gibt es eine gesetzliche Zweckbindung. Auf Ziele außerhalb der Zweckbindung gerichtete DNA-Analysen sind nicht erlaubt, und ihr Ergebnis darf nach Ansicht des Gesetzgebers nicht verwertet werden.<sup>139</sup> Das unter Verstoß gegen die Vorschriften der körperlichen Untersuchung vom Beschuldigten oder einem Dritten erlangte Material darf nicht für eine DNA-Analyse verwendet werden. Wenn dies doch geschieht, ist ein Verwertungsverbot der Ergebnisse der DNA-Analyse anzunehmen. Ein bewusster Verstoß gegen den Richtervorbehalt bei der DNA-Analyse kann ein Verwertungsverbot nach sich ziehen. Die Einwilligung des Betroffenen lässt den Richtervorbehalt entfallen.<sup>140</sup> Fehler bei der Herbeiführung der Einwilligung können unter Umständen zu einem Verwertungsverbot führen, z.B. die bewusste Unterlassung der Belehrung über den Verwendungszweck des erhobenen Materials.<sup>141</sup>

---

<sup>134</sup> OLG Hamm NJW 1965, 1089, 1090; KK-*Senge*, § 81a Rn. 13; Meyer-Goßner/*Schmitt*, StPO, § 81a Rn. 33; LR-*Krause*, 27. Aufl., § 81a Rn. 98; *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Rn. 1654.

<sup>135</sup> LR-*Krause*, 27. Aufl., § 81a Rn. 98; Meyer-Goßner/*Schmitt*, StPO, § 81a Rn. 33.

<sup>136</sup> OLG Bamberg NJW 2009, 2146, 2148; OLG Hamburg NJW 2008, 2597, 2599; KG, NJW 2009, 3527; BGHSt 24, 125, 130.

<sup>137</sup> BGHSt 12, 235, 242; BGHSt 36, 217, 220; vgl. auch BGH NSTz 1996, 95, 96.

<sup>138</sup> Vgl. für die h.M. LR-*Krause*, 27. Aufl., § 81c Rn. 64; Roxin/*Arzt/Tiedemann*, Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht, S. 131 f.

<sup>139</sup> BT-Drs. 13/667, S. 7. Zustimmung LR-*Krause*, 27. Aufl., § 81e Rn. 46; SK-StPO/*Rogall*, 5. Aufl., § 81e Rn. 21; Meyer-Goßner/*Schmitt*, § 81e Rn. 4. A.A. KK-*Senge*, § 81e Rn. 7.

<sup>140</sup> KK-*Senge*, § 81f Rn. 3; Meyer-Goßner/*Schmitt*, § 81f Rn. 1.

<sup>141</sup> SK-StPO/*Rogall*, 5. Aufl., § 81f Rn. 28.

## b) USA

Die Rechtmäßigkeit der körperlichen Untersuchung des Beschuldigten im US-amerikanischen Recht hängt von zwei Faktoren ab: einerseits davon, dass *probable cause* zu der Annahme vorliegt, dass der Beschuldigte eine Straftat begangen hat und dass durch die körperliche Untersuchung Beweise gefunden werden könnten, und andererseits vom *balancing test* zur Bestimmung der *reasonableness* der Vorgehensweise bei der körperlichen Untersuchung.<sup>142</sup> Die richterliche Anordnung (*warrant*) kann *probable cause* rechtfertigen; bei Gefahr im Verzug darf die Polizei eine körperliche Untersuchung anordnen, aber diese Entscheidung muss ebenfalls auf *probable cause* basieren. Zur Bestimmung, ob Gefahr im Verzug vorliegt bzw. ob die Polizei ihre Eilkompetenz rechtmäßig angewandt hat, nimmt die Rechtsprechung in der Regel eine *totality of the circumstances*-Analyse unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls vor.<sup>143</sup> Die *reasonableness* der Vorgehensweise lässt sich in jedem Einzelfall durch Abwägung (*balancing test*) der privaten Interessen und der sozialen Interessen am Prozess entscheiden.<sup>144</sup> Bei der Abwägung kommen weiterhin in Betracht: die Gefahr für die individuelle Sicherheit und Gesundheit, der Eingriff in die individuellen Interessen an der persönlichen Privatsphäre, die körperliche Integrität und die sozialen Interessen an Verurteilung bzw. Freispruch.<sup>145</sup> Außerdem wird auch das Subsidiaritätsprinzip gelegentlich in die Erwägung einbezogen.<sup>146</sup> Dabei wird auch jeweils im Einzelfall die *totality of the circumstances* betrachtet.<sup>147</sup>

Dass die körperliche Untersuchung von einem Nichtarzt durchgeführt wird, stellt sich im US-amerikanischen Recht nicht als problematische Konstellation dar. Vielmehr wird gefragt, ob der körperliche Eingriff von medizinischem Personal in einem medizinischen Umfeld nach anerkannter medizinischer Praxis durchgeführt wird.<sup>148</sup> Wenn die Polizisten von vornherein wussten, dass der Vornehmende kein Arzt ist, muss es nicht grundsätzlich zu einem Verwertungsverbot führen, wenn der Beschuldigte sich erzwungenermaßen einer körperlichen Untersuchung unterzieht.<sup>149</sup> Die Rechtsprechung neigt eher dazu, die Polizisten durch interne Mittel zu sanktionieren als Beweisverwertungsverbote anzunehmen.<sup>150</sup>

---

<sup>142</sup> Siehe oben Zweiter Teil, II.D.4.a).

<sup>143</sup> Z.B. *State v. McNeely*, 358 S.W.3d 65, 74 (2012).

<sup>144</sup> *Winston v. Lee*, 470 U.S. 753, 760 (1985).

<sup>145</sup> *Winston v. Lee*, 470 U.S. 753, 761–763 (1985).

<sup>146</sup> *Spencer v. Roche*, 659 F.3d 142, 147 (2011); *U.S. v. Cameron*, 538 F.2d 254, 258 (1976); *Jauregui v. Superior Court*, 179 Cal. App. 3d 1160, 1167 (1986).

<sup>147</sup> Vgl. *State v. Diaz*, 144 Idaho 300, 303 (2007).

<sup>148</sup> Vgl. *People v. Bracamonte*, 15 Cal. 3d 394, 405 (1975).

<sup>149</sup> *People v. Mateljan*, 129 Cal. App. 4th 367, 376 (2005).

<sup>150</sup> *People v. Mateljan*, 129 Cal. App. 4th 367, 377 (2005).

Die Standards für die Rechtmäßigkeit der körperlichen Untersuchung des Beschuldigten gelten auch bei der körperlichen Untersuchung anderer Personen. Fehler bei der körperlichen Untersuchung anderer Personen können aber kein Verwertungsverbot gegenüber dem Beschuldigten herbeiführen, da nur diese Personen als Inhaber des Rechts aus dem 4. Zusatzartikel den Ausschluss der durch Rechtsverletzung erlangten Beweise im Verfahren gegen sie geltend machen können.<sup>151</sup> Ein Verweigerungsrecht aus familiärem Grund, also aus familiären Privilegien, gibt es im US-amerikanischen Recht nicht, weil die Privilegien nur für Aussagen, nicht aber für körperliche Beweise gelten.<sup>152</sup>

Es gibt zwei Arten von Rechtfertigung für DNA-Analysen: *special need* und *totality of the circumstances*. Meistens wird nur Letztere angewandt und über die Rechtmäßigkeit der DNA-Analyse im Wege einer Interessenabwägung entschieden.<sup>153</sup> Häufig ergibt sich aus dieser Abwägung im konkreten Fall, dass die DNA-Analyse rechtmäßig und ihr Ergebnis verwertbar ist. Wenn die DNA-Analyse außerhalb der gesetzlichen Zweckbindung, der sogenannten Identifikation (*identification*),<sup>154</sup> durchgeführt wird, ist sie zu untersagen. Die rechtswidrige Entnahme des Materials kann auch für eine spätere DNA-Analyse ein Verwertungsverbot auslösen.<sup>155</sup> Durch Täuschung erlangtes Material für eine DNA-Analyse muss nicht zu einem Verwertungsverbot des Ergebnisses der Analyse führen.<sup>156</sup> Bei durch Zwangsanwendung erlangtem Material für eine DNA-Analyse wird über die *reasonableness* dieser Vorgehensweise und die Verwertbarkeit des Ergebnisses der DNA-Analyse wiederum durch eine Interessenabwägung entschieden.<sup>157</sup> Der 4. Zusatzartikel gilt auch für die Entnahme von Material zwecks einer DNA-Analyse. Im konkreten Fall wird die Entscheidung für die Entnahme von Material zur DNA-Analyse entweder indirekt einer richterlichen Prüfung unterzogen oder im Wege der Interessenabwägung geprüft, ob sie *reasonable* ist.<sup>158</sup> Die Einwilligung des Betroffenen kann die Anforderungen aus den Gesetzen und dem 4. Zusatzartikel entfallen lassen; dies setzt aber meist keine Belehrung voraus.

### c) Vergleich

Sowohl im deutschen als auch im US-amerikanischen Recht wird die körperliche Untersuchung des Beschuldigten grundsätzlich vom Richter angeordnet; bei Gefahr

---

<sup>151</sup> Dressler/Michaels, Understanding Criminal Procedure, 6. Aufl., Band I, S. 321.

<sup>152</sup> Vgl. Weinstein/Berger, Weinstein's Federal Evidence, Band III, Stand: 2014, § 505.05[2].

<sup>153</sup> Siehe oben Zweiter Teil, II.D.4.c)aa).

<sup>154</sup> 42 U.S.C. § 14132 (b)(3)(A).

<sup>155</sup> Vgl. *Wilson v. Maryland*, 132 Md. App. 510 (2000).

<sup>156</sup> Vgl. *People v. Gibson*, 17 N.Y.3d 757 (2011).

<sup>157</sup> Vgl. *People v. Smith*, 95 A.D.3d 21 (2012).

<sup>158</sup> Siehe oben Zweiter Teil, II.D.4.c)bb).

im Verzug kann sie auch durch die Ermittlungsbehörden angeordnet werden. Ob die Anordnung von den Ermittlungsbehörden aufgrund ihrer Eilkompetenz rechtmäßig getroffen wird, ist in beiden Rechtsordnungen auf Basis der konkreten Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. Im deutschen Recht soll die Vorgehensweise bei der körperlichen Untersuchung den Grundsätzen eines an Gerechtigkeit und Billigkeit orientierten Verfahrens entsprechen.<sup>159</sup> Das US-amerikanische Recht kennt die Bedingung, dass die Vorgehensweise bei der körperlichen Untersuchung *reasonable* sein muss. Trotz dieser unterschiedlichen Ausdrücke für die Rechtmäßigkeit der Vorgehensweise haben beide Rechtsordnungen im Wesentlichen für die körperliche Untersuchung gleiche Standards – im Wege der Interessenabwägung – gesetzt.

Die körperliche Untersuchung anderer Personen als des Beschuldigten ist in beiden Rechtsordnungen unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. Eine Verletzung der Voraussetzungen kann sowohl im deutschen als auch im US-amerikanischen Recht grundsätzlich kein Verwertungsverbot gegenüber dem Beschuldigten herbeiführen, weil im deutschen Recht der Rechtskreis des Beschuldigten dadurch nicht berührt wird und im US-amerikanischen Recht der Beschuldigte kein Inhaber des verletzten Rechts ist. Davon ausgenommen ist aber im deutschen Recht die Fallkonstellation, in der die Belehrung über das Weigerungsrecht aus § 52 StPO fehlt. In diesem Fall ist ein Beweisverwertungsverbot anzunehmen, da das Weigerungsrecht den Rechtskreis des Beschuldigten tangiert.

Bei DNA-Analysen ist eine die Zweckbindung übergreifende Analyse in beiden Rechtsordnungen untersagt und kann zu einem Verwertungsverbot führen. Die rechtswidrige Entnahme von Material durch eine körperliche Untersuchung kann in beiden Rechtsordnungen für ein Verwertungsverbot der an dem Material später ausgeführten DNA-Analyse sorgen. Die Anordnung der DNA-Analyse steht nach deutschem Recht grundsätzlich dem Richter zu, nur bei Gefahr im Verzug dürfen die Ermittlungsbehörden sie anordnen. Dies gilt ähnlich auch im US-amerikanischen Recht. Obwohl es in den USA spezielle Gesetze für die DNA-Analyse gibt, nach denen die Staatsanwaltschaft schon nach der Festnahme oder Verhaftung des Beschuldigten Material von ihm zwecks DNA-Analyse entnehmen darf, unterwirft man die DNA-Analyse dem 4. Zusatzartikel. Die Entscheidung zur DNA-Analyse wird entweder indirekt von einem Richter bei Erlass des Haftbefehls geprüft oder bei Gefahr im Verzug einem *balancing test* unter Berücksichtigung der Umstände des Falles unterzogen, um die Rechtmäßigkeit bzw. *reasonableness* dieser Maßnahme bzw. der polizeilichen Entscheidung bestimmen zu können.

Jedoch gibt es auch einige auffällige Unterschiede.

Der erste betrifft das Weigerungsrecht bei der körperlichen Untersuchung anderer Personen. Im deutschen Recht ergibt sich ein solches Weigerungsrecht aufgrund

---

<sup>159</sup> LR-Krause, 27. Aufl., § 81a Rn. 98; Meyer-Goßner/Schmitt, § 81a Rn. 33.



des Zeugnisverweigerungsrechts aus familiärem Grund. Personen, die zur Zeugnisverweigerung berechtigt sind, dürfen die körperliche Untersuchung ablehnen. Bezüglich des Weigerungsrechts bei der körperlichen Untersuchung kann ein Verwertungsverbot wie bei der Zeugenvernehmung entstehen, wenn die Belehrung über das Weigerungsrecht fehlt oder fehlerhaft ist.<sup>160</sup> Im US-amerikanischen Recht gibt es ein solches generelles Weigerungsrecht allerdings nicht. Das Zeugnisverweigerungsrecht aus familiärem Grund ergibt sich aus familiären Privilegien, vor allem aus dem *husband-wife privilege*; diese gelten aber nur für Aussagen, nicht für die körperliche Untersuchung.<sup>161</sup> Damit zeigt sich, dass der Schutz der Familienbande des Beschuldigten im deutschen Strafverfahren größer ist als im US-amerikanischen Strafverfahren. Das deutsche Recht stellt nicht nur mehr Familienmitglieder unter den Schutz des Zeugnisverweigerungsrechts, es erweitert diesen Schutz vielmehr auch auf den Bereich der körperlichen Untersuchung. Das US-amerikanische Recht erkennt allgemein nur für den Ehepartner ein Zeugnisverweigerungsrecht an. Es verleiht diesem zwar das Recht, das Zeugnis zu verweigern, nicht aber die körperliche Untersuchung abzulehnen.

Ein weiterer Unterschied bezieht sich auf die Einwilligung der Betroffenen zur DNA-Analyse. Diese Einwilligung kann in beiden Ländern die Voraussetzung für die DNA-Analyse sein, so dass z.B. die richterliche Anordnung nach dem deutschen Recht oder die Anforderung nach dem 4. Zusatzartikel zur US-Bundesverfassung entfallen kann. Allerdings setzt eine gültige Einwilligung im deutschen Recht voraus, dass die Betroffenen über den Verwendungszweck der erhobenen Materialien belehrt werden.<sup>162</sup> In Deutschland will der Staat den Betroffenen ausführlich informieren, bevor er von ihm die Einwilligung in den körperlichen Eingriff erhält. Wird diese Belehrungspflicht bewusst verletzt, kann dies zu einem Verwertungsverbot führen.<sup>163</sup> Eine vergleichbare Belehrungspflicht, bevor die Betroffenen ihre Einwilligung geben, besteht bei der DNA-Analyse im US-amerikanischen Recht nicht.<sup>164</sup> Durch das Instrument der Rechtsbelehrung betont das deutsche Recht wieder ausdrücklich die Fürsorgefunktion des Staates, die dem Schutz der individuellen Rechte dient.

Noch wichtiger als diese beiden Unterschiede ist ein dritter: Er bezieht sich auf die Vorgehensweise bei der körperlichen Untersuchung des Beschuldigten. Wie erwähnt, verwenden beide Rechtsordnungen bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Vorgehensweise im Wesentlichen den gleichen Standard. Jedoch werden in beiden Rechtsordnungen unterschiedliche Fragestellungen gefordert. Im deutschen

---

<sup>160</sup> BGHSt 12, 235, 242; BGHSt 36, 217, 220; vgl. auch BGH NSTz 1996, 95, 96.

<sup>161</sup> Vgl. *Weinstein/Berger*, Weinstein's Federal Evidence, Band III, Stand: 2014, § 505.05[2].

<sup>162</sup> KK-Senge, § 81f Rn. 3; Meyer-Goßner/Schmitt, § 81f Rn. 2.

<sup>163</sup> SK-StPO/Rogall, 5. Aufl., § 81f Rn. 28.

<sup>164</sup> Siehe oben Zweiter Teil, II.D.4.c)bb).

Recht wird die Blutentnahme durch einen Nichtarzt als eine Fallgruppe diskutiert, weil die deutsche Strafprozessordnung eindeutig vorgeschrieben hat, dass die körperliche Untersuchung von einem Arzt durchgeführt werden soll. Eine fahrlässige Verletzung dieser Vorschrift muss dennoch nicht unbedingt zu einem Verwertungsverbot führen, wenn man unter Berücksichtigung der Umstände des konkreten Falls die betroffenen Interessen abwägt. Wenn allerdings die Polizei schon wusste, dass der Entnehmende kein Arzt ist, und den Beschuldigten dennoch zur Blutentnahme gezwungen hat, verletzt dies die Grundsätze des an Gerechtigkeit und Billigkeit orientierten Verfahrens und lässt ein Verwertungsverbot zu.<sup>165</sup>

Im US-amerikanischen Recht wird diese Fallgruppe nicht diskutiert, vielmehr wird bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Blutentnahme danach gefragt, ob der körperliche Eingriff von medizinischem Personal in einem medizinischen Umfeld nach anerkannter medizinischer Praxis durchgeführt wird.<sup>166</sup> Trotz der üblichen Regelungen der Bundesstaaten, dass nur ein Arzt oder qualifiziertes Fachpersonal eine Blutprobe entnehmen darf,<sup>167</sup> stellt eine Verletzung dieser Vorschriften keine Verletzung der Verfassung dar.<sup>168</sup> Ein Verwertungsverbot lässt sich daher nur schwer anerkennen. Noch bemerkenswerter ist, dass auch dann kein Verwertungsverbot anzunehmen ist, wenn die Polizei von der Identität des Nichtarztes wusste und den Beschuldigten dennoch zur Duldung der Blutentnahme gezwungen hat.<sup>169</sup> In dieser Hinsicht verhält sich also das US-amerikanische Recht anders als das deutsche Recht.

Der Grund für diesen Unterschied besteht einerseits darin, dass es kein kodifiziertes Gesetz für das Strafverfahren in den USA gibt und Beweisverwertungsverbote sich grundsätzlich nur aus Verletzungen der Verfassungsrechte ergeben können. Die Verfassung erwähnt zwar Zwangsmaßnahmen sehr prägnant. Eine Regelung der Blutentnahme nur durch einen Arzt lässt sich aber nicht als Verfassungsvorschrift qualifizieren, und bei ihrer Verletzung kann somit meist kein Verwertungsverbot entstehen. Andererseits vertritt das US-amerikanische Recht hier eine andere Ansicht als in seiner gängigen Auffassung zur *Exclusionary Rule*, nämlich durch Beweisausschluss die Polizei vor rechtswidrigem Handeln abzuschrecken. Bei Verletzung der Regel, dass eine Blutentnahme vom Arzt vorgenommen werden soll, neigt die US-amerikanische Rechtsprechung dazu, durch interne Mittel, beispielsweise interne Ermittlung, Schulungen oder Disziplinierungsmaßnahmen, die Polizei zu sanktionieren oder die Polizei der Zivilklage aussetzen zu lassen. Diese Haltung der Rechtsprechung mag zeigen, dass im US-amerikanischen Recht auch interne Sank-

<sup>165</sup> Vgl. BGHSt 24, 125, 131.

<sup>166</sup> Vgl. *People v. Bracamonte*, 15 Cal.3d 394, 405 (1975).

<sup>167</sup> Am. Jur. 2d, Automobiles and Highway Traffic § 353.

<sup>168</sup> *People v. Mateljan*, 129 Cal. App. 4th 367, 376 (2005); *People v. McHugh*, 119 Cal. App. 4th 202, 213 (2004).

<sup>169</sup> *People v. Mateljan*, 129 Cal. App. 4th 367, 376 (2005).

tionen gegen polizeiliche rechtswidrige Handlungen einen gewissen Platz finden können – zusätzlich zur *Exclusionary Rule*, die bereits die Abschreckung der Polizei erzielen soll. Des Weiteren zeigt sich, dass sowohl der Ausschluss der rechtswidrig erlangten Beweise als auch interne Sanktionen Mittel zur Prävention des rechtswidrigen Handelns der Strafverfolgungsbehörden sein können. Das deutsche und das US-amerikanische Recht haben beide Mittel in ihrer jeweiligen Rechtsordnung zur Verfügung, wenden sie jedoch mit unterschiedlicher Präferenz an.

#### *d) Reformüberlegungen für China*

Wie bei anderen Zwangsmaßnahmen weist das chinesische Recht auch bei der Regelung der körperlichen Untersuchung erhebliche Lücken auf.

Bei der körperlichen Untersuchung des Beschuldigten kennt das chinesische Recht, anders als das deutsche und das US-amerikanische, keinen Richtervorbehalt. Die Ermittlungspersonen können praktisch allein entscheiden, ob eine körperliche Untersuchung des Beschuldigten vorzunehmen ist. Um der Willkür der Ermittlungspersonen vorzubeugen, wäre es für das chinesische Recht notwendig, bei dieser Maßnahme einen Richtervorbehalt vorzuschreiben. Aber diese Reform stößt, wie bei den Reformvorschlägen zur Durchsuchung erwähnt, in China auf verfassungsrechtliche Schwierigkeiten.

Über die Rechtmäßigkeit der Vorgehensweise bei einer körperlichen Untersuchung des Beschuldigten entscheiden das deutsche und das US-amerikanische Recht wesentlich im Wege der Interessenabwägung im konkreten Fall. Wenn die Rechtmäßigkeit verneint wird, ist grundsätzlich ein Verwertungsverbot anzunehmen. Diesbezüglich hat der chinesische Oberste Volksgerichtshof nur einen für alle körperlichen Untersuchungen gültigen Grundsatz in § 89 seiner Erklärungen geäußert, nämlich dass die Ergebnisse der körperlichen Untersuchung verwertet werden dürfen, es sei denn, die Rechtswidrigkeit ist offensichtlich schwer und es wurden keine vernünftigen Erklärungen dazu abgegeben. Es gibt keine genaue offizielle Definition des Begriffs „offensichtlich schwere Rechtswidrigkeit“. Eine solche Definition sollte sich nach hier vertretener Ansicht sowohl auf den objektiven als auch auf den subjektiven Aspekt der offensichtlich schweren Rechtswidrigkeit beziehen. Allerdings sollte die chinesische Rechtsprechung auch unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falles im Wege der Interessenabwägung über die Rechtmäßigkeit der Vorgehensweise bei der körperlichen Untersuchung und die Verwertbarkeit dieser Untersuchung entscheiden, so etwa wenn die Ermittlungspersonen extreme Gewalt bei der körperlichen Untersuchung angewandt haben oder willkürlich den Beschuldigten einer Blutprobenentnahme unterziehen, obwohl ein Atemtest ausreichend hätte sein können. Beides kann bei der Interessenabwägung zu einem Verwertungsverbot führen. Konkret wird vorgeschlagen, dass die chinesische Strafprozessordnung die Blutprobenentnahme durch einen Arzt vorschreibt, da die übliche Blutprobenentnahme durch die Polizei zu gesundheitlichen

Risiken für die Betroffenen führen kann; dies sollte für die körperlichen Untersuchungen sowohl des Beschuldigten als auch anderer Personen gelten.

Die chinesische Strafprozessordnung schränkt die körperliche Untersuchung anderer auf das Tatopfer ein. In der Praxis werden aber oft auch andere Personen als das Tatopfer einer körperlichen Untersuchung unterzogen. Es ist daher notwendig, dass die chinesische Strafprozessordnung die Definition der Zielpersonen der körperlichen Untersuchung über den Beschuldigten und das Tatopfer hinaus um sonstige Personen erweitert. Dabei sollte ein Weigerungsrecht aufgrund des Zeugnisverweigerungsrechts aus familiärem Grund anerkannt werden, sofern das Zeugnisverweigerungsrecht bei der Zeugenvernehmung in China eingeführt würde. Mit dem Beschlagnahmeverbot bei Familienmitgliedern des Beschuldigten und ihrem Weigerungsrecht im Hinblick auf die körperliche Untersuchung könnte das Zeugnisverweigerungsrecht aus familiärem Grund umfassende effektive Geltung erhalten. Die familiären Interessen des Beschuldigten dürfen nicht dem Interesse der Wahrheitsfindung geopfert werden. Auch ist eine Belehrung über das Weigerungsrecht erforderlich. Das chinesische Recht erkennt seit langem kein Zeugnisverweigerungsrecht für die Familienmitglieder des Beschuldigten an, und das staatliche Interesse an der Ermittlung hat oft vor allen anderen Interessen absoluten Vorrang. Daher liegt ein Weigerungsrecht aus familiärem Grund allgemein nicht im Blickfeld des Gesetzgebers. Eine Fürsorgepflicht des Staates drängt sich aber regelrecht auf. Fehlt dann die Belehrung über das Weigerungsrecht, könnte dies zu einem Verwertungsverbot führen. In diesem Fall hat der Staat nicht nur seine Fürsorgepflicht verletzt, sondern auch das Unwissen der Betroffenen zur Wahrheitsfindung ausgenutzt.

DNA-Analysen werden in der chinesischen Praxis oft angewandt, ohne in der chinesischen Strafprozessordnung deutlich erwähnt zu werden, und als eine Art der körperlichen Untersuchung betrachtet. Da eine DNA-Analyse mehr persönliche Daten als die sonstigen körperlichen Untersuchungen betrifft, ist es notwendig, spezielle Vorschriften über die DNA-Analyse zu erlassen. Dabei sollte vorgeschrieben werden, was genau mit einer DNA-Analyse festzustellen ist und welcher Zweckbindung die DNA-Analyse unterliegt. Der Verstoß gegen die Zweckbindung sollte zu einem Verwertungsverbot führen. Denn die Durchführung einer DNA-Analyse zu einem anderen Zweck als dem gesetzlich vorgeschriebenen wäre ein schwerer Eingriff in das Persönlichkeitsrecht und die Privatsphäre. Die Anordnung der DNA-Analyse sollte wie bei anderen Zwangsmaßnahmen auch dem Richter vorbehalt unterworfen werden.

#### 4. Beweisverwertungsverbote bei der Telekommunikationsüberwachung

##### a) Deutschland

Da die Telekommunikationsüberwachung in das Fernmeldegeheimnis und das allgemeine Persönlichkeitsrecht eingreift, sind die diesbezüglichen Vorschriften restriktiv auszulegen. Telekommunikation, die von bestimmten Zeugnisverweigerungsrechten aus beruflichen oder dienstlichen Gründen betroffen ist, darf nach § 160a Abs. 1 StPO weder überwacht noch verwertet werden. Bei der Anordnung und Durchführung der Telekommunikationsüberwachung sind die gesetzlichen Vorschriften streng einzuhalten. Verstöße bezüglich der Voraussetzungen der Anordnung können zu Verwertungsverböten führen, z.B. bei einer polizeilichen Anordnung oder bewussten Umgehung des Richtervorbehalts, ferner bei Fehlen einer wesentlichen sachlichen Voraussetzung, beispielsweise wenn es sich nicht um eine Katalogtat nach § 100a Abs. 2 StPO handelt oder der Subsidiaritätsgrundsatz verletzt wird.<sup>170</sup> Nicht jeder Fehler zieht aber ein Verwertungsverbot nach sich. Bei Fehlern wie der fehlerhaften Begründung des gerichtlichen Anordnungs- oder Bestätigungsbeschlusses oder der Fristüberschreitung wird eine Interessenabwägung zur Bestimmung der Verwertbarkeit der Überwachung gemäß dem Verhältnismäßigkeitsprinzip vorgenommen.<sup>171</sup> Es muss nicht notwendig ein Verwertungsverbot entstehen. Andererseits kann die Anwendung von Täuschung bei der Telekommunikationsüberwachung den Grundsatz des rechtsstaatlichen Verfahrens verletzen und somit zu einem Verwertungsverbot führen.<sup>172</sup> Auch hierbei wird in der Rechtsprechung eine Interessenabwägung vorgenommen.

Wenn bei einer Telekommunikationsüberwachung allein Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt werden, ist die Maßnahme unzulässig. Erkenntnisse aus dem Kernbereich dürfen weder als Beweis verwertet noch als Anlass (Spurenansatz) zu weiteren Ermittlungen verwendet werden.<sup>173</sup> Ob die Kommunikation zum Kernbereich gehört, hängt nach der Rechtsprechung davon ab, „in welcher Art und Intensität sie aus sich heraus die Sphäre Anderer oder Belange der Gemeinschaft berührt“.<sup>174</sup> Oft handelt es sich um Gespräche zwischen Personen des höchstpersönlichen Vertrauensbereichs.<sup>175</sup> Allerdings ist der Personenkreis, bei dem eine Vermutung für kernbereichsrelevante Gespräche besteht, nicht identisch mit dem Kreis der Zeugnisverweigerungsberechtigten; sie decken

---

<sup>170</sup> Siehe oben Erster Teil, II.D.4.b).

<sup>171</sup> Siehe oben Erster Teil, II.D.4.b).

<sup>172</sup> Z.B. BGHSt 31, 304.

<sup>173</sup> Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 2500b; SK-StPO/Wolter/Greco, 5. Aufl., § 100a Rn. 63; LR-Hauck, 26. Aufl., § 100a Rn. 153; LG Ulm, StV 2006, 8, 9.

<sup>174</sup> BVerfG NJW 2005, 2603, 2612.

<sup>175</sup> Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 2488. Vgl. BVerfGE 109, 276, 322; LR-Hauck, 26. Aufl., § 100a Rn. 135.

sich nur teilweise.<sup>176</sup> Wenn die Kommunikation in Bezug zu einer Straftat steht, gehört sie keinesfalls zum Kernbereich.<sup>177</sup>

Zufallsfunde bei der Telekommunikationsüberwachung können nach § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO nur dann zu Beweis Zwecken in anderen Verfahren verwendet werden, wenn in diesen zur Aufklärung einer Katalogtat nach § 100a Abs. 2 StPO auch eine Telekommunikationsüberwachung hätte angeordnet werden dürfen. Die Verwertbarkeit der Zufallsfunde ist dadurch bedingt, dass die Zufallsfunde weitere Katalogtaten des Beschuldigten oder eines Dritten betreffen. Allerdings bestehen auch hier Ausnahmen, wenn sich die zufällig bei der Überwachung erlangten Informationen auf eine Nichtkatalogtat beziehen und diese engen Bezug zu der die Telekommunikationsüberwachung veranlassenden Katalogtat hat oder mit der Katalogtat des § 129 StGB (Bildung krimineller Vereinigungen) im Zusammenhang steht.<sup>178</sup> Im letzten Fall sind die Zufallsfunde verwertbar, und zwar unabhängig davon, ob das Vergehen nach § 129 StGB nachgewiesen werden kann oder ob deswegen Anklage erhoben wird.<sup>179</sup> In dieser Hinsicht wird das Strafverfolgungsinteresse im deutschen Recht besonders stark betont. Darüber hinaus besteht hier noch der Grundsatz des Spurenansatzes, nach dem Zufallsfunde, die weder eine Katalogtat betreffen noch mit der Anlasstat im Zusammenhang stehen, dennoch zur Einleitung weiterer Ermittlungen bezüglich der zufällig entdeckten Straftat verwendet werden dürfen.<sup>180</sup> Der Spurenansatz und die Ausnahmen vom Grundsatz des § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO haben die Beschränkungen bezüglich der Verwendung von Zufallsfunden gemäß § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO stark relativiert.

#### b) USA

Wegen des Unterschieds der Rechtssysteme entspricht die Telekommunikationsüberwachung im US-amerikanischen Recht der *interception of wire communication* und der *interception of electronic communication*. Für diesen Bereich gibt es Spezialgesetze, die aufgrund des Schutzes der individuellen Privatsphäre ebenfalls restriktiv auszulegen sind. Gleichwohl ist der Schutz der individuellen Privatsphäre bei der amerikanischen Telekommunikationsüberwachung sichtlich begrenzt. Das erweist sich zuerst daran, dass die *interception of electronic communication* nicht nur bei der Ermittlung aller Straftaten eingesetzt werden kann,<sup>181</sup> sondern auch daran, dass eine Rechtsverletzung bei der *interception of electronic communication* kein

<sup>176</sup> BVerfG NJW 2007, 2753, 2756; BVerfGE 109, 276, 322.

<sup>177</sup> BVerfG NJW 2005, 2603, 2612.

<sup>178</sup> Siehe oben Zweiter Teil, II.D.4.d)bb).

<sup>179</sup> BGHSt 28, 122, 127 und 129.

<sup>180</sup> BVerfG NJW 2005, 2766; BGHSt 27, 355, 358; OLG München wistra 2006, 472, 474; BGH StV 1998, 247, 248; vgl. auch Meyer-Goßner/Schmitt, § 477 Rn. 5a. Kritisch SK-StPO/Weßlau, 4. Aufl., § 477 Rn. 27.

<sup>181</sup> Carr/Bellia, Law of Electronic Surveillance, § 1:14.

Verwertungsverbot nach sich zieht.<sup>182</sup> Zweitens ist die Erlangung der Informationen über Umstände der Kommunikation (*wire communication* und *electronic communication*) durch ein *pen register* oder durch *trap and trace devices* nicht als eine Durchsuchung (*search*) anzusehen, da solche Informationen keinen berechtigten Anspruch auf Privatsphäre (*reasonable expectation of privacy*) haben. Ein Verwertungsverbot kann bei einer Verletzung des „*Pen/Trap*“ *statute* nicht entstehen.<sup>183</sup> Drittens gibt es bei der Überwachung grundsätzlich kein absolutes Erhebungs- und Verwertungsverbot bezüglich der privilegierten Kommunikation.<sup>184</sup>

Längst nicht jeder Fehler bei der Anordnung oder Durchführung der Überwachung hat ein Verwertungsverbot zur Folge.<sup>185</sup> Nur bei gewichtigen Verstößen können Verwertungsverbote anerkannt werden. Dabei wird gefragt, ob der Verstoß Regelungen betrifft, die direkt dem Schutz der Privatsphäre oder maßgeblich der Beschränkung der Durchführung der Überwachung dienen,<sup>186</sup> ob die verletzte Regelung eine wichtige Rolle im Spezialgesetz spielt<sup>187</sup> oder ob der Fehler den Erlass der Anordnung beeinflussen kann.<sup>188</sup> Diese Fragen lassen sich nur unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls beantworten. In der Rechtsprechung gibt es dazu einige Fallgruppen,<sup>189</sup> z.B. Verstöße bezüglich der *probable cause*-Anforderung bei der Anordnung. Zur Begründung von *probable cause* soll der Antrag vier Kriterien erfüllen: diese betreffen die jeweilige Katalogtat, die zu überwachenden Einrichtungen oder den zu überwachenden Ort, die Art der Kommunikation und die Identifikation der zu überwachenden Personen. Jedoch praktiziert die Rechtsprechung diese vier Elemente relativ großzügig.<sup>190</sup> Eine genaue und detaillierte Beschreibung der vier Elemente wird oft nicht als erforderlich erachtet. Diese Praxis gewährt der Polizei bei der Überwachung einerseits eine gewisse Flexibilität, andererseits unterliegt der daraus resultierende Eingriff in die Privatsphäre nur wenigen Beschränkungen.

Einen absoluten Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung gibt es im US-amerikanischen Recht nicht. Die Abgrenzung von der nicht zu überwachenden Kommunikation wird im US-amerikanischen Recht durch eine „Minimierungsanweisung“ geregelt, nach der die für den zu ermittelnden Fall irrelevanten Kommunikationsteile nicht zu überwachen sind.<sup>191</sup> Dabei wird der Begriff Relevanz weit-

---

<sup>182</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 1:14; § 6:41.

<sup>183</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 1:27.

<sup>184</sup> Vgl. *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 5:6.

<sup>185</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 6:38.

<sup>186</sup> Vgl. *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 6:39.

<sup>187</sup> *U.S. v. Giordano*, 416 U.S. 505, 527, 528 (1974); *U.S. v. Chavez*, 416 U.S. 562 (1974).

<sup>188</sup> *U.S. v. Acon*, 513 F.2d 513, 517 (1975); *U.S. v. Eugene*, 451 F.3d 578, 584 (2006).

<sup>189</sup> Siehe oben Zweiter Teil, II.D.5.b)aa).

<sup>190</sup> Siehe oben Zweiter Teil, II.D.5.b)aa).

<sup>191</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 5:17.

räumig ausgelegt.<sup>192</sup> Konkrete Methoden zur Erfüllung der Minimierungsanweisung haben weder der Bund noch die Bundesstaaten vorgeschrieben,<sup>193</sup> um die Praxis keiner straffen Regelung auszusetzen.<sup>194</sup> Auch privilegierte Kommunikationsteile sind nicht unantastbar und dürfen bei der Überwachung erfasst werden. Jedoch unterwirft man solche Kommunikationsteile der „Minimierung“ und lässt sie unter Berufung auf Privilegien von der Beweisverwertung ausschließen, solange sie keinen Bezug zur Straftat haben.<sup>195</sup>

Ein Verstoß gegen eine Minimierungsanweisung ruft grundsätzlich ein teilweises Verwertungsverbot hervor. Es sind daher nur die unter Verletzung der Minimierungsanweisung erfassten Kommunikationsteile auszuschließen; Kommunikationsteile, die während einer als *reasonable* angesehenen Minimierung abgehört werden, bleiben verwertbar. Allerdings können nicht alle irrelevanten Kommunikationsteile „minimiert“ werden, selbst wenn eine als *reasonable* angesehenen Minimierung vorgenommen wird. Zur Beurteilung der *reasonableness* der Minimierung hat die Rechtsprechung eigene Kriterien entwickelt.<sup>196</sup> Wenn die Minimierungsanweisung sehr schwer verletzt wird, kann dies zum vollständigen Verwertungsverbot führen.<sup>197</sup> Insgesamt hat das US-amerikanische Recht bei der Ausgrenzung der nicht zu überwachenden Kommunikationsteile zu flexiblen und pragmatischen Methoden gegriffen und in Kauf genommen, dass der Schutz der Privatsphäre dabei unter Umständen stark geschwächt wird.

Bei Zufallsfunden (sogenannten *windfall*-Beweisen) gilt der sich aus der *plain view doctrine* ergebende Grundsatz, dass diese zum Zweck der Ermittlung verwendet werden können. Zu ihrer Verwertung im Gerichtsverfahren ist ein Antrag auf Abänderung der ursprünglichen Anordnung zu stellen.<sup>198</sup> Die Verwertung von *windfall*-Beweisen im Prozess wird auf Bundesebene grundsätzlich zugelassen, unabhängig davon, ob die *windfall*-Beweise eine Katalogtat betreffen oder nicht.<sup>199</sup>

### c) Vergleich

Die Telekommunikationsüberwachung darf in beiden Ländern nur vom Richter angeordnet werden; lediglich bei Gefahr im Verzug kann der Staatsanwalt im deut-

<sup>192</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 5:17.

<sup>193</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 4:70.

<sup>194</sup> *U.S. v. King*, 335 F.Supp. 523, 538 (1971).

<sup>195</sup> Vgl. *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 5:7, § 5:10; *U.S. v. Cleveland*, 964 F.Supp. 1073, 1100, 1101 (1997); *U.S. v. Shakur*, 560 F.Supp. 318, 326 (1983).

<sup>196</sup> Siehe oben Zweiter Teil, II.D.5.c).

<sup>197</sup> *U.S. v. Cleveland*, 964 F.Supp. 1073, 1091 (1997); *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 5:21.

<sup>198</sup> 18 U.S.C. § 2517 (5).

<sup>199</sup> *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 5:26.



sehen Recht oder die Polizei im US-amerikanischen Recht eine Überwachung anordnen. Die Telekommunikationsüberwachung soll in beiden Rechtsordnungen dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprechen. Dies lässt sich auf die Subsidiaritätsklausel im deutschen Recht und die Notwendigkeitsanforderung im US-amerikanischen Recht projizieren. In beiden Rechtsordnungen werden die Vorschriften der Telekommunikationsüberwachung restriktiv ausgelegt.

Wie in beiden Rechtsordnungen allgemein anerkannt wird, kann nicht jeder Fehler bei der Anordnung oder Durchführung einer Überwachung zu einem Verwertungsverbot führen. Kleine Fehler, wie geringfügige Fristüberschreitungen, haben grundsätzlich kein Verwertungsverbot zur Folge. Das deutsche Recht nimmt dabei eine Interessenabwägung zur Bestimmung der Verwertbarkeit der Beweise vor; das US-amerikanische Recht macht die Entscheidung davon abhängig, ob die verletzte Vorschrift eine zentrale oder jedenfalls wichtige Rolle spielt oder ob der Fehler den Erlass der Anordnung beeinflussen kann. Diese Kriterien können in beiden Rechtsordnungen nur unter Berücksichtigung der Umstände des konkreten Falls zu einer Entscheidung über die Verwertbarkeit führen.

Bei Zufallsfunden räumen beide Rechtsordnungen eine möglichst umfassende Ausnutzung der zufällig erfassten Informationen ein. Wegen des Grundrechtseingriffs durch die Telekommunikationsüberwachung erlaubt das deutsche Recht die Verwertung der dadurch erlangten Informationen grundsätzlich nur im Anlassverfahren; zugleich verbietet es, die zufällig entdeckten Informationen ohne Weiteres zu verwerten. Dieser Ausgangspunkt wird aber durch den Grundsatz des § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO sowie dessen Ausnahmen in Bezug auf den Spurenansatz deutlich eingeschränkt.<sup>200</sup> So können faktisch zufällig erfasste Informationen, welche die der Überwachung zugrunde liegende Anlassstrafat nicht betreffen, im deutschen Recht zum großen Teil entweder als Beweise im Prozess verwertet oder als Spurenansatz zur Einleitung weiterer Ermittlungen verwendet werden. In den USA sind Zufallsfunde (*windfall*-Beweise) zum Zweck der Ermittlung stets verwertbar, solange eine Abänderung der Ursprungsanordnung vorliegt. Um eine richterliche Zustimmung zur Überwachung, die *windfall*-Beweise erfasst, zu bekommen, kann die Polizei den Abänderungsantrag möglichst allgemein abfassen. Eine Beschränkung hinsichtlich der Verwertung oder Verwendung der *windfall*-Beweise besteht nur darin, dass diese nicht aus einer allgemeinen *search* stammen dürfen. Diese allgemeine Beschränkung stellt sich aber wie bei der herkömmlichen Durchsuchung nur als minimale Grenze für die Überwachung dar. Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Bedeutung der Strafverfolgungsinteressen bei der Problematik der Verwertbarkeit von Zufallsfunden bei der Telekommunikationsüberwachung in beiden Rechtsordnungen in der Praxis nachdrücklich betont worden ist.

---

<sup>200</sup> Vgl. *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 36, Rn. 18.

Zwar gewähren beide Rechtsordnungen bei der Telekommunikationsüberwachung den Schutz der Privatsphäre. Aber das deutsche Recht sieht die Telekommunikationsüberwachung als einen stärkeren Eingriff in die Privatsphäre an als das US-amerikanische Recht.<sup>201</sup> Wesentliche Unterschiede zwischen beiden Rechtsordnungen hinsichtlich des Schutzes der Privatsphäre sind folgende:

Normativ betrachtet bietet das deutsche Recht mehr Schutz für die Privatsphäre als das US-amerikanische Recht. Das deutsche Recht hat nicht nur die durch bestimmte Zeugnisverweigerungsrechte aus beruflichen Gründen privilegierte Kommunikation von der Überwachung ausgeschlossen, sondern auch den Grundsatz vom absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung aufgestellt. Das US-amerikanische Recht hat hingegen, wie schon erwähnt, nur einen eng begrenzten Schutz der Privatsphäre bei der Telekommunikationsüberwachung vorgesehen. Die Erlangung von Informationen über Umstände der Telekommunikation ist zulässig; Verstöße bei der Überwachung der sonstigen Arten der Telekommunikation – außer Telefongesprächen – können keine Verwertungsverbote nach sich ziehen und lassen sich nur durch Zivilklagen kompensieren. Außerdem wird durch die zentrale Vorschrift des 18 U.S.C. § 2517 (4) der Eingriff in privilegierte Kommunikation durch Überwachung grundsätzlich erlaubt. Ein absolutes Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbot bezüglich der Privatsphäre besteht bei der Telefonüberwachung in den USA gesetzlich nicht. Der Schutz der Privatsphäre lässt sich nur in Kombination mit den Privilegien nach ihrer Inanspruchnahme geltend machen.

Im Hinblick auf Kommunikation, die der Privatsphäre zuzurechnen und von der Überwachung auszuschließen ist, hat das deutsche Recht das Kriterium der Dreistufentheorie entsprechend der Relevanz der Kommunikation für die Privatsphäre aufgestellt. Demgegenüber kennt das US-amerikanische Recht nur ein allgemeines Kriterium – die sogenannte „Minimierung“, die sich nach der Relevanz der Kommunikation für die Straftat richtet; Kommunikation, die durch ein Privileg geschützt ist, lässt sich daher aufgrund ihrer Irrelevanz für die Straftat und der Geltendmachung der Privilegien ausschließen. Zwar kann in Bezug auf Kommunikation, die nach deutschem Recht zum Kernbereich privater Lebensgestaltung gehört, z.B. das intime Gespräch zwischen einem Ehepaar, im US-amerikanischen Recht wegen Irrelevanz und aufgrund des *husband-wife privilege* ebenfalls von der Einbeziehung in die Überwachung und von der Verwertung abgesehen werden. Aber die Personen, die nach dem deutschen Recht höchstpersönliche Gespräche, die zu dem Kernbereich privater Lebensgestaltung gehören, führen können, sind zahlenmäßig mehr als diejenigen, die bei US-amerikanischer Kommunikationsüberwachung privilegierte Kommunikation gestalten können. Im deutschen Recht werden unter Umständen Gespräche zwischen engen Freunden dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zugerechnet. Diese werden in den USA nicht als privilegierte

---

<sup>201</sup> Bradley, GA 1985, 109 f.

Kommunikation angesehen. Darüber hinaus zeigen bei den die Straftat betreffenden Sozialgesprächen nach der deutschen Dreistufentheorie beide Rechtsordnungen hinsichtlich der Privatsphäre Unterschiede. Es wird im deutschen Recht durch Interessenabwägung entschieden, ob solche Gespräche verwertbar sind. Wenn der Eingriff in die Privatsphäre schwerwiegend ist und die Strafverfolgungsinteressen nicht besonders hoch sind, könnte im konkreten Fall ein Verwertungsverbot entstehen. Im US-amerikanischen Recht dürfen dagegen Sozialgespräche, die Relevanz für die Straftat haben, nach dem Kriterium der Minimierung stets von der Telefonüberwachung erfasst und verwertet werden. Damit ist der Schutzbereich der Privatsphäre nach dem US-amerikanischen Minimierungskriterium kleiner als nach der deutschen Dreistufentheorie.

In der Praxis erweist sich, dass die Vorschriften und das Kriterium bezüglich des Schutzes der Privatsphäre im deutschen Recht theoretisch und ideell sind, während die US-amerikanischen Regelungen und das Minimierungskriterium eher praktisch angelegt sind. Beide Rechtsprechungen erkennen an, dass der Inhalt der zu überwachten Kommunikation nicht vorhergesehen werden kann<sup>202</sup> und die Überwachung nicht derart durchgeführt werden kann, dass alle nicht zur Überwachung bestimmten Kommunikationsteile komplett ausgeschlossen bleiben.<sup>203</sup> Daher steht das deutsche Recht, das den unantastbaren Kernbereich von der Überwachung fernhalten will, vor dem grundsätzlichen Problem des Mischgesprächs. Es liefert keine Antwort darauf, wie ein Mischgespräch, das sowohl Kernbereichsteile als auch verwertbare Teile beinhaltet, behandelt werden soll bzw. ob es verwertet werden kann.<sup>204</sup> Es fehlen noch konkrete Regelungen für die Umsetzung des Kernbereichsschutzes in die Praxis. Die Vorschriften bezüglich des absoluten Kernbereichsschutzes erweisen sich somit als idealistisch und kaum praktisch erfüllbar.<sup>205</sup> Hingegen verzichtet das US-amerikanische Recht auf straffe Regelungen für verschiedene Situationen. Die US-amerikanische Rechtsprechung räumt ein, dass in jedem Fall die Polizei mehr oder weniger die Überwachungsanordnung missachtet und wahllos relevante und irrelevante Kommunikationsteile abgehört haben könnte.<sup>206</sup> Ein totales Verbot des Abhörens irrelevanter Kommunikationsteile ist nicht umsetzbar; es wird nur gefordert, dass sich die Polizei um eine als *reasonable* anzusehende Minimierung bemüht. Die Rechtsprechung hat einige Kriterien zur Beurteilung der *reasonableness* des Minimierungsbemühens entwickelt: Sie betreffen den Umfang der Kriminalität, die Art der Kommunikation, den Typ des zu überwachten Telefons, die Phase der Überwachung, die Gründlichkeit des Minimie-

---

<sup>202</sup> BVerfG NJW 2005, 2603, 2612.

<sup>203</sup> Vgl. *U.S. v. Goffe*, 756 F.Supp.2d 588, 592 (2011); Am. Jur. 2d, Searches and Seizures § 418.

<sup>204</sup> Ausführlich dazu siehe oben Erster Teil, II.D.4.c)bb).

<sup>205</sup> Vgl. oben Erster Teil, II.D.4.c)bb).

<sup>206</sup> *U.S. v. Principie*, 531 F.2d 1132, 1139 (1976). Ähnlich *Carr/Bellia*, Law of Electronic Surveillance, § 5:16.

rungsbemühens sowie das Ausmaß der richterlichen Aufsicht.<sup>207</sup> Um die Relevanz eines Gesprächs für eine Straftat zu prüfen und relevante Informationen aus einem Mischgespräch herauszufiltern, wird die sogenannte *two minutes up/one minute down*-Technik bei der Stichprobenentnahme angewendet. Dabei können einige irrelevante Gesprächsinhalte oder Informationen trotz der als *reasonable* angesehenen Minimierung mitgehört werden; allerdings sind die unter offensichtlichem Verstoß gegen die Minimierungsanweisung erlangten irrelevanten Gesprächsinhalte von der Verwertung auszuschließen, und die relevanten Gesprächsinhalte bleiben verwertbar. Die Vorgehensweise bei der Minimierung und das teilweise Verwertungsverbot können zwar den Schutz der Privatsphäre nur begrenzt gewährleisten, erscheinen aber realistischer als die deutsche Methode im Umgang mit einem Gespräch, das sowohl aus relevanten als auch aus irrelevanten Informationen besteht.

Angesichts der dargestellten Unterschiede bezüglich des Schutzes der Privatsphäre zwischen beiden Ländern ergibt sich Folgendes: Das deutsche Recht legt bei der Telekommunikationsüberwachung großen Wert auf den Schutz individueller Interessen und stellt für alle Konstellationen gültige Maßstäbe zu diesem Schutz auf. Jedoch erweisen sich diese Maßstäbe als schwer in die Praxis umsetzbar und somit idealistisch. Dagegen gewährt das US-amerikanische Recht bei der Telekommunikationsüberwachung nur begrenzten Schutz individueller Interessen und zieht eine pragmatische Vorgehensweise bei der Abgrenzung der Kommunikationsüberwachung vor. Dahinter steht im US-amerikanischen Recht das staatliche Interesse an effektiver Ermittlung. Die Abschreckung der Polizei durch Beweisverwertungsverbote kommt zwar auch bei der Telekommunikationsüberwachung zum Ausdruck,<sup>208</sup> ist aber kein zentrales Anliegen.

#### d) Reformüberlegungen für China

Die 2012 neu eingeführten Vorschriften über technische Ermittlungsmaßnahmen sind zwar ein großer Fortschritt, und der Gesetzgeber hat in diesem Rahmen auch den Einsatz von verdeckten Ermittlern geregelt. Hinsichtlich der Heimlichkeit haben technische Ermittlungsmaßnahmen und der Einsatz von verdeckten Ermittlern Gemeinsamkeiten. Jedoch tangiert der Einsatz von verdeckten Ermittlern die Rechte der Beschuldigten auf andere Weise als technische Ermittlungsmaßnahmen. Der Einsatz von verdeckten Ermittlern betrifft oft die Rechte der Beschuldigten bei der Vernehmung, während technische Ermittlungsmaßnahmen das Recht des Beschuldigten auf Privatsphäre berühren. Daher wäre es trennungsschärfer, den Einsatz von verdeckten Ermittlern separat zu regeln.

Der Reformvorschlag zielt, wie bei anderen Zwangsmaßnahmen, vor allem ab auf die Einführung des Richtervorbehalts bei der Telefonüberwachung und der

<sup>207</sup> Ausführliche Erörterungen siehe oben Zweiter Teil, II.D.5.c).

<sup>208</sup> *Carr/Bellia*, *Law of Electronic Surveillance*, § 6:37.

elektronischen Überwachung (das deutsche Recht verwendet den Begriff „Telekommunikationsüberwachung“). Da diese Maßnahmen im Vergleich zu anderen Zwangsmaßnahmen einen intensiveren Eingriff in die Privatsphäre darstellen, erfordern sie eher noch stärker eine vorherige richterliche Prüfung. Das allgemein anerkannte Prinzip des Richtervorbehalts stößt aber in China nach wie vor, wie schon bei den Reformvorschlägen für die Durchsuchung erwähnt,<sup>209</sup> auf verfassungsrechtliche Schwierigkeiten.

Da der Verteidiger mit dem Beschuldigten über den Fall bzw. die Straftat reden muss, ist es notwendig, den Strafverfolgungsbehörden zu verbieten, unter dem Vorwand der Straftatermittlung die Gespräche zwischen beiden abzuhören. Zu den Gesprächen gehört auch die Telekommunikation zwischen dem Beschuldigten und seinem Verteidiger. In der chinesischen Praxis ist zur Wahrung des Verteidigungsrechts das Überwachungs- und Verwertungsverbot erforderlich. Allerdings sollte dabei die auf die Förderung einer Straftat ausgerichtete Telekommunikation zwischen dem Beschuldigten und seinem Verteidiger ausgegrenzt werden.

Der Oberste Volksgerichtshof hat bezüglich der Beweiswürdigung bei diesen Maßnahmen vor allem die Überprüfung der Authentizität von Video- oder Audiodaten und elektronischen Beweisen geregelt.<sup>210</sup> Verfahrensfehler sind nach Ansicht des Obersten Volksgerichtshofs in erster Linie durch vernünftige Erklärungen zu korrigieren; erst wenn dies nicht gelungen ist, sind die betroffenen Beweise nicht verwertbar.<sup>211</sup> Der Oberste Volksgerichtshof hat hierbei kaum ein Kriterium für die Verwertbarkeit von Video- oder Audiodaten und elektronischen Beweisen, deren Erhebung dem Gesetz nicht entspricht, aufgestellt.

Bei Fehlern in Bezug auf die Anordnung oder Durchführung einer Telekommunikationsüberwachung gelten im deutschen und im US-amerikanischen Recht ähnliche Grundsätze, nämlich dass nicht jeder Fehler zu einem Verwertungsverbot führen muss und dass über die Verwertbarkeit der Beweise aus der Telekommunikationsüberwachung unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falles zu entscheiden ist. Das chinesische Recht sollte ebenfalls angesichts der konkreten Umstände des Falles entscheiden, ob ein Verwertungsverbot aufgrund eines Verfahrensfehlers anzunehmen ist. Dabei sollte berücksichtigt werden, ob die Ermittlungsbehörde den Fehler vorsätzlich oder fahrlässig begangen hat, ob durch den Verfahrensfehler eine wichtige Vorschrift verletzt wurde, ob es um eine schwere Straftat geht und ob es einen hypothetischen rechtmäßigen Weg zu den Informationen gegeben hätte.

In Bezug auf den Schutz der Privatsphäre scheint die deutsche Dreistufentheorie für das chinesische Recht nicht einfach akzeptabel zu sein; insbesondere ist der

---

<sup>209</sup> Siehe oben Vierter Teil, II.D.1.d).

<sup>210</sup> §§ 92, 93 der Erklärungen des Obersten Volksgerichtshofs zur Strafprozessordnung.

<sup>211</sup> Vgl. § 94 der Erklärungen des Obersten Volksgerichtshofs zur Strafprozessordnung.

absolut geschützte Kernbereich privater Lebensgestaltung als sehr abstrakter Begriff für chinesische Rechtsanwender wahrscheinlich schwer in die Praxis umzusetzen. Überdies können sich die chinesischen Rechtsanwender noch nicht vom Einfluss des Formalismus befreien; es fehlen ihnen Leitsätze oder konkrete Standards, um abstrakte Begriffe einsichtig zu machen und in konkreten Fällen umzusetzen. Daher wäre es hinsichtlich des Schutzes der Privatsphäre bei der Telekommunikationsüberwachung im chinesischen Recht sowohl pragmatisch als auch sinnvoll, das idealistische deutsche Recht und das flexible US-amerikanische Recht zu kombinieren. Etwas konkreter heißt das:

Der Standard der „Relevanz“ in § 150 chStPO sollte so ausgelegt werden, dass die Informationen aus der Telefonüberwachung oder der elektronischen Überwachung nicht erfasst und verwertet werden dürfen, solange sie keinen Bezug zur Strafsache haben oder die Privatsphäre betreffen. Zur letztgenannten Konstellation gehören z.B. Gespräche im engsten Familienkreis und Gespräche zwischen Personen des höchstpersönlichen Vertrauensbereichs. Dafür sollte der Oberste Volksgerichtshof anhand von Urteilen verdeutlichen, welche Gespräche dazu gehören. Werden während der Überwachung irrelevante Informationen erfasst, ist die Überwachung zu unterbrechen. Jedoch darf eine Kontrolle mit Hilfe von Stichproben erfolgen, um herauszufinden, ob die Gespräche auch die Straftat betreffen. Dafür böte sich die Anwendung der US-amerikanischen Methode – *two minutes up/one minute down* – an. Die am Ende erlangten Aufnahmen könnten sowohl relevante als auch irrelevante Informationen umfassen, da, wie die Erfahrungen aus dem deutschen und US-amerikanischen Recht bestätigen, der Inhalt der Kommunikation nicht vorhersehbar ist und irrelevante Informationen mehr oder weniger unvermeidlich miterfasst werden. In dem Fall, dass Informationen bezüglich der Straftat und der Privatsphäre synchron erfasst werden, sollte entschieden werden, ob das Gespräch im Wesentlichen von der Straftat oder von der Privatsache handelt und ob die Informationen bezüglich der Straftat für die Ermittlung wichtig sind. Wenn es im Gespräch wesentlich um die Straftat geht oder das Gespräch wichtige Informationen für die Ermittlung beinhaltet, ist es verwertbar, allerdings nur die Gesprächsteile bezüglich der Straftat.

Was Zufallsfunde aus einer Telekommunikationsüberwachung anbelangt, zeigt sich im deutschen und US-amerikanischen Recht indirekt oder direkt, dass solche Zufallsfunde sehr weitgehend verwendet werden. Es gibt zwar keine speziellen Vorschriften zu Zufallsfunden bei der Telekommunikationsüberwachung in der chinesischen Strafprozessordnung. § 152 Satz 1 chStPO lässt sich aber durchaus dahingehend interpretieren, dass Zufallsfunde aus einer rechtmäßigen Überwachung verwertbar sind.<sup>212</sup> Hinsichtlich der Verwertung von Zufallsfunden denken die drei

---

<sup>212</sup> § 152 Satz 1 chStPO schreibt vor, dass die nach den Vorschriften über technische Ermittlungsmaßnahmen erlangten Materialien im Strafverfahren als Beweise verwertet werden dürfen.

Länder also ähnlich. Hilfreich wäre es für China, die Vorwandüberwachung zu verbieten, mit der unter der fragwürdigen Begründung der Ermittlung wegen des Verdachts einer Katalogtat das Ziel verfolgt wird, Informationen über eine Nichtkatalogtat „zufällig“ zu erfassen, um diese für die Ermittlung der Nichtkatalogtat zu verwenden. Dieses Vorgehen widerspricht nicht nur dem Zweck der Telefonüberwachung und der elektronischen Überwachung, sondern auch generell dem Rechtsstaatsprinzip.

## 5. Beweisverwertungsverbote beim Einsatz technischer Mittel

### a) Deutschland

Bei der akustischen Wohnraumüberwachung sind die Voraussetzungen zwar strenger als bei der Telekommunikationsüberwachung, aber nicht jeder Fehler bei der Anordnung oder Durchführung der akustischen Wohnraumüberwachung kann zu einem Verwertungsverbot führen.<sup>213</sup> Kleine Fehler können die Verwertung der durch Überwachung erlangten Erkenntnisse nicht berühren, bei Verstößen gegen sachliche Voraussetzungen können allerdings Verwertungsverbote entstehen. Es gibt Beschränkungen wegen der Zeugnisverweigerungsrechte. So dürfen Zeugnisverweigerungsberechtigte nach § 53 StPO nicht überwacht werden. Bei Angehörigen des Beschuldigten und Berufshelfern nach §§ 52, 53a StPO gilt das Verwertungsverbot nicht absolut; die Gespräche zwischen den Angehörigen/Berufshelfern und dem Beschuldigten dürfen überwacht und verwertet werden, wenn der Eingriff in das Vertrauensverhältnis durch die akustische Wohnraumüberwachung nicht in unverhältnismäßiger Weise zum Ermittlungsinteresse wird.<sup>214</sup> Der absolut geschützte Kernbereich privater Lebensgestaltung gilt auch bei der akustischen Wohnraumüberwachung. Jedoch lässt sich dieser Kernbereich nur im Einzelfall unter Berücksichtigung der Besonderheiten identifizieren.<sup>215</sup>

In BVerfGE 109, 279 ff. werden zwei Kriterien zur Bestimmung des Kernbereichs aufgestellt: die Art der zu überwachenden Räumlichkeiten und das Verhältnis der zu überwachenden Personen zueinander. Grundsätzlich spricht bei der Überwachung von Privatwohnungen eine Vermutung dafür, dass zum Kernbereich privater Lebensgestaltung gehörige Äußerungen erfasst werden könnten.<sup>216</sup> So gehören Selbstgespräche und Gespräche ausschließlich mit besonders vertrauten Personen in der Privatwohnung zum Kernbereich. Ergibt sich während der Überwachung, dass zum Kernbereich gehörende Äußerungen erfasst werden, ist die Überwachung zu unterbrechen; nur die unter Verstoß gegen das Unterbrechungs-

<sup>213</sup> BGHSt 54, 69; KK-Bruns, § 100d Rn. 31; LR-Hauck, 26. Aufl., § 100d Rn. 63.

<sup>214</sup> Vgl. BGH NSTz 1999, 145 zum sogenannten kleinen Lauschangriff.

<sup>215</sup> BVerfGE 109, 279, 314; BVerfG NJW 2007, 2753, 2755.

<sup>216</sup> OLG Düsseldorf NSTz 2009, 54, 55.

gebot erlangten Erkenntnisse dürfen weder als Beweise noch als Spurenansatz verwertet oder verwendet werden.<sup>217</sup>

Bei der akustischen Überwachung außerhalb der Wohnung dürfen bestimmte Berufsgeheimnisträger nach § 53 StPO keiner Überwachung unterzogen werden. Die Überwachung der Gespräche zwischen dem Beschuldigten und seinen Angehörigen im Sinne von § 52 StPO ist zwar zulässig; jedoch kann ein Verwertungsverbot im Einzelfall entstehen, wenn durch Abwägung festgestellt wird, dass der Eingriff in das Vertrauensverhältnis unverhältnismäßig zum Ermittlungsinteresse ist.<sup>218</sup> Was die akustische Überwachung außerhalb der Wohnung betrifft, liegen keine Bestimmungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung vor. Im Einzelfall kann aber ein Verwertungsverbot im Wege der Interessenabwägung anerkannt werden.<sup>219</sup>

Außerhalb der Wohnung dürfen gemäß § 100h StPO ohne Wissen der Betroffenen Bildaufnahmen hergestellt oder sonstige technische Mittel zu Observationszwecken verwendet werden. Videoaufnahmen in einer nicht allgemein zugänglichen Wohnung sind verboten.<sup>220</sup> Die Maßnahmen zu Observationszwecken dürfen ebenfalls nicht gegen einige in § 53 StPO genannte Berufsgeheimnisträger gerichtet werden. Hierbei wird der Kernbereich privater Lebensgestaltung normalerweise nicht tangiert.<sup>221</sup> Grundsätzlich sind die Erkenntnisse aus diesen Maßnahmen daher unbeschränkt verwertbar.<sup>222</sup> Im konkreten Fall könnten aber die Maßnahmen zu Observationszwecken wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Verwertungsverbote herbeiführen.<sup>223</sup>

#### b) USA

Die *interception of oral communication* entspricht sowohl der akustischen Wohnraumüberwachung als auch der akustischen Überwachung außerhalb der Wohnung im Sinne des deutschen Rechts. Fast alle Vorschriften und Grundsätze für die *interception of wire communication* gelten ebenfalls für die *interception of oral communication*. Das US-amerikanische Recht kennt den berechtigten Anspruch auf Privatsphäre (*reasonable expectation of privacy*) bei der akustischen Überwachung und macht ihn grundsätzlich von zwei Fragen abhängig, nämlich ob

<sup>217</sup> BGHSt 54, 69, 96; SSW-StPO/*Eschelbach*, § 100d Rn. 17, 18; KK-*Bruns*, § 100d Rn. 29; SK-StPO/*Wolter*, 5. Aufl., § 100c Rn. 71.

<sup>218</sup> KK-*Bruns*, § 100f Rn. 12.

<sup>219</sup> BGH NSTZ 2003, 668.

<sup>220</sup> *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Rn. 2513a.

<sup>221</sup> Meyer-Goßner/*Schmitt*, § 100h Rn. 12; BVerfG NJW 2005, 1338, 1340. A.A. SK-StPO/*Wolter*, 5. Aufl., § 100h Rn. 20.

<sup>222</sup> Meyer-Goßner/*Schmitt*, § 100h Rn. 12.

<sup>223</sup> Z.B. BGH StV 1998, 169.



eine Person subjektiv den Schutz ihrer Privatsphäre erwartet und ob diese Erwartung von der Gesellschaft als gerechtfertigt anerkannt wird.<sup>224</sup> Die Rechtsprechung hat dazu im Laufe der Zeit neben diesen beiden Maßstäben einige weitere Faktoren in Betracht gezogen.<sup>225</sup> Die Feststellung eines berechtigten Anspruchs auf Privatsphäre kann allerdings nur aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls getroffen werden.<sup>226</sup> Dennoch sichert dieser Anspruch keinen absolut geschützten Bereich der Privatsphäre. Das US-amerikanische Recht erkennt bei der akustischen Überwachung keinen mit dem deutschen Recht vergleichbaren unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung an. Es gibt somit keine örtlichen Beschränkungen bei der *interception of oral communication*. Selbst im Schlafzimmer darf ein Abhörgerät installiert werden, wenn alle Voraussetzungen für eine *interception of oral communication* erfüllt sind. Inhaltlich unterliegt eine akustische Überwachung, wie bei der Telefonüberwachung, der „Minimierungsanforderung“, nach der irrelevante oder privilegierte Kommunikationsteile nicht überwacht werden dürfen.

Der Einsatz technischer Mittel zu Observationszwecken betrifft in den meisten Fällen nicht die Gesetze zur Regelung der *interception of communication*, sondern den 4. Zusatzartikel zur US-Bundesverfassung. Hier zeigt sich die Abgrenzung zwischen der *interception of communication* und der *search* im Sinne des 4. Zusatzartikels hinsichtlich des Schutzes der Privatsphäre. Anders als bei einer *interception of communication*, die grundsätzlich keinen absolut geschützten Bereich der Privatsphäre kennt, knüpft der Schutz der Privatsphäre bei der *search* gemäß dem 4. Zusatzartikel an den Bereich des Privathauses an.

In Bezug auf Verwertungsverbote beim Einsatz technischer Mittel zu Observationszwecken wird im Rahmen des 4. Zusatzartikels zuerst gefragt, ob diese Maßnahme die Privatsphäre bzw. den berechtigten Anspruch auf Privatsphäre verletzt, also ob faktisch eine *search* vorliegt. Wenn die Frage bejaht wird und keine richterliche Anordnung erfolgt, wird ein Verwertungsverbot angenommen. Ob sich der Einsatz eines technischen Mittels als eine *search* darstellt, wird angesichts der Eigenschaft des technischen Mittels und des zu observierenden Ortes zu beantworten sein.<sup>227</sup> Eine *search* könnte anerkannt werden, wenn ein nicht allgemein benutztes, oft auch kompliziertes technisches Mittel zur Beobachtung des Innenraums eines Hauses eingesetzt würde.<sup>228</sup> Wenn außerhalb des Hauses (einschließlich der *curtilage*), also im *open field* im Sinne des US-amerikanischen Rechts, allgemein benutzte technische Mittel wie Bildaufnahme, Videoaufnahme oder Videoüberwachung eingesetzt werden, liegt grundsätzlich kein Verstoß gegen den 4. Zusatz-

---

<sup>224</sup> *Katz v. U.S.*, 389 U.S. 347, 361 (1967).

<sup>225</sup> Siehe Anm. 808 oben Zweiter Teil, II.D.6.a) bezüglich *Kee v. City of Rowlett, Tex.*, 247 F.3d 206 (2001).

<sup>226</sup> *Kee v. City of Rowlett, Tex.*, 247 F.3d 206, 213, 214 (2001).

<sup>227</sup> *U.S. v. Knotts*, 460 U.S. 276 (1983).

<sup>228</sup> *Z.B. Kyllo v. U.S.*, 533 U.S. 27 (2001).

artikel vor, da sich niemand im *open field* auf den Schutz der Privatsphäre verlässt.<sup>229</sup> Die Erkenntnisse aus dieser Observation fallen unter *plain view*. Jedoch kann ein Eingriff in die Privatsphäre entstehen, wenn mit allgemein benutzten technischen Mitteln, z.B. einer Kamera, von einem öffentlichen Ort aus in den Außenbereich rings um ein Haus langfristig hineinobserviert wird, der sich normalerweise ohnehin in *plain view* befindet.<sup>230</sup> Die teilweise zur *interception of communication* gerechnete Videoüberwachung – auch die Videoüberwachung des Innenraums einer Wohnung und die langfristige Videoüberwachung – ist in den USA nicht verboten, solange eine richterliche Anordnung vorliegt und unter Umständen spezielle Vorsorge zur Vermeidung der unnötigen Verlängerung der Überwachung getroffen wird.<sup>231</sup> Die Minimierungsanforderung gilt bei der Videoüberwachung ebenfalls.

### c) Vergleich

#### aa) Akustische Überwachung innerhalb und außerhalb der Wohnung

Die akustische Überwachung innerhalb und außerhalb der Wohnung setzt sowohl im deutschen als auch im US-amerikanischen Recht eine richterliche Anordnung voraus. Grundsätzlich sind bei diesen Maßnahmen in beiden Rechtsordnungen Beweisverwertungsverbote anzunehmen, wenn rechtswidrige Eingriffe in die Privatsphäre vorliegen. Wird im deutschen Recht in den Kernbereich privater Lebensgestaltung durch Verstoß gegen das Unterbrechungsgebot eingegriffen, kann dies zum teilweisen Verwertungsverbot führen; nur die unter diesem Verstoß erfassten Informationen dürfen dann nicht verwertet werden.<sup>232</sup> Das teilweise Verwertungsverbot kennt auch das US-amerikanische Recht, wenn ein Verstoß gegen die Minimierungsanweisung vorliegt.<sup>233</sup>

Ein großer Unterschied zwischen beiden Rechtsordnungen bezüglich der akustischen Überwachung innerhalb und außerhalb der Wohnung besteht darin, dass der unantastbare Kernbereich privater Lebensgestaltung bei diesen Maßnahmen im deutschen Recht grundsätzlich nur innerhalb der Privatwohnung abgesteckt wird, während es einen solchen Schutzbereich im US-amerikanischen Recht überhaupt nicht gibt. Dies zeigt, dass die Privatsphäre bei solchen Maßnahmen in Deutschland besser geschützt ist als in den USA.

<sup>229</sup> *Oliver v. U.S.*, 466 U.S. 170, 180 (1984).

<sup>230</sup> *U.S. v. Anderson-Bagshaw*, 509 Fed. Appx. 396 (2012).

<sup>231</sup> Siehe oben Zweiter Teil, II.D.6.c).

<sup>232</sup> BGHSt 54, 69, 96; SSW-StPO/*Eschelbach*, § 100d Rn. 17, 18; KK-*Bruns*, § 100d Rn. 29; SK-StPO/*Wolter*, 5. Aufl., § 100c Rn. 71.

<sup>233</sup> Hier gelten die gleichen Grundsätze wie bei der *interception of wire communication*. Siehe Erörterungen oben Zweiter Teil, II.D.5.b)bb) und oben Zweiter Teil, II.D.6.a).

Die deutsche Rechtsprechung<sup>234</sup> verwendet die Art der zu überwachenden Räumlichkeiten und das Verhältnis der zu überwachenden Personen zueinander als Kriterien zur Bestimmung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung. Das deutsche Recht geht mit diesen Kriterien davon aus, dass zum Kernbereich grundsätzlich das nicht öffentlich gesprochene Wort in der Privatwohnung gehört, in der man sich allein oder ausschließlich mit besonders vertrauten Personen aufhält.<sup>235</sup> Der absolute Schutz verlangt, die akustische Überwachung von Gesprächen aus diesem Bereich zu untersagen oder zu unterbrechen. Es besteht also ein absolutes Erhebungs- und Verwertungsverbot. Außerhalb der Privatwohnung gibt es im deutschen Recht grundsätzlich keinen Kernbereich privater Lebensgestaltung. Jedoch kann ein Verwertungsverbot im Einzelfall der akustischen Überwachung außerhalb der Privatwohnung angenommen werden, wenn unter Berücksichtigung aller Umstände der Eingriff in die Privatsphäre unverhältnismäßig zum Ermittlungsinteresse ist oder – mit anderen Worten – das Privatinteresse im Vergleich zum Strafverfolgungsinteresse Vorrang hat.

Hingegen gibt es, wie schon erwähnt, im US-amerikanischen Recht bei der *interception of communication* kein absolutes Erhebungs- und Verwertungsverbot bezüglich der Privatsphäre. Der mit dem Haus verbundene Bereich der Privatsphäre, der vom 4. Zusatzartikel zur US-Bundesverfassung traditionell streng geschützt wird, wurde seit dem *Katz*-Fall bei der *interception of communication* verworfen. Ob ein vor dem staatlichen Eingriff geschützter Bereich der Privatsphäre bzw. ein berechtigter Anspruch auf Privatsphäre besteht, hängt nunmehr davon ab, ob eine Person subjektiv den Schutz ihrer Privatsphäre erwartet und ob diese Erwartung von der Gesellschaft als gerechtfertigt anerkannt wird.<sup>236</sup> Nach diesen beiden Maßstäben kann ein berechtigter Anspruch auf Privatsphäre sowohl innerhalb als auch außerhalb der Wohnung bestehen.

Der amerikanische Anspruch auf Privatsphäre weist manchmal eine Überlappung mit dem deutschen Kernbereich auf. So kann ein Gespräch im Privathaus oder ein Gespräch zwischen vertrauten Personen wie Ehepartnern oder dem Beschuldigten und seinem Verteidiger in beiden Ländern als Teil der geschützten Privatsphäre angesehen werden, da es sowohl nach den deutschen Maßstäben (Art der zu überwachenden Räumlichkeiten und das Verhältnis der zu überwachenden Personen zueinander) zum Kernbereich gehören kann als auch nach den US-amerikanischen Maßstäben des *Katz*-Falles einen berechtigten Anspruch auf Privatsphäre ermöglicht. Jedoch gewährt dieser Anspruch auf Privatsphäre kein absolutes Erhebungs- und Verwertungsverbot im Sinne des deutschen Kernbereichs. Kommunikation mit einem solchen Anspruch darf überwacht werden, solange die Voraussetzungen der *interception of oral communication* erfüllt sind. Somit ist es in den USA nicht ver-

---

<sup>234</sup> BVerfGE 109, 279, 320–323.

<sup>235</sup> OLG Düsseldorf NStZ 2009, 54, 55.

<sup>236</sup> *Katz v. U.S.*, 389 U.S. 347, 361 (1967).

boten, Gespräche im Schlafzimmer zu überwachen, wenn eine richterliche Anordnung dafür vorliegt. Wie bei der *interception of wire communication* gilt hier auch die „Minimierungsanforderung“, nach der irrelevante oder privilegierte Informationen nicht abzuhören sind. Die Minimierungsanforderung kann im Vergleich zum deutschen gesetzlichen Kernbereichsschutz aber nur einen begrenzten Schutz für die Privatsphäre bieten. Dies lässt sich dadurch beweisen, dass nicht alle irrelevanten oder privilegierten Informationen aufgrund dieser Anforderung dem Abhören entgehen können und die amerikanische Rechtsprechung nur eine als *reasonable* angesehene Minimierung fordert.

In privilegierte Kommunikation darf in den USA eingegriffen werden, solange die angeordnete Überwachung insgesamt die Minimierungsanforderung in als *reasonable* angesehener Weise eingehalten hat.<sup>237</sup> Allein die durch offensichtliche Verletzung der Minimierungsanweisung erfassten privilegierten Kommunikationsteile dürfen nicht als Beweise verwertet werden, wenn die Privilegien in Anspruch genommen werden.

#### bb) Einsatz technischer Mittel zu Observationszwecken außerhalb der Wohnung

Beim Einsatz technischer Mittel zu Observationszwecken außerhalb der Wohnung weisen beide Rechtsordnungen bezüglich der Beweisverwertungsverbote sowohl einige Gemeinsamkeiten als auch Unterschiede auf.

Beide Rechtsordnungen haben dabei grundsätzlich den Haus- oder Wohnungsbereich als geschützte Privatsphäre definiert. Im US-amerikanischen Recht betrifft der Einsatz technischer Mittel zu Observationszwecken außerhalb der Wohnung in den meisten Fällen die Frage, ob sich dahinter faktisch eine *search* im Sinne des 4. Zusatzartikels verbirgt. Im Allgemeinen wird das Individuum davor geschützt, dass der Staat mit technischen Mitteln die Privatsphäre innerhalb eines Hauses observieren bzw. erfassen kann. Obwohl die US-amerikanische Rechtsprechung einräumt, dass die Richter eine Rechtslehre zur Beurteilung entwickeln haben könnten, welche Aktivitäten im Haus höchstpersönlich sind und daher streng zu schützen sind, befindet sie gleichwohl, dass die Polizei trotz einer vollständig entwickelten Rechtslehre nicht vorhersehen könne, ob mit dem technischen Mittel irgendwelche hochpersönlichen Informationen erfasst werden könnten.<sup>238</sup> Der vom 4. Zusatzartikel geschützte Hausbereich gilt somit beim Einsatz technischer Mittel zu Observationszwecken weiter als klar zum Umfang der Privatsphäre gehörig. Auch im deutschen Recht wird eine nicht allgemein zugängliche Wohnung als Bereich der Privatsphäre angesehen.

<sup>237</sup> Vgl. für den Fall der *interception of wire communication*, *U.S. v. Goffe*, 756 F.Supp.2d 588, 593–595 (2011).

<sup>238</sup> *Kyllo v. U.S.*, 533 U.S. 27, 38, 39 (2001).

Beide Rechtsordnungen entscheiden dabei die Beweisverwertungsverbote aufgrund einer Einzelfallprüfung. Ob eine Observation von außen in den Hausbereich hinein eine *search* darstellt, macht die US-amerikanische Rechtsprechung von der Eigenschaft des technischen Mittels und dem observierten Ort abhängig. Dies führt zu sogenannten *case-by-case*-Entscheidungen. Wird eine *search* bejaht, kann ein Verwertungsverbot angenommen werden, wenn kein *warrant* vorliegt. Das deutsche Recht entscheidet bei einer solchen Konstellation ebenfalls unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls, ob die Observation gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen hat.<sup>239</sup> Wurde der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt, kann dies zu einem Verwertungsverbot führen. Zu bemerken ist bei dieser Konstellation allerdings, dass die im US-amerikanischen Recht sich als *search* darstellende Observation kein Verwertungsverbot zur Folge haben kann, wenn für die Observation ein *warrant* vorliegt.<sup>240</sup> Mit anderen Worten: Der Eingriff in die Privatsphäre innerhalb eines Hauses ist bei Vorlage einer richterlichen Anordnung zulässig. Das wird im deutschen Recht nicht angenommen.

Wenn sich die Observation mit technischen Mitteln im US-amerikanischen Recht ausschließlich darauf richtet, was von einem öffentlichen Blickwinkel einsehbar ist, was also unter *plain view* fällt, verstößt dies normalerweise nicht gegen den 4. Zusatzartikel und es wird keine *search* angenommen. Ein Verwertungsverbot kommt daher im US-amerikanischen Recht nicht in Frage. Eine solche Observation führt auch im deutschen Recht normalerweise nicht zu einem Verwertungsverbot.

Ein auffälliger Unterschied zwischen beiden Rechtsordnungen beim Einsatz technischer Mittel zu Observationszwecken zeigt sich bei der Videoaufnahme oder -überwachung. Im deutschen Recht ist eine Videoaufnahme nach § 100h Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StPO nur außerhalb einer Wohnung zulässig; in einer nicht allgemein zugänglichen Wohnung ist sie verboten.<sup>241</sup> Langfristige Videoaufnahmen von außen ins Innere der Wohnung, auch wenn dies nur den Zugangsbereich der Wohnung betrifft, können gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip verstoßen und zu einem Verwertungsverbot führen.<sup>242</sup> Eine Totalüberwachung ist im deutschen Recht wegen der Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit nicht erlaubt.<sup>243</sup> Im US-amerikanischen Recht wird die Videoaufnahme oder -überwachung zwar nicht im Rahmen der *interception of communication* geregelt, jedoch soll die Anordnung einer Videoüberwachung nach den gleichen Anforderungen wie bei der *interception of communication* erlassen werden, da bei der Videoaufnahme oder -überwachung

---

<sup>239</sup> Vgl. *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Rn. 2513a, 2514a.

<sup>240</sup> Vgl. *Emanuel*, Criminal Procedure, 31. Aufl., S. 42.

<sup>241</sup> *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Rn. 2513a.

<sup>242</sup> Z.B. BGH StV 1998, 169.

<sup>243</sup> BVerfG NJW 2005, 1338, 1341; KK-*Bruns*, § 100h Rn. 5; SK-StPO/*Wolter*, 5. Aufl., § 100h Rn. 20.

nicht nur das Bild, sondern auch der Ton erfasst wird.<sup>244</sup> Die Videoüberwachung in einer Wohnung ist zulässig und verwertbar, solange ein *warrant* dafür vorliegt.<sup>245</sup> Langfristige Videoüberwachung ist grundsätzlich ebenfalls möglich, vorausgesetzt, es besteht dafür eine richterliche Anordnung.<sup>246</sup> Zum Schutz der Privatsphäre sollen solche Szenen, die sich auf Privilegien beziehen, gemäß der „Minimierungsanweisung“ nicht aufgenommen werden und sind von der Verwertung auszuschließen.<sup>247</sup> In dieser Hinsicht weist das deutsche Recht einen strengeren Schutz der Privatsphäre auf als das US-amerikanische Recht.

Ein weiterer Unterschied zwischen beiden Rechtsordnungen beim Einsatz technischer Mittel zu Observationszwecken besteht darin, dass im deutschen Recht der Einsatz allein von der Staatsanwaltschaft oder der Polizei angeordnet werden kann, während das US-amerikanische Recht dafür eine richterliche Anordnung verlangt. Dieser Unterschied bezüglich der Anordnungscompetenz liegt im jeweiligen Rechtssystem begründet. Die Observation mit technischen Mitteln außerhalb der Wohnung hat in ihrer Intensität nicht die gleiche Tragweite wie der große Lauschangriff und die Telekommunikationsüberwachung; daher wird in Deutschland keine richterliche Prüfung vorgeschrieben. Im US-amerikanischen Recht gilt für die als *search* angesehene Observation mit technischen Mitteln der 4. Zusatzartikel zur US-Bundesverfassung. Nach dem 4. Zusatzartikel soll eine richterliche Anordnung für diese Maßnahme vorliegen. Allerdings ist dieser Unterschied im Vergleich zu anderen eher marginal.

#### d) Reformüberlegungen für China

Um eine rechtlich einwandfreie Beurteilung der Notwendigkeit und der Umstände einer akustischen Überwachung innerhalb und außerhalb der Wohnung sicherzustellen, sollte das chinesische Recht wie bei sonstigen Zwangsmaßnahmen den Richtervorbehalt einführen. Die damit verbundenen Begründungen und Schwierigkeiten wurden schon bei den Reformvorschlägen zur Regelung der Durchsuchung im chinesischen Recht erörtert. Wie bei der Telefonüberwachung und der elektronischen Überwachung (das deutsche Recht verwendet zusammenfassend den Begriff „Telekommunikationsüberwachung“) sollte hier zur Wahrung des Verteidigungsrechts auch ein Überwachungs- und Verwertungsverbot beim Verteidiger anerkannt werden.

Ein wie im deutschen Recht absolut unantastbarer Kernbereich, der mit der Privatwohnung verbunden ist, lässt sich im chinesischen Recht nur schwer anerken-

<sup>244</sup> Z.B. *U.S. v. Ianniello*, 621 F.Supp. 1455, 1467 (1985).

<sup>245</sup> Vgl. *U.S. v. Falls*, 34 F.3d 674, 679 (1994).

<sup>246</sup> Vgl. Erörterungen oben Zweiter Teil, II.D.6.c) und *U.S. v. Anderson-Bagshaw*, 509 Fed. Appx. 396 (2012).

<sup>247</sup> Z.B. *State v. Howard*, 728 A.2d 1178 (1998).

nen. Die chinesische Literatur<sup>248</sup> hat zwar darauf hingewiesen, dass die akustische Überwachung in einer nicht allgemein zugänglichen Wohnung in die Privatsphäre eingreifen kann. Jedoch wäre ein absolutes Überwachungsverbot innerhalb der Privatwohnung in einem System, das von der absoluten materiellen Wahrheitsfindung geprägt ist, kaum zu akzeptieren. Eine mögliche Lösung ist, dass das Verbot akustischer Überwachung innerhalb der Privatwohnung normativ grundsätzlich anerkannt wird und zugleich zugelassen wird, dass eine solche Überwachung vorgenommen werden darf, sofern genügend Anhaltspunkte für die Annahme vorliegen, dass die zu überwachenden Gespräche in der Privatwohnung für die Ermittlung von erheblicher Bedeutung sind und dass der Eingriff in die Privatsphäre zu dem dadurch erlangten Gewinn für die Ermittlungen nicht außer Verhältnis steht. Der Standard der „Relevanz“ aus § 150 Abs. 2 chStPO für die Telefonüberwachung und die elektronische Überwachung sollte hierbei weiterhin gelten. Solange Informationen, die die Straftat nicht betreffen, oder Informationen, welche die Privatsphäre tangieren, erfasst werden, ist die akustische Überwachung in der Privatwohnung zu unterbrechen. Eine Kontrolle mit Hilfe von Stichproben sollte wie bei der Telefonüberwachung und der elektronischen Überwachung auch hier erfolgen. Bei Aufnahmen, die Informationen sowohl bezüglich der Straftat als auch der Privatsphäre beinhalten, sollte derselbe Grundsatz Anwendung finden, der bei der Telefonüberwachung und elektronischen Überwachung vorgeschlagen wurde.

Zwar wird in der chinesischen Literatur<sup>249</sup> allgemein akzeptiert, dass die akustische Überwachung außerhalb der Privatwohnung grundsätzlich nicht die Privatsphäre verletzen kann. Aber in konkreten Fällen könnte auch in der Öffentlichkeit ein Bereich der Privatsphäre bestehen, z.B. während eines persönlichen Gesprächs zwischen vertrauten Personen in einem öffentlichen Garten. Daher kann die akustische Überwachung in der Öffentlichkeit nicht unbegrenzt durchgeführt werden. Falls eine akustische Überwachung in der Öffentlichkeit in die Privatsphäre eingreifen könnte, sollten ebenfalls der Standard der „Relevanz“ aus § 150 Abs. 2 chStPO und Kontrollen mit Hilfe von Stichproben, wie oben erwähnt, Anwendung finden.

---

<sup>248</sup> Vgl. *Liu, Xianpeng*, *Dianzi zhengju zhi kecaixing tanxi*, *Xuexi yu shijian* 2012, Heft 9, 55 (刘显鹏, 电子证据之可采性探析, *学习与实践* 2012 年第 9 期, 第 55 页); *Yang, Kaixiang*, *Gongmin yinsiquan zai zhencha xingwei zhong de jixian*, *Huadong zhengfa xueyuan xuebao* 2006, Heft 6, 43 (杨开湘, 公民隐私权在侦查行为中的界限, *华东政法学院学报* 2006 年第 6 期, 第 43 页); – *Jiang, Yong*, *Mimi paishe zhencha zhidu jiqi falu yuanze*, *Gongan yanjiu* 2010, Heft 8, 59 (江涌, 秘密拍摄侦查制度及其法律原则, *公安研究* 2010 年第 8 期, 第 59 页); *Ye, Ziqiang*, *Mimi luyin de fenlei, zhengju zige he sifa zhengce*, *Huanqiu falu pinglun* 2005, Heft 4, 452 (叶自强, 秘密录音的分类、证据资格和司法政策, *环球法律评论* 2005 年第 4 期, 第 452 页).

<sup>249</sup> Vgl. *Liu, Xianpeng*, *Dianzi zhengju zhi kecaixing tanxi*, *Xuexi yu shijian* 2012, Heft 9, 54 (刘显鹏, 电子证据之可采性探析, *学习与实践* 2012 年第 9 期, 第 54 页); *Liu, Gui*, *Geren mimi luzhi de shiting ziliao shifou juyou xingshi zhengju xiaoli*, *Renmin jiancha* 2008, Heft 21, 34 (刘贵, 个人秘密录制的视听资料是否具有刑事证据效力, *人民检察* 2008 年第 21 期, 第 34 页).

In der chinesischen Praxis werden seit langem technische Mittel zu Observationszwecken eingesetzt. Aber weder im Gesetz noch in der Literatur ist klar festgelegt, dass der Einsatz nur außerhalb der Wohnung erfolgen darf. Da der Haus- oder Wohnungsbereich in China allgemein als Privatsphäre anerkannt wird, sollte die Observation in diesen Bereich hinein grundsätzlich unzulässig sein. Demnach dürfen technische Mittel zu Observationszwecken grundsätzlich nur außerhalb der Wohnung eingesetzt werden.

Anders als das chinesische Recht beschränkt weder das deutsche noch das US-amerikanische Recht den Einsatz technischer Mittel zu Observationszwecken auf Katalogtaten. Die chinesische Beschränkung ist jedoch obsolet geworden, da die Observation mit technischen Mitteln außerhalb der Wohnung in der chinesischen Ermittlungspraxis seit langem eine übliche und notwendige Ermittlungsmaßnahme ist und normalerweise keinen Eingriff in die engste Privatsphäre bedeutet. Die Beschränkung auf Katalogtaten beim Einsatz technischer Mittel zu Observationszwecken ist faktisch unnötig und sollte aufgegeben werden.

In Ausnahmefällen kann eine Observation mit technischen Mitteln außerhalb der Wohnung die Privatsphäre tangieren, z.B. durch langfristig angelegte Videoaufnahmen von außen in die Wohnung hinein. In solchen Fällen sollte das chinesische – wie das deutsche und das US-amerikanische Recht – eine Einzelfallprüfung durch Interessenabwägung nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip vornehmen, um zu bestimmen, ob ein Verwertungsverbot anzunehmen ist. Eine Totalüberwachung sollte im chinesischen Recht aus Gründen der Eliminierung der Privatsphäre und der Verletzung der Verhältnismäßigkeit verboten werden.

## **E. Fernwirkung der Beweisverwertungsverbote**

### **1. Deutschland**

Zu dieser Frage unterscheidet das deutsche Recht zwischen Fernwirkung und Fortwirkung. Beide Begriffe beziehen sich auf die mögliche Auswirkung eines unverwertbaren Beweismittels auf weitere Beweismittel, die anhand des unverwertbaren Beweismittels gefunden wurden. Die deutsche Rechtsprechung lehnt bis heute die Fernwirkung der Beweisverwertungsverbote grundsätzlich ab; mittelbar erlangte Beweismittel können also verwertet werden. Die Fortwirkung ist ein Unterbegriff der Fernwirkung. Wenn ein unverwertbares Beweismittel z.B. als Vorhalt direkt zur Erhebung weiterer Beweismittel eingesetzt wird, ist eine Fortwirkung der Unverwertbarkeit des ersten Beweismittels anzuerkennen. Die unter Fortwirkung erlangten Beweismittel sind folglich nicht verwertbar.

Von der Rechtsprechung werden vor allem zwei Gründe für die Ablehnung der Fernwirkung angeführt: Der erste Grund ist insofern kriminalpolitisch zu sehen, als ein Verfahrensfehler, der ein Beweismittel unverwertbar macht, nicht ohne Weite-



res dazu führen darf, dass das gesamte Verfahren lahmgelegt wird.<sup>250</sup> Die zweite Begründung folgt aus dem Gedanken, dass die Kausalität zwischen dem Rechtsfehler und dem Auffinden der Beweismittel im konkreten Fall kaum jemals sicher festgestellt werden kann.<sup>251</sup> Die Rechtsprechung hat beide Gründe bei der Abwägung<sup>252</sup> der betroffenen Individualinteressen und des staatlichen Interesses an einer wirksamen Strafverfolgung beachtet. Daraus ergibt sich meist eine Ablehnung der Fernwirkung.

Die Problematik der Fernwirkung an sich ist in der Literatur umstritten. Die Haltung der Rechtsprechung und ihre Begründungen finden keine ungeteilte Zustimmung. Einige Autoren vertreten die Notwendigkeit einer Anerkennung der Fernwirkung, wobei nicht zuletzt die Disziplinierung der Strafverfolgungsbehörden als Grund herangezogen wird.<sup>253</sup> Als herrschend gilt ein vermittelnder Ansatz, nach dem die Verwertbarkeit der mittelbaren Beweismittel im Wege der Abwägung zwischen dem Individualinteresse und dem Strafverfolgungsinteresse zu bestimmen ist.

In Bezug auf Fernwirkung werden in der deutschen Rechtsprechung wesentlich drei Sachverhalte behandelt: Der erste betrifft die Fernwirkung verbotener Vernehmungsmethoden. Dabei wird ein mittelbar erlangter Sachbeweis angesichts des kriminalpolitischen Grundes nach der Interessenabwägung als verwertbar angesehen.<sup>254</sup> Aussagen des Beschuldigten, die nach Anwendung von verbotenen Vernehmungsmethoden gemacht werden, sind unverwertbar. Seine Aussage in einer späteren Vernehmung wird dagegen als verwertbar angesehen, wenn die Vernehmung rechtmäßig ist und die Willensfreiheit nicht mehr beeinträchtigt wird.<sup>255</sup> Eine fehlerhafte Vernehmungsmethode wird aus der Sicht der Rechtsprechung durch fehlerfreie Wiederholung der Vernehmung geheilt, und die Kausalität zwischen dem Fehler und den späteren Aussagen wird dadurch aufgehoben.<sup>256</sup> Dabei wird noch zu berücksichtigen sein, ob der Beschuldigte bei einer späteren Vernehmung von seiner freien Entscheidungsmöglichkeit gewusst hat.<sup>257</sup> Dies betrifft das Problem der Fortwirkung der verbotenen Vernehmungsmethoden. Die Rechtsprechung hat dazu zwei Elemente in Betracht gezogen: den Zeitabstand zwischen beiden Vernehmungen

---

<sup>250</sup> BGHSt 22, 129, 136; BGHSt 27, 355, 358; BGHSt 32, 68, 71; BGHSt 51, 1, 8.

<sup>251</sup> BGHSt 32, 68, 71; BGHSt 34, 362, 364 f.

<sup>252</sup> Vgl. LR-Gless, 26. Aufl., § 136a Rn. 75; Weigend, StV 2003, 439; Rogall, JZ 1996, 948; Sieber, NJW 2008, 886; Heine, HRRS 2009, 544; Volkmer, NSTZ 2010, 319; Füllkrug, MDR 1989, 122; Nüse, JR 1966, 284.

<sup>253</sup> Reichert-Hammer, JuS 1989, 449; Heine, HRRS 2009, 547. Ablehnend Nüse, JR 1966, 284 f.

<sup>254</sup> Z.B. LG Frankfurt StV 2003, 325, 327.

<sup>255</sup> BGH NSTZ 1988, 419, 419; BGHSt 37, 48, 53; BGH NSTZ 1995, 462, 462; BGHSt 22, 129, 133 f.; OLG Köln VRS 2001, 33, 35.

<sup>256</sup> BGH NSTZ 1988, 419, 419.

<sup>257</sup> Vgl. BGH NSTZ 1988, 419, 420; KK-Diemer, § 136a Rn. 40; LR-Gless, 26. Aufl., § 136a Rn. 74.

gen und die Frage, ob der Beschuldigte auf Vorhalt nur seine früheren Aussagen pauschal bestätigt oder auf sie Bezug nimmt.<sup>258</sup>

Der zweite Sachverhalt betrifft die Fernwirkung der Unterlassung der Schweigerechtsbelehrung. Die deutsche Rechtsprechung geht davon aus, dass der Beschuldigte nach der Schweigerechtsbelehrung bei einer späteren Vernehmung von seiner freien Entscheidungsmöglichkeit weiß.<sup>259</sup> Der Fehler der unterbliebenen Belehrung wird dadurch geheilt.<sup>260</sup> Außerdem gibt es eine Anforderung der qualifizierten Belehrung.<sup>261</sup>

Der dritte Sachverhalt betrifft die unverwertbaren Zufallsfunde bei der Telekommunikationsüberwachung.<sup>262</sup> Solche Zufallsfunde dürfen als Spurenansatz zur Einleitung weiterer Ermittlungen verwendet werden. Damit unterstreicht der Staat sein Interesse an einer wirksamen Strafverfolgung. Jedoch dürfen solche Zufallsfunde nicht direkt bei der Vernehmung vorgehalten werden. Die daraus stammenden Aussagen würden sonst unter die Fortwirkung des Verwertungsverbots dieser Zufallsfunde fallen.<sup>263</sup>

## 2. USA

Im US-amerikanischen Recht wird eine Fernwirkung der Beweisverwertungsverbote sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur anerkannt. Dies ergibt sich aus dem Gedanken, dass das US-amerikanische Recht durch Verwertungsverbote und ihre Fernwirkung die Polizei vor künftigem rechtswidrigem Handeln abzuschrecken hat.<sup>264</sup> Allerdings bestehen drei Ausnahmen: *independent source*, *inevitable discovery* und *attenuated connection*. Die ersten beiden Ausnahmen betreffen hypothetische Ermittlungsverläufe. Bei der Ausnahme der *independent source* hätte ein mittelbar erlangtes Beweismittel auch völlig unabhängig vom Rechtsfehler erlangt werden können. Das Auffinden des mittelbaren Beweismittels hat trotz des Fehlers die Annahme eines tatsächlichen rechtmäßigen Ermittlungsverlaufs zur Folge. Bei der Ausnahme der *inevitable discovery* wäre das mittelbare Beweismittel durch eine rechtmäßige Ermittlung unvermeidlich gefunden worden. Jedoch ist dieser rechtmäßige Ermittlungsverlauf nur als hypothetisch anzusehen.

<sup>258</sup> BGH NStZ 1995, 462, 462; LG Frankfurt, StV 2003, 325, 326. Zustimmung Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a Rn. 30; KK-Diemer, § 136a Rn. 40. Saliger kritisiert diese zwei Anforderungen als streng. Siehe Saliger, ZStW 116 (2004), 51.

<sup>259</sup> BGHSt 22, 129, 135; ähnlich OLG Hamm StV 2010, 5, 8.

<sup>260</sup> Volk/Engländer, Grundkurs StPO, § 9 Rn. 11; vgl. auch Meyer-Goßner/Schmitt, § 136 Rn. 9.

<sup>261</sup> BGH StV 2007, 450; BGHSt 53, 112; LG Bamberg NStZ-RR 2006, 311; vgl. auch OLG München StraFo 2009, 206 f.

<sup>262</sup> Vgl. oben Erster Teil, E.1.c).

<sup>263</sup> Z.B. BGHSt 27, 355.

<sup>264</sup> *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431, 442, 443 (1984).

Die Ausnahme der *attenuated connection* betrifft die Abschwächung der Kausalität zwischen dem Rechtsfehler und dem Auffinden des mittelbaren Beweismittels. Betroffen ist die Fortwirkung. Dabei sind folgende Faktoren<sup>265</sup> zu berücksichtigen: der zeitliche Abstand, intervenierende Ereignisse, insbesondere solche Ereignisse, die durch den freien Willen des Beschuldigten eintreten, die Verwerflichkeit des Verstoßes und die Eigenschaft des mittelbar erlangten Beweismittels. Im *Hudson*-Fall wird dazu noch das von der verletzten Regel geschützte Interesse in Betracht gezogen.

Der im deutschen Recht erörterte Sachverhalt der Fernwirkung von Zufallsfunden bei der Telekommunikationsüberwachung wird im US-amerikanischen Recht im Rahmen der *windfall* bzw. *plain view doctrine* erschöpfend behandelt. Grundsätzlich wird nach der *plain view doctrine* die Verwertbarkeit solcher Zufallsfunde für weitere Ermittlungen oder solche in anderen Verfahren angenommen. Was die Anwendung von Zwang während der Vernehmung und das Unterlassen der Schweigerechtsbelehrung anbelangt, hat die US-amerikanische Rechtsprechung sich oft mit der Frage beschäftigt, ob die Rechtsverletzung sich noch auf weitere Vernehmungen auswirkt. Wenn ein Sachbeweis aufgrund einer durch Zwangsanwendung erlangten Aussage aufgefunden worden ist, ist hier eine Fernwirkung anzunehmen. Wenn es dabei aber um eine Aussage aus einer späteren Vernehmung geht, wird unter Berücksichtigung aller Umstände darüber entschieden, ob der Zwang noch die zweite Aussage beeinflussen konnte.<sup>266</sup> Diesbezüglich werden einige Faktoren vorgebracht, die in der Mehrheit die Ausnahme der *attenuated connection* betreffen.<sup>267</sup> Die *Miranda Warnings* allein können die Kausalität zwischen der Rechtswidrigkeit und der zweiten Aussage nicht unterbrechen. Bei Unterlassen der *Miranda Warnings* ist die daraufhin erlangte Aussage unverwertbar. Jedoch kann sich diese Rechtswidrigkeit nicht auf spätere Vernehmungen auswirken. Nach Ansicht der US-amerikanischen Rechtsprechung kann eine sorgfältige und vollständige Erteilung der *Miranda Warnings* die Rechtswidrigkeit der ersten Vernehmung heilen; es wird grundsätzlich angenommen, dass nach den Rechtsbelehrungen die Entscheidung des Beschuldigten zu schweigen oder auszusagen freiwillig getroffen wird.<sup>268</sup> Wenn die Polizei die *Miranda Warnings* strategisch umgangen hat – wenn sie also eine *two-step interrogation* vorgenommen hat –, hängt die Verwertbarkeit der Aussage in der zweiten Vernehmung davon ab, ob sie bewusst und freiwillig gemacht wurde, anders ausgedrückt, ob die *Miranda Warnings*

---

<sup>265</sup> *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590, 603, 604 (1975); *Kaupp v. Texas*, 538 U.S. 626, 633 (2003). *Dressler/Michaels*, Understanding Criminal Procedure, 6. Aufl., Band I, S. 381–383; *LaFave*, Search and Seizure, Band VI, § 11.4(b), S. 378–399.

<sup>266</sup> *People v. Dennis*, 373 Ill. App. 3d 30, 47 (2007).

<sup>267</sup> *People v. Dennis*, 373 Ill. App. 3d 30, 47 (2007).

<sup>268</sup> *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298, 310, 311 (1985).

effektiv genug erteilt wurden, um ihr Ziel zu erreichen.<sup>269</sup> Um dies zu bestimmen, sind mehrere Faktoren in Erwägung zu ziehen.<sup>270</sup>

### 3. Vergleich

Bei der Fernwirkung gehen die beiden Rechtsordnungen von unterschiedlichen Grundannahmen aus. Das deutsche Recht lehnt die Fernwirkung im Grundsatz ab, während das US-amerikanische Recht sie anerkennt. Dieser Unterschied der Grundannahmen ist hauptsächlich auf die unterschiedlichen Zwecke der Beweisverwertungsverbote in beiden Rechtsordnungen zurückzuführen. Das US-amerikanische Recht möchte der Polizei durch ein grundsätzliches Verwertungsverbot den direkten oder indirekten Gewinn aus ihrer rechtswidrigen Handlung verwehren; das Verbot soll also die Disziplinierung der Polizei bewirken. Im deutschen Recht werden zwar individuelle Rechte durch Beweisverwertungsverbote geschützt, jedoch wird dieser Rechtsschutz einer möglichen Begrenzung zugunsten der effektiven Strafverfolgung ausgesetzt.<sup>271</sup> Die Beweisverwertungsverbote dürfen sich hier nicht dahingehend auswirken, dass alle aufgrund eines Verstoßes mittelbar erlangten Beweismittel nicht verwertet werden können.

Trotz dieser völlig unterschiedlichen Grundannahmen weisen beide Rechtsordnungen jedoch in einem Unterfall der Fernwirkung, nämlich der Fortwirkung, gleiche Vorgehensweisen und Haltungen auf. Dies zeigt sich insbesondere bei Aussagen, die unter Fortwirkung eines Fehlers aufgrund einer verbotenen Vernehmungsmethode gemacht wurden. Das deutsche Recht hält im Prinzip Beweismittel, die unter Fortwirkung eines Rechtsverstoßes, der ein Verwertungsverbot nach sich ziehen kann, gewonnen wurden, für ebenfalls unverwertbar. Ob die zweite Aussage des Beschuldigten, der früher mit verbotenen Vernehmungsmethoden vernommen wurde, noch unter dem Einfluss der Fortwirkung steht, beantwortet die deutsche Rechtsprechung unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls.<sup>272</sup> Entscheidend ist dabei, ob die Aussagefreiheit des Beschuldigten weiterhin beeinträchtigt war.<sup>273</sup> Konkret hat die deutsche Rechtsprechung dabei zwei Parameter beachtet: den Zeitabstand und den Vorhalt der früheren Aussagen.<sup>274</sup> Das US-amerikanische Recht berücksichtigt bei der Beurteilung der Fortwirkung der Anwendung verbotener Vernehmungsmethoden auch das Spektrum der Umstände, die

<sup>269</sup> *Missouri v. Seibert*, 542 U.S. 600, 612 (2004).

<sup>270</sup> Ausführliche Darstellung siehe oben Zweiter Teil, II.E.2.

<sup>271</sup> Vgl. BGHSt 27, 355, 358; BGHSt 32, 68, 71; BGHSt 51, 1, 8. *Peters*, Strafprozess, S. 338 f. *Baumann*, GA 1959, 39 f.

<sup>272</sup> Vgl. LG Bad Kreuznach StV 1994, 293, 294.

<sup>273</sup> Vgl. BGH NStZ 1995, 462, 462; KK-*Diemer*, § 136a Rn. 40; *Peters*, Strafprozess, S. 338.

<sup>274</sup> BGH NStZ 1995, 462, 462; LG Frankfurt StV 2003, 325, 326.

*totality of the circumstances*.<sup>275</sup> Neben dem Zeitabstand und dem Wechsel der Vernehmungsorte und der Vernehmenden<sup>276</sup> werden weitere Parameter herangezogen, die meisten davon die Ausnahme der *attenuated connection* betreffend: das Erteilen der *Miranda Warnings*, intervenierende Ereignisse, der Zeitabstand und die Verwerflichkeit des polizeilichen Rechtsverstoßes.<sup>277</sup> Wenn sich aus der Betrachtung der gesamten Umstände ergibt, dass die zweite Aussage noch von der ersten Vernehmung, die mit einer verbotenen Vernehmungsmethode (z.B. unter Zwang) erfolgte, beeinflusst wurde, ist die zweite Aussage wie die erste ebenfalls von der Verwertung auszuschließen. Beide Rechtsordnungen stellen dabei grundsätzlich die gleiche maßgebende Frage, nämlich ob die zweite Aussage noch von der früher angewandten verbotenen Vernehmungsmethode beeinflusst wird. In beiden Rechtsordnungen werden alle Umstände des Einzelfalls berücksichtigt. Doch hat man in den USA mehr Parameter aufgestellt als in Deutschland. Allerdings wird im deutschen Recht über die Fortwirkung im Freibeweisverfahren entschieden, in dem die in Erwägung gezogenen Elemente auch nicht weniger zahlreich sein können als die Faktoren im US-amerikanischen Recht.

Fehlt die Schweigerechtsbelehrung bei der ersten Vernehmung, herrscht in beiden Rechtsordnungen die Auffassung, dass eine Aussage aus einer zweiten Vernehmung grundsätzlich verwertbar ist, wenn nunmehr eine Schweigerechtsbelehrung gegeben wurde.<sup>278</sup> Beide Rechtsordnungen gehen davon aus, dass der Fehler durch eine neue rechtmäßige Schweigerechtsbelehrung geheilt wird<sup>279</sup> und dass der Beschuldigte nach der Schweigerechtsbelehrung bei der späteren Vernehmung informiert ist und seine Aussagen oder sein Schweigen als freiwillig betrachtet werden können.<sup>280</sup> In konkreten Fällen geht es in beiden Rechtsordnungen entscheidend darum, ob dem Beschuldigten seine Entscheidungsfreiheit bewusst ist und die Aussage aus der zweiten Vernehmung freiwillig ist.<sup>281</sup> Der wesentliche Unterschied besteht darin, dass die deutsche Rechtsprechung bei der zweiten Vernehmung vom Vernehmenden eine qualifizierte Belehrung verlangt,<sup>282</sup> während im US-amerikanischen Recht eine qualifizierte Belehrung als weder praktisch noch verfassungs-

---

<sup>275</sup> Vgl. *People v. Dennis*, 373 Ill. App. 3d 30, 46, 47 (2007).

<sup>276</sup> *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298, 310 (1985).

<sup>277</sup> *People v. Dennis*, 373 Ill. App. 3d 30, 47 (2007).

<sup>278</sup> BGHSt 22, 129, 134; vgl. auch *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298, 310, 311 (1985).

<sup>279</sup> *Volk/Engländer*, Grundkurs StPO, § 9 Rn. 11; vgl. auch Meyer-Goßner/Schmitt, § 136 Rn. 9. *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298, 310, 311 (1985).

<sup>280</sup> BGHSt 22, 129, 135; OLG Hamm StV 2010, 5, 8. *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298, 311 (1985).

<sup>281</sup> BGHSt 53, 112, 117; *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298, 309 (1985); *Missouri v. Seibert*, 542 U.S. 600, 612 (2004).

<sup>282</sup> BGH StV 2007, 450; BGHSt 53, 112; LG Bamberg NStZ-RR 2006, 311; vgl. auch OLG München StraFo 2009, 206 f.

rechtlich erforderlich angesehen wird.<sup>283</sup> Hier wird wieder der Unterschied spürbar, dass das deutsche Strafverfahren als reformiertes inquisitorisches Verfahren eine Fürsorgeobliegenheit des Staates beinhaltet; dagegen ist der Staat bzw. sind die Strafverfolgungsorgane – als im akkusatorischen Strafverfahren mit der Verteidigung gleichstehende Partei – im US-amerikanischen Recht nicht gewillt, Fürsorgepflichten auf sich zu nehmen.

Die unverwertbaren Zufallsfunde bei der Telekommunikationsüberwachung haben im deutschen Recht keine Fernwirkung auf die gefundenen Beweismittel. Solche Zufallsfunde können als Spurenansatz zur Einleitung weiterer Ermittlungen verwendet werden, außer wenn sie als Vorhalt zur Erlangung der Aussage eingesetzt werden.<sup>284</sup> Zufallsfunde bei einer *interception of wire communication* im US-amerikanischen Recht sind nach dem Prinzip der *windfall* bzw. *plain view doctrine* stets verwertbar. Der Sachverhalt der Zufallsfunde bei der Telekommunikationsüberwachung wird zwar in beiden Rechtsordnungen in unterschiedliche Rahmen gestellt, und es werden unterschiedliche Voraussetzungen für die Verwertbarkeit der Zufallsfunde geschaffen: Im deutschen Recht sind Zufallsfunde bei der Telekommunikationsüberwachung grundsätzlich unverwertbar, außer wenn sie auf eine andere Katalogtat hinweisen; im US-amerikanischen Recht sind sie hingegen grundsätzlich verwertbar. Jedoch kommen beide Rechtsordnungen hinsichtlich der aufgrund der Zufallsfunde mittelbar erlangten Beweismittel zu dem gleichen Ergebnis, dass solche Beweismittel grundsätzlich verwertbar sind. Dabei geben beide Rechtsordnungen dem Interesse an einer effektiven Strafverfolgung den Vorrang.

Die letzte diesbezügliche Gemeinsamkeit der beiden Rechtsordnungen besteht darin, dass hypothetische Ermittlungsverläufe bei der Fernwirkung anerkannt werden. Die amerikanischen Ausnahmen der *independent source* und der *inevitable discovery* werden auch im deutschen Recht als Grund für eine Ablehnung der Kausalität zwischen dem Rechtsverstoß und dem Auffinden der mittelbaren Beweismittel angesehen.<sup>285</sup>

#### 4. Reformüberlegungen für China

Bei der Problematik der Fernwirkung vertreten die deutsche und die chinesische Rechtsprechung die gleiche Einstellung: Eine Fernwirkung wird grundsätzlich nicht angenommen. Deutlich zeigt sich das beispielsweise darin, dass beide Rechtsordnungen Sachbeweise, die mittelbar aufgrund von durch verbotene Vernehmungsmethoden erlangten Aussagen gefunden wurden, als verwertbar ansehen.<sup>286</sup> Der Oberste Volksgerichtshof hat zwar die Gründe für die Ablehnung der Fernwirkung nicht

<sup>283</sup> *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298, 316 (1985).

<sup>284</sup> Siehe oben Erster Teil, E.1.c).

<sup>285</sup> Vgl. oben Erster Teil, II.E.1.c), 2.a) und c).

<sup>286</sup> Siehe oben Erster Teil, II.E.1.a) und Dritter Teil, II.E.1. und 2.

erwähnt. Jedoch lässt sich vermuten, dass die Ablehnung der Fernwirkung auf das Primat der absoluten materiellen Wahrheitsfindung des chinesischen Strafverfahrens zurückgeht.

In einigen Fallkonstellationen weisen das deutsche und das US-amerikanische Recht gleiche Einstellungen und Vorgehensweisen auf. Das chinesische Recht könnte sich mit Blick auf diese Gemeinsamkeiten hinsichtlich der Fernwirkung noch fortentwickeln.

Eine wichtige Fallkonstellation bildet die Fernwirkung verbotener Vernehmungsmethoden auf die Aussagen bei einer späteren Vernehmung. Dies betrifft einen Unterfall der Fernwirkung, die Fortwirkung. In dieser Fallkonstellation entscheidet sowohl das deutsche als auch das US-amerikanische Recht unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, ob eine Fortwirkung der verbotenen Vernehmungsmethode besteht. Dabei ziehen beide Rechtsordnungen jeweils einige Faktoren besonders in Betracht. Teile der chinesischen Literatur haben ähnliche Faktoren wie im deutschen und US-amerikanischen Recht benannt, nämlich die Schwere der Rechtswidrigkeit der verbotenen Vernehmungsmethoden, den zeitlichen Abstand zwischen beiden Vernehmungen, den Wechsel der Vernehmenden, die Belehrung über die Unverwertbarkeit der ersten Aussage, die Bezüge auf die erste Vernehmung und die persönlichen Umstände des Beschuldigten.<sup>287</sup> Dieser Sichtweise wird jedoch von anderen chinesischen Rechtswissenschaftlern mit der Begründung widersprochen, dass Polizei, Staatsanwaltschaft und Gerichte in China die Strafsachen kooperierend in Richtung der Verurteilung vorantreiben („Fließbandverfahren“), so dass die späteren Aussagen weiterhin unter der Fortwirkung der verbotenen Vernehmungsmethode stehen.<sup>288</sup> Trotz dieser Ablehnung wird aber eine Ausnahme zum kompletten Ausschluss der weiteren Aussagen angeführt, nämlich dass die Geständnisse des Angeklagten dann verwertbar sind, wenn er in der öffentlichen Hauptverhandlung in Anwesenheit seines Verteidigers sowie nach Belehrung über das Verteidigungsrecht und die Pflicht zur wahrheitsgemäßen Aus-

---

<sup>287</sup> Lin, *Guoqiang*, *Shenqian chongfu gongshu de kecaixing*, Journal of National Prosecutors College 2013, Heft 4, 134 f. (林国强, 审前重复供述的可采性, 国家检察官学院学报 2013 年第 4 期, 第 134, 135 页). Vgl. auch die zu berücksichtigenden anders gearteten Faktoren, wie sie von Long vorgeschlagen werden: Long, *Zongzhi*, *Liangge zhengju guiding de guifan yu zhixing ruogan wenti yanjiu*, *Zhongguo faxue* 2010, Heft 6, 22 f. (龙宗智, 两个证据规定的规范与执行若干问题研究, 中国法学 2010 年第 6 期, 第 22, 23 页).

<sup>288</sup> Vgl. Long, *Zongzhi*, *Woguo feifa kougong paichu de „tongku guize“ ji xiangguan wenti*, *Tribune of Political Science and Law* 2013, Heft 5, 23 (龙宗智, 我国非法口供排除的“痛苦规则”及相关问题, 政法论坛 2013 年第 5 期, 第 23 页); Zhang, *Ying*, *Beigaoren shenqian gongshu de zhengju nengli*, *Journal of Lanzhou University (Social Sciences)* 2012, Heft 5, 127 (张颖, 被告人审前供述的证据能力, 兰州大学学报(社会科学版) 2012 年第 5 期, 第 127 页); Tian, *Wenchang/Zou, Jiaming*, *Paichu feifa yanci zhengju de ruogan wenti*, *Renmin sifa* 2013, Heft 7, 69 (田文昌/邹佳铭, 排除非法言词证据的若干问题, 人民司法 2013 年第 7 期, 第 69 页).

sage die früheren Geständnisse bestätigt.<sup>289</sup> Somit befindet auch die zweite Ansicht, dass das chinesische Strafverfahren die Auswirkung bzw. Fortwirkung der verbotenen Vernehmungsmethode noch zu einem späteren Zeitpunkt abstellen kann. Die Annahme einer Fortwirkung der verbotenen Vernehmungsmethode bis zur Hauptverhandlung gehe zu weit. In der Praxis gibt es allerdings Fälle, in denen Beschuldigte schon vor dem Hauptverfahren ihr Geständnis, das aufgrund von verbotenen Vernehmungsmethoden zustande gekommen ist, zurücknehmen, z.B. wenn ein von der Polizei gefolterter Beschuldigter den Staatsanwalt über die ausgeübte Folter informiert und sein früheres Geständnis widerrufen will. In solchen Fällen ist die Fortwirkung unterbrochen. Daher kann die Annahme einer rigorosen Fortwirkung aufgrund der geradlinigen Gestaltung des chinesischen Strafverfahrens für die Praxis nicht in allen Fällen gelten. Die rigorose Fortwirkung ist zwar zugunsten des Rechtsschutzes des Beschuldigten erdacht worden, entspricht jedoch nicht ganz der Praxis. Besser wäre es, die Fortwirkung je nach den Umständen des Einzelfalls zu bestimmen. Zur Fortwirkung verbotener Vernehmungsmethoden auf die späteren Aussagen des Beschuldigten hat die oben beschriebene erste Ansicht die eher zutreffenden Kriterien angeführt. Ein weiterer Faktor könnte sich darauf beziehen, ob der Beschuldigte nach Beratung mit seinem Verteidiger in dessen Anwesenheit in der Ermittlungssache ausgesagt hat. Da das Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der Beschuldigtenvernehmung im chinesischen Strafverfahren noch nicht anerkannt wird, kommt dieser zusätzliche Faktor allerdings nur für einen zukünftigen Idealfall in Frage.

Die chinesische Strafprozessordnung sieht kein Schweigerecht des Beschuldigten vor. Dieser hat aber Anspruch auf einige Rechtsbelehrungen vor der Vernehmung, darunter die wichtigen Belehrungen über das Recht auf Selbstverteidigung sowie das Recht auf Bestellung eines Verteidigers. Fehlen solche Rechtsbelehrungen, wird dies im chinesischen Recht lediglich als technischer Fehler angesehen. Dieser Auffassung ist nicht zuzustimmen. Abgesehen von dem nicht anerkannten Schweigerecht können allein das Selbstverteidigungsrecht und das Recht auf Bestellung eines Verteidigers es dem Beschuldigten ermöglichen, sich gegen staatliche Willkür zu wehren und Rechte im Strafverfahren wahrzunehmen. Das Verteidigungsrecht dient der Subjektstellung des Beschuldigten und den Grundlagen des Strafverfahrens. Daher sollte das Fehlen der Rechtsbelehrungen zum Verbot der Verwertung der Vernehmung führen. Im chinesischen Strafverfahren kann dieser Rechtsfehler sich auch auf die weiteren Vernehmungen auswirken, solange dem Beschuldigten von den Vernehmenden nicht klargemacht wird, dass er gesetzliche Rechte hat. Erneute Rechtsbelehrungen bei der zweiten Vernehmung allein können die Auswirkung des Verwertungsverbots nicht heilen. Der Beschuldigte sollte eine qualifizierte Belehrung erhalten, weil es für ihn in seiner schwachen Stellung ge-

---

<sup>289</sup> Long, *Zongzhi*, Woguo feifa kougong paichu de „tongku guize“ ji xiangguan wenti, *Tribune of Political Science and Law* 2013, Heft 5, 24 (龙宗智, 我国非法口供排除的“痛苦规则”及相关问题, 政法论坛 2013 年第 5 期, 第 24 页).



genüber den starken Strafverfolgungsorganen trotz der erneuten Rechtsbelehrung sonst kaum zu glauben wäre, dass seine früheren Geständnisse oder Aussagen nicht mehr als Beweise verwertet werden. Dies ist in einem Strafverfahren, in dem die Rechte des Beschuldigten seit langem nicht hinreichend gewährt und geschützt werden und die Willkür der Strafverfolgungsbehörden kein seltenes Phänomen ist, überaus notwendig. Der Staat sollte außerdem wie im deutschen Recht eine gewisse Fürsorgepflicht übernehmen.

Schließlich ist zu erwähnen, dass das chinesische Recht bei der Problematik der Fernwirkung auch die hypothetischen Ermittlungsverläufe beachten sollte, wenn die mittelbar gefundenen Beweismittel hypothetisch (*independent source* oder *inevitable discovery* im Sinne des US-amerikanischen Rechts) auch rechtmäßig gewonnen werden können. In der amerikanischen und deutschen Praxis erweist sich, dass solche hypothetischen Verläufe der Ermittlung tatsächlich denkbar sind. Ein komplettes und der Praxis entsprechendes Rechtsinstitut der Beweisverbote sollte die hypothetischen Ermittlungsverläufe miteinbeziehen.

### III. Begründungen

#### A. Deutschland

Das deutsche Recht hat vielfältige Theorien zu den Beweisverboten bzw. Beweisverwertungsverboten entwickelt.

Die Schutzzwecklehren analysieren die Rechtsnormen und leiten die Beweisverwertungsverbote von diesen ab. Bei der Rechtskreistheorie werden Beweisverwertungsverbote danach bestimmt, ob die verletzte Vorschrift wesentlich die Interessen des Beschuldigten berührt.<sup>290</sup> Es gibt auch Ansätze, die die Rechtsnormen nach ihren Schutzzwecken oder Eigenschaften systematisieren und die Beweisverwertungsverbote je nach diesen systematisierten Gruppen feststellen. *Petrys* Prozesszieltheorie<sup>291</sup> und die Schweretheorie<sup>292</sup> von *Peters* gehören dazu. *Grünwalds* Schadensvertiefungstheorie hat das System der Beweisverwertungsverbote danach ausgerichtet, ob der Schutzzweck der Vorschrift durch die Beweiserhebung bereits endgültig vereitelt ist oder erst durch die Verwertung des Beweismittels vollendet oder vertieft verletzt wird.<sup>293</sup> *Beulkes* Schutzzweckhierarchie untersucht, wie sich ein Beweisverwertungsverbot aus den Rechtsnormen ergibt, um daraus anschließend eine Hierarchie aufzubauen.<sup>294</sup> *Jägers* Lehre von den beweisgegenständlichen

---

<sup>290</sup> Vgl. BGHSt 11, 213, 215 ff.

<sup>291</sup> Siehe oben Erster Teil, III.A.3.

<sup>292</sup> Siehe oben Erster Teil, III.A.6.

<sup>293</sup> Vgl. *Grünwald*, JZ 1966, 492.

<sup>294</sup> Siehe oben Erster Teil, III.A.4.

Verwertungsverboten unterscheidet in Bezug auf gesetzliche Regelungen zwischen persönlichen und sachlichen Schutzbereichen und macht grundsätzlich die Annahme eines Verwertungsverbots davon abhängig, ob der sachliche Schutzbereich einer Vorschrift verletzt wird.<sup>295</sup>

Die Funktionslehren bestimmen die Beweisverwertungsverbote nach einer verallgemeinerungsfähigen Funktion. Es wird auf der Grundlage des Gedankens der Wahrheitsgefährdung argumentiert, dass Beweisverwertungsverbote verhindern können, dass die Wahrheitsfindung des Gerichts durch inhaltlich verfälschte Aussagen beeinträchtigt wird.<sup>296</sup> Die Disziplinierungsfunktion zielt darauf ab, durch Beweisverwertungsverbote den Strafverfolgungsbehörden den Anreiz zur rechtswidrigen Gewinnung von Beweismitteln zu nehmen und mithin künftigen Rechtsverletzungen entgegenzuwirken.<sup>297</sup> Der Gedanke der sittlichen Überlegenheit des Staates befindetet, dass der Staat bei der Strafverfolgung menschliche Anständigkeit und sittliche Überlegenheit zu dokumentieren hat und dass sich der Staat von der Ausnutzung strafbarer Handlungen strikt distanzieren soll.<sup>298</sup> Daher sind Verwertungsverbote wegen staatlich herbeigeführter Rechtswidrigkeit anzuerkennen. Zu spezial- und generalpräventiven Funktionen wird die Ansicht vertreten, dass staatliche Rechtswidrigkeit im Strafprozess die spezial- und generalpräventiven Strafzwecke beeinträchtigen kann. Somit werden den Beweisverwertungsverböten auch spezial- und generalpräventive Funktionen zugewiesen.<sup>299</sup> Nach der staatlichen Selbstbeschränkungsfunktion schränken Beweiserhebungsvorschriften die Aufklärungsmöglichkeiten ein und bringen gleichzeitig eine bewusste Selbstbeschränkung des Staates bei der Wahrnehmung der Strafverfolgungsaufgaben zum Ausdruck.<sup>300</sup> Die durch Verletzung dieser Vorschriften erlangten Beweise dürfen daher nicht für die Wahrheitsfindung verwertet werden. Nach Ansicht von *Rogall* dienen schließlich die Beweisverwertungsverbote der Sicherung der Individual- und Grundrechte.<sup>301</sup>

Die Abwägungslehre *Rogalls*<sup>302</sup> lässt die Beweisverwertungsverbote durch Abwägung zwischen Individualinteresse und Strafverfolgungsinteresse feststellen; bei der Abwägung sind diverse Faktoren auf der jeweiligen Interessenseite zu berücksichtigen.

---

<sup>295</sup> Siehe oben Erster Teil, III.A.5.

<sup>296</sup> *Schöneborn*, MDR 1971, 715.

<sup>297</sup> *Grünwald*, JZ 1966, 499; *Baumann*, GA 1959, 36.

<sup>298</sup> *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, § 136a Rn. 21; *Haffke*, GA 1973, 72.

<sup>299</sup> Siehe oben Erster Teil, III.B.4.

<sup>300</sup> *Fezer*, Grundfragen der Beweisverwertungsverbote, S. 22 f.; *ders.*, Strafprozessrecht, 2. Aufl., S. 220.

<sup>301</sup> Siehe oben Erster Teil, III.B.6.

<sup>302</sup> Siehe oben Erster Teil, III.C.1.

sichtigen. Beim im konkreten Fall überwiegenden Individualinteresse ist ein Verwertungsverbot anzunehmen. Später hat *Rogall* eine normative Fehlerfolgenlehre entwickelt, um die Schwächen der Abwägungslehre zu beseitigen. Er zielt jetzt darauf ab, nach den Maßstäben der Rechtsordnung fallspezifische Vorrangbedingungen für die Interessenkollision zu formulieren,<sup>303</sup> und betrachtet die Beweisverwertungsverbote mithin als zulässige Folgerung aus dem geltenden Recht.<sup>304</sup>

*Amelung* deutet die Problematik der Beweisverwertungsverbote unter dem Blickwinkel, dass die Strafprozessordnung dem Individuum subjektive Rechte garantiert, aufgrund derer der Inhaber beanspruchen kann, bestimmte Informationen zurückzuhalten und zu verhindern, dass sie von anderen gespeichert, weitergegeben oder verwertet werden.<sup>305</sup> Aus den Informationsbeherrschungsrechten ergeben sich nach Ansicht *Amelungs* der Abwehrensanspruch und der Folgenbeseitigungsanspruch. Beweisverwertungsverbote entstehen aus diesen beiden Ansprüchen.<sup>306</sup> *Störmer* sieht dies ähnlich; aber bei ihm entwickeln sich die Beweisverwertungsverbote aus dem Unterlassungsanspruch.<sup>307</sup>

Unter den erwähnten Theorien gilt noch keine als herrschender Ansatz. Wie schon im Landesbericht dargestellt, wird jeder theoretische Ansatz heftig kritisiert. Die deutsche Rechtsprechung hat oft die Anwendung von Beweisverwertungsverböten anhand des Schutzzwecks der verletzen Rechtsnorm und der Interessenabwägung bestimmt. Daher kann man sagen, dass die Schutzzwecklehren und die Abwägungslehre zwei bis heute wesentliche Theoriengruppen sind.

## B. USA

Die US-amerikanischen Theorien für die *Exclusionary Rule* lassen sich aus der Rechtsprechung ableiten. Die kasuistischen Eigenschaften des US-amerikanischen Rechts haben hinsichtlich der Theorien zwei Auswirkungen. Eine davon ist, dass die Theorien von der Rechtsprechung nicht klar getrennt werden können, die andere, dass die Theorien deutlich einen Charakter aufweisen, der vom Pragmatismus geprägt ist.

Die Rechtsprechung hat unterschiedliche Gedanken und Begründungen für den Beweisausschluss hervorgebracht, z.B. die justizielle Integrität, die Abschreckung der Polizei vor der Rechtswidrigkeit, den Schutz des Rechts auf Privatsphäre, den Rechtsbehelf für die Verletzung der Verfassungsrechte, den *Status quo ante* und die

<sup>303</sup> *Rogall*, FS für Hanack, 299; *ders.*, JZ 2008, 824.

<sup>304</sup> *Rogall*, in: Wolter (Hrsg.), Zur Theorie und Systematik des Strafprozessrechts, S. 156; *ders.*, JZ 1996, 948.

<sup>305</sup> *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, S. 30.

<sup>306</sup> *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, S. 52.

<sup>307</sup> Siehe oben Erster Teil, III.D.2.

Nichtigkeit der verfassungswidrigen Handlung. Unter diesen Begründungen haben nur die ersten zwei Ansätze eine wichtige Rolle in der Entwicklung der *Exclusionary Rule* übernommen. Die Lehre von der justiziellen Integrität vertritt, dass sich das Gericht nicht durch Verwertung der von der Polizei rechtswidrig erlangten Beweise an der illegalen Handlung beteiligen darf.<sup>308</sup> Dieser ethische Ansatz tangiert unter Umständen auch das Vertrauen in die Justiz bzw. die Regierung. Die Beweisverwertungsverbote können den Respekt vor dem Gesetz aufrechterhalten und das Vertrauen in die Justiz fördern.<sup>309</sup> Das Postulat der Abschreckung der Polizei besagt, dass der Polizei durch den Beweisausschluss der Anreiz zur Missachtung der Verfassung entzogen werden kann und somit künftigen unrechtmäßigen polizeilichen Handlungen vorgebeugt wird. Heute gilt die Abschreckung der Polizei vor künftiger Rechtswidrigkeit als der herrschende Grund für die *Exclusionary Rule*.

### C. Vergleich

Die mit dem Schutz der individuellen Rechte oder der Privatsphäre und der Disziplinierung oder Abschreckung der Strafverfolgungsbehörden verbundenen Ideen und die ethische Überlegung, dass die Justiz Straftäter nicht durch rechtswidrige Handlungen verfolgen darf, sind in den Theorien zu den deutschen Beweisverboten bzw. Beweisverwertungsverböten und in der amerikanischen *Exclusionary Rule* niedergelegt. Beide Rechtsordnungen haben bestimmt, dass die Verwertbarkeit eines Beweismittels nicht davon abhängig ist, ob es zuverlässig ist oder die Wahrheit nachweisen kann.<sup>310</sup> Allerdings weisen die Theorien beider Rechte einige beträchtliche Unterschiede auf.

Die auffälligste Diskrepanz ist, dass das deutsche Recht deutlich zahlreichere Theorien entwickelt hat als das US-amerikanische. In Deutschland beschäftigen sich zahlreiche Monografien und Abhandlungen mit dem Entwurf eines Systems der Beweisverwertungsverbote. Solche Untersuchungen gibt es in den USA hingegen nur wenige. Der Grund mag darin liegen, dass das deutsche Recht stark dogmatisch geprägt ist und den Theorien die Aufgabe zugemessen wird, Sachprobleme im Voraus zu lösen. Im US-amerikanischen Recht hingegen werden einzelne Sachprobleme durch die Rechtsprechung gelöst. Eine Theorie aufzustellen, die auf alle Fälle anwendbar ist, wäre für das US-amerikanische Recht praxisfern und nahezu undenkbar. Eine Theorie oder ein Prinzip hat spezifische Voraussetzungen und

---

<sup>308</sup> *Weeks v. U.S.*, 232 U.S. 383, 392 (1914); vgl. auch *Olmstead v. U.S.*, 277 U.S. 438, 470 (1928); *Harris*, StV 1991, 314; *Jackson*, (1996) 86 J. Crim. L. & Criminology 1223; *Allen*, (1961) 61 The Supreme Court Review 35.

<sup>309</sup> Vgl. *Olmstead v. U.S.*, 277 U.S. 438, 484 (1928).

<sup>310</sup> *Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozess, S. 39; Roxin/Arzt/Tiedemann, Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht, S. 87. Vgl. auch *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, S. 15; *Michigan v. Tucker*, 417 U.S. 433, 448 Fn. 23 (1974).

kann nicht für alle Fälle gelten. Aus der Sicht der Kasuistik hat jeder Fall seine eigene Beschaffenheit und kann sich damit von dem Fall, aus dem die Theorie oder das Prinzip gebildet wird, unterscheiden. Jeder Fall erfordert also eine gesonderte Analyse, und je nach den Umständen des konkreten Falls gibt es stets Ausnahmen zur Auslegung der Theorie oder vom Grundsatz.

Der zweite Unterschied betrifft die Blickwinkel der Theorien. Die deutschen Theorien haben die Beweisverwertungsverbote unter verschiedenen Aspekten analysiert, beispielsweise nach den Rechtsnormen an sich, der Funktion der Beweisverwertungsverbote, dem Interessenkonflikt im Strafprozess und dem Informationsbeherrschungsrecht des Individuums. Jede deutsche Theorie bestimmt Beweisverwertungsverbote wesentlich nach ihrer eigenen Methode. Im US-amerikanischen Recht wird dagegen überwiegend allein unter dem Aspekt des Zwecks der Beweisverwertungsverbote geforscht. Die theoretischen Diskussionen im US-amerikanischen Recht lassen sich deshalb nicht klar von der Suche nach dem Zweck der *Exclusionary Rule* trennen. Aus der Sicht des deutschen Rechts würden die US-amerikanischen Diskussionen in der Regel nur unter die Funktionslehren fallen. Hier zeigt sich deutlich der utilitaristische Einfluss der US-amerikanischen Theorien. Außer den zweckbezüglichen Theorien werden kaum Analysen oder Bemühungen unternommen, um zu einem System der Beweisverwertungsverbote nach bestimmten Methoden oder Standards zu gelangen. Festgelegte Regeln für die Lösung der Einzelfälle werden in der Kasuistik nicht begrüßt.

Der dritte Unterschied ist, dass die deutschen Theorien sich relativ unabhängig von der Rechtsprechung entwickeln können, während die US-amerikanischen Denkmodelle stark von der Rechtsprechung abhängig sind. Die deutsche Rechtsprechung nimmt zwar auch Einfluss auf die Theorien, indem sie z.B. Anstöße oder Beispiele für die Theorien liefert. Hauptsächlich aber nehmen die deutschen Theorien die Aufgabe wahr, als eine Art Vordenker Lösungsschemata für Fallkonstellationen herauszufinden. Es liegt hier ein interaktives Verhältnis zwischen der Rechtsprechung und den Theorien vor.<sup>311</sup> Jedoch entwickeln sich die deutschen Theorien im Vergleich zu den US-amerikanischen abstrakt und losgelöst von der Rechtsprechung. Dagegen lassen sich die US-amerikanischen theoretischen Ansätze zur *Exclusionary Rule* ausschließlich von der Rechtsprechung leiten. Die herrschende Meinung der US-amerikanischen Theorien verändert sich mit der Tendenz in der Rechtsprechung, die wiederum von der Besetzung des *Supreme Court* gesteuert wird. Daher sind es stets rechtspolitische Analysen und Überlegungen, die dort in den theoretischen Diskussionen großen Raum einnehmen.<sup>312</sup>

---

<sup>311</sup> Vgl. die Analyse zum Kriterium der deutschen Beweisverwertungsverbote oben Erster Teil, V.

<sup>312</sup> Z.B. *Steiker*, (1994) 107 Harv. L. Rev. 821.

## D. Reflexion über chinesische Begründungen

Die chinesische Literatur hat einige Ansätze oder Gedanken, z.B. in Bezug auf die Abschreckung vor rechtswidriger Beweiserhebung, die justizielle Integrität und das Vertrauen in die Justiz, hervorgebracht. Ähnliche Ansätze und Gedanken sind auch im deutschen und US-amerikanischen Recht zu finden. Allerdings sind die deutschen und US-amerikanischen Theorien zu den Beweisverwertungsverboten den chinesischen zahlenmäßig und inhaltlich überlegen. Die meisten chinesischen Forschungsarbeiten konzentrieren sich auf die konkrete Umsetzung der gesetzlichen Regelungen in die Praxis, also auf lineare Lösungen für die Probleme aus der Praxis. Nur in Zeiten, als man begann, Forschung zu den Beweisverwertungsverboten in China zu betreiben, wurden einige theoretische Überlegungen vorgebracht. Zugleich lassen die chinesischen Theorien Tiefe und Umfang vermissen. Zwar wird über Stellenwerte der Beweisverwertungsverbote eingehend diskutiert, doch stehen solche theoretischen Ansätze oder Überlegungen oft eher im Zeichen der rechtspolitischen Deklaration als im Zeichen der Dogmatik.

Es gibt vielfältige Gründe dafür, dass die chinesischen Theorien noch nicht ausgereift sind. Ein wichtiger Grund ist, dass das chinesische Strafverfahrensrecht nicht dazu neigt, praktische Probleme anhand von Theorien zu lösen. Die Strafprozessordnung wird in der chinesischen Praxis als Instrument zur Verwirklichung des Strafgesetzbuches angesehen. Bei vielen konkreten Problemen aus der Praxis wird versucht, sie auf die Exekutive zu verlagern, um sie dort zu lösen; nach dogmatischen Gründen wird dabei kaum gefragt. Ein anderer wichtiger Grund ist, dass die chinesische Rechtsprechung fast kein Material für theoretische Untersuchungen bezüglich des Strafprozessrechts bietet. Die chinesischen Gerichte beschäftigen sich überwiegend mit materiellen strafrechtlichen Fragen, dagegen sehr selten mit prozessualen Problemen, und insbesondere kaum mit der Beweisverwertung. Dies führt dazu, dass die theoretischen Erörterungen im chinesischen Strafverfahrensrecht von der Rechtsprechung abgesondert sind und leicht in das Fahrwasser der rechtspolitischen Propaganda geraten.

In Zukunft sollte in den chinesischen Theorien zur Beweisverwertung auf den Vorrang der Sicherung der Wahrheitsfindung verzichtet werden. Die Darstellungen bezüglich der Wahrheitsfindung in deutschen und US-amerikanischen Theorien haben gezeigt, dass die Wahrheitsfindung kein qualifizierter theoretischer Ansatz für Beweisverwertungsverbote sein kann. Denn bei den Verwertungsverboten, die in dieser Untersuchung vergleichend thematisiert werden, darf die Verwertbarkeit eines Beweismittels nicht davon abhängig sein, ob es zuverlässig ist oder die Wahrheit nachweisen kann. Die Zuverlässigkeit und Wahrheitsfähigkeit eines Beweismittels betrifft die Beweiskraft, während die Zulässigkeit eines Beweismittels im Strafverfahren die Beweisverbote bzw. Beweisverwertungsverbote berührt. Nach dem Verständnis des deutschen und US-amerikanischen Rechts sind die Beweisverbote und die *Exclusionary Rule* von anderen Interessen im Strafverfahren gelei-

tet als die Förderung der Wahrheitsfindung. Vielmehr beschränken sie die Wahrheitsfindung im Strafverfahren. Das deutsche und das US-amerikanische Recht haben längst die Ansicht von der Sicherung der Wahrheitsfindung durch Beweisverwertungsverbote verworfen. Das Beharren auf dieser Ansicht hat im chinesischen Recht zurzeit noch seine speziellen praktischen Grundlagen. Die chinesischen Juristen haben ihren Blickwinkel bis heute auf die verbotenen Vernehmungsmethoden beschränkt. Wenn Voraussetzungen und Wirkweisen von Beweisverboten bzw. Beweisverwertungsverboten im Laufe der Zeit von chinesischen Juristen umfassender und tiefer durchdrungen werden, wird das Primat der Wahrheitsfindung aller Voraussicht nach aufgegeben werden müssen.

Die chinesischen theoretischen Erörterungen sollten auch deutlich mehr Rechtsprechungsfälle als Beispiele oder Referenzen integrieren, damit sie aussagekräftige Nachweise aus der Praxis heranziehen können. Dies setzt voraus, dass die Rechtsprechung sich mit der Beweiswürdigung detailliert auseinandersetzt und die Beispiele veröffentlicht. Zur Erfüllung dieser Voraussetzungen benötigt das chinesische Recht in vielerlei Hinsicht Reformen und ohne Zweifel vor allem eine Stärkung der Unabhängigkeit des Richters sowie die Intensivierung der Richterausbildung.

## **IV. Zwecke der Beweisverwertungsverbote**

### **A. Deutschland**

Insgesamt betrachtet nehmen die meisten deutschen Theorien zu den Beweisverwertungsverboten den Schutz individueller Rechte als Zweck an. Der Gedanke des Rechtsschutzes für das Individuum beherrscht auch die deutsche Rechtsprechung zu den Beweisverwertungsverboten. Allerdings gilt dies nicht bei allen Konstellationen der Beweisverwertungsverbote. Vielmehr geht es lediglich um einen Hauptzweck, der durch die Grenzen der effektiven Strafverfolgung eingeschränkt wird.<sup>313</sup>

Der Schutz individueller Rechte als Hauptzweck der Beweisverwertungsverbote lässt sich unter drei Aspekten verstehen.<sup>314</sup> Ein bestimmender Faktor ist das Vertrauensverhältnis zwischen der Bevölkerung und dem Staat, das durch die historischen, gesellschaftlichen und sozialen Traditionen gebildet wird. Zweitens nimmt die staatliche Vorsorge- und Fürsorgeobliegenheit für das individuelle Recht einen wichtigen Platz ein. Der dritte bedeutende Aspekt gilt der staatlichen Selbstbeschränkung, die sich in den selbst gewählten rechtsstaatlichen Grenzen in der Rechtsprechung und der Rechtslehre nachweisen lässt.

---

<sup>313</sup> Vgl. oben Erster Teil, IV.

<sup>314</sup> Ausführliche Analyse siehe oben Erster Teil, IV.

## B. USA

Die Erörterungen über den Zweck der *Exclusionary Rule* stehen seit langem unter dem Einfluss der Rechtsprechung. Mit der Wandlung der herrschenden Ansicht in der Rechtsprechung erlebt der Zweck der *Exclusionary Rule* ebenfalls eine Änderung der Einschätzung dahingehend, dass mehrere Zwecke – die justizielle Integrität, der Schutz des Rechts auf Privatsphäre und der Abschreckungseffekt gegenüber der Polizei – letztlich auf einen einzigen Zweck, nämlich die Abschreckung der Polizei, reduziert werden. Dieser Zweck wird demnach zum Hauptzweck der *Exclusionary Rule*. Die Abschreckung der Polizei vor künftigem rechtswidrigem Handeln reflektiert das Misstrauen der Bevölkerung gegenüber der Regierung und der Polizei als deren Institution.<sup>315</sup> Dieses Misstrauen gegenüber der Regierung geht bis auf die Anfänge der Geschichte der amerikanischen Unabhängigkeit zurück. Das allgemeine Misstrauen wirkt sich auf die Einstellung der Bevölkerung zur Polizei aus. Nicht zuletzt die lange Geschichte der polizeilichen Korruption und die aktuelle Rolle der Polizei in den Auseinandersetzungen mit Demonstranten und rassenspezifischen *clashes* zeigen, dass dieses Misstrauen nicht unberechtigt ist.

## C. Vergleich

Der deutsche Zweck – der Schutz individueller Rechte – findet in der US-amerikanischen *Exclusionary Rule* eine Entsprechung im Schutz des Rechts auf Privatsphäre. Umgekehrt hat der US-amerikanische Zweck – die Abschreckung der Polizei vor künftigem rechtswidrigem Handeln – auch eine deutsche Entsprechung, die Disziplinierungsfunktion der Beweisverbote und Beweisverwertungsverbote. Außerdem verfolgen beide Rechtsordnungen den Gedanken der justiziellen Integrität bzw. der Anständigkeit oder sittlichen Überlegenheit des Staates. Beide Rechtsordnungen haben hinsichtlich des Zwecks der Beweisverwertungsverbote den Schwerpunkt allerdings unterschiedlich gesetzt; das deutsche Recht hat den Schutz individueller Rechte unterstrichen, während das US-amerikanische Recht die Abschreckung der Polizei in den Vordergrund stellt.

Dieser Unterschied lässt sich in beiden Ländern zunächst auf ihre historisch-gesellschaftliche Entwicklung zurückführen. Diese hat große Auswirkungen auf die Einstellung der Bevölkerung gegenüber dem Staat. Von der Zeit *Friedrichs II.* über *Bismarcks* Kanzlerschaft bis ins 20. Jahrhundert bildete sich in Deutschland eine satisfaktionsfähige Gesellschaft heraus, in der alle Schichten, vor allem Bürgertum und Adel, miteinander Kompromisse schließen konnten.<sup>316</sup> Letztlich ist aus dem Miteinander ein gewisses Vertrauensverhältnis zwischen der Bevölkerung und ihrem Staat bzw. der öffentlichen Macht in Deutschland entstanden. Heutzutage ver-

<sup>315</sup> Ausführliche Analyse siehe oben Zweiter Teil, IV.

<sup>316</sup> Ausführliche Erörterungen siehe oben Erster Teil, IV.



trauen nach Angaben einer Umfrage von 2013 immerhin 81 % der Deutschen ihrer Polizei.<sup>317</sup> In den USA hat hingegen im 18. Jahrhundert der damalige Missbrauch der staatlichen Macht Englands zur Loslösung und zur amerikanischen Unabhängigkeit geführt. Die US-Amerikaner verspürten von Anfang an keine Zuneigung zur öffentlichen Macht, vereinfacht gesagt misstrauten sie ihr sogar.<sup>318</sup> Die *Bill of Rights* der amerikanischen Verfassung wird regelrecht als regierungsfeindliches Bollwerk des Volkes angesehen.<sup>319</sup> Selbst als Vertreter der Regierung im Alltagsleben genießt die Polizei von alters her bei der Bevölkerung nur geringes Vertrauen. Außerdem begünstigen polizeiliche Korruption und Gewaltbereitschaft im Auftreten dieses historisch gewachsene Misstrauen, auch wenn sich das Verhältnis heute tendenziell und regional unterschiedlich verbessern mag.<sup>320</sup> Jedoch bleibt der Gedanke vorsichtigen Misstrauens gegen alle staatliche Macht eben schon aus historischem Grund ein Grundpfeiler der amerikanischen Verfassung. Aus dieser Sicht ist es verständlich, dass die Abschreckung der Polizei durch Beweisausschluss in den USA seit jeher hochgeschätzt wird, während sie für das deutsche Recht nur sehr begrenzte Anerkennung findet.

Zweitens ist dieser Unterschied auch in dem jeweiligen Prozessmodell verankert. Das deutsche inquisitorische Strafverfahren wird von Amts wegen vorangetrieben. Gleichzeitig werden den Behörden im Vergleich zum akkusatorischen Verfahren mehr Pflichten aufgebürdet, insbesondere Vorsorge- und Fürsorgeobliegenheiten. Dies spiegelt sich darin wider, dass einerseits der Staat zur Rechtsdurchsetzung aus der Unkenntnis des Beschuldigten oder des Zeugen keinen Vorteil ziehen will und die Rechtsbelehrungspflicht auf sich nimmt oder Aussagen des Beschuldigten, die dieser in Unkenntnis seiner Rechte macht, nicht als Rechtsverzicht ansieht, und dass andererseits Täuschung bei der Vernehmung eindeutig verboten ist, auch wenn der Begriff „Täuschung“ hier einschränkend ausgelegt wird und die Strafverfolgungsbehörden keine allgemeine Pflicht zur Gewährung richtiger Rechtsauskünfte und zur Raterteilung haben.<sup>321</sup> Im US-amerikanischen Strafverfahren herrschen wesentlich liberalere und individualistischere Ideen.<sup>322</sup> Das Individuum ist im US-amerikanischen Verfahren eigenverantwortlich. Seitens des Staates gibt es nur selten die Pflicht zur Vorsorge und Fürsorge. Z.B. ist bei einer zweiten Vernehmung nicht einmal eine qualifizierte Belehrung erforderlich, wenn bei der ersten Vernehmung keine *Miranda Warnings* erteilt wurden; es besteht die Auffassung, dass die Polizei nicht ausreichend in der Lage ist, die Rolle des Rechtsanwalts zu

---

<sup>317</sup> Aus einem Medienbericht. Abrufbar unter <http://www.dw.de/deutschland-liebt-die-polizei/a-16588227> [Stand: 15.07.2018].

<sup>318</sup> Ausführliche Erörterungen siehe oben Zweiter Teil, IV.

<sup>319</sup> Vgl. *Amsterdam*, (1974) 58 Minn. L. Rev. 353.

<sup>320</sup> In der oben in Anm. 318 genannten Umfrage liegt die Vertrauensquote der amerikanischen Bevölkerung in ihre Polizei allerdings auch bei sehr guten 80 %.

<sup>321</sup> Vgl. SK-StPO/Rogall, 5. Aufl., § 136a Rn. 59.

<sup>322</sup> Vgl. Herrmann, FS für Jescheck, S. 1304 f.

übernehmen.<sup>323</sup> Auch durch Täuschung erlangte Aussagen werden grundsätzlich als freiwillig betrachtet.<sup>324</sup> Der Schutz individueller Rechte durch Beweisverwertungsverbote kann daher im inquisitorischen Verfahren Anerkennung finden, im akkusatorischen Verfahren eher nicht.

Zum Schluss ist noch einmal zu bemerken, dass der Schutz individueller Rechte im deutschen Recht und die Abschreckung der Polizei im US-amerikanischen Recht in beiden Ländern nur Hauptzwecke sind. Sie können nicht in allen Fällen den Ausschlag geben und unterliegen manchmal den Grenzen effektiver Strafverfolgung. Beispielsweise haben die dem Schutz individueller Rechte dienenden Verwertungsverbote in Deutschland grundsätzlich keine Fernwirkung. Bei der Kommunikationsüberwachung in den USA – der *interception of wire communication* oder der *interception of oral communication* – können Gesetzesverletzungen nicht ohne Weiteres zum Ausschluss der Beweise führen; die US-amerikanische Rechtsprechung weist dabei eine deutlich größere Toleranz gegenüber diesen Fehlern auf als bei der Durchsuchung und Beschlagnahme. Außerdem lassen beide Rechtsordnungen bei Zufallsfunden aus der Telekommunikationsüberwachung die weitestgehende Verwendung der zufällig erfassten Informationen zu.<sup>325</sup>

#### D. Reformüberlegungen für China

Das chinesische Recht hat den Beweisverwertungsverbote die Sicherung der materiellen Wahrheitsfindung als Zweck zugewiesen, was im deutschen und US-amerikanischen Recht längst verworfen worden ist. Dabei wird im chinesischen Recht wesentlich nur der Aspekt in Betracht gezogen, dass viele falsche Verurteilungen aufgrund von Folterungen zustande gekommen sind. Für das Rechtsinstitut der Beweisverbote bzw. Beweisverwertungsverbote, wie es im deutschen und im US-amerikanischen Recht gehandhabt wird, fehlt im chinesischen Recht noch das vollständige Verständnis. Beweisverwertungsverbote können nicht nur bei Vernehmungen, sondern auch bei prozessualen Zwangsmaßnahmen entstehen. Die Sicherung der materiellen Wahrheitsfindung kann nicht als Grund für alle Beweisverwertungsverbote gelten. Dies wurde schon in den Erörterungen zum theoretischen Ansatz der Sicherung der Wahrheitsfindung dargestellt. Langfristig gesehen kann die Sicherung der materiellen Wahrheitsfindung nicht als Hauptzweck der Beweisverwertungsverbote dienen, wenn dieses Rechtsinstitut im chinesischen Recht im richtigen Sinne begriffen wird. Die materielle Wahrheitsfindung wird insofern in China künftig ausgedient haben.

---

<sup>323</sup> *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298, 316 (1985).

<sup>324</sup> Vgl. *Broun* (Hrsg.), McCormick on Evidence, Band I, S. 852.

<sup>325</sup> Siehe oben Vierter Teil, II.D.4.c) und II.E.3.

Der deutsche Zweck des Schutzes individueller Rechte und der US-amerikanische Zweck der Abschreckung der Polizei entsprechen der jeweiligen historisch-gesellschaftlichen Entwicklung und dem jeweiligen Prozessmodell. Wenn man das chinesische Recht unter diesen beiden Aspekten betrachtet, hat das chinesische Recht mehr Ähnlichkeit mit dem deutschen als mit dem US-amerikanischen Recht.

Unter dem Einfluss des Konfuzianismus und des Kommunismus hat sich in China das Phänomen des Kollektivismus entwickelt und ist in der Mentalität der Chinesen tief verwurzelt. Der Kollektivismus betont die Gehorsamkeit des Individuums gegenüber dem Kollektiv; im Verhältnis zwischen Staat und Bürgern wird die Unterordnung der Bürger gegenüber dem Staat hervorgehoben. Dabei erwarten aber die Bürger im Gegenzug vom Staat ein gewisses Maß an Fürsorglichkeit. China denkt, was dies betrifft, somit historisch-gesellschaftlich in etwa ähnlich wie Deutschland, aber grundsätzlich anders als die USA. Allerdings existieren auch in diesem gesellschaftlichen Bereich deutliche Unterschiede zwischen Deutschland und China. Es fehlt z.B. in der chinesischen Geschichte die Phase der individualistischen Aufklärung, die Deutschland seit Jahrhunderten geprägt hat. Auch das im Laufe der Jahrhunderte gebildete Vertrauen der Bürger in ihren Staat, wie es in Deutschland besteht, wurde in China vor allem in den letzten Jahrzehnten schwerwiegend beeinträchtigt. Allerdings können diese Unterschiede den fundamentalen Aspekt des chinesischen Strafverfahrens nicht außer Kraft setzen, nämlich dass die Verwirklichung individueller Rechte im Strafverfahren wesentlich dem Staat bzw. den Justizorganen überlassen bleibt und dem Staat eine Fürsorgeobliegenheit aufgebürdet wird.

Hinsichtlich des Prozessmodells zielt das chinesische Strafverfahren zwar grundsätzlich auf die Findung der absoluten materiellen Wahrheit ab, ist aber im Wesentlichen dem deutschen ähnlich. Beide Rechtsordnungen agieren nach dem inquisitorischen Verfahren; die Justizorgane haben in beiden Ländern eine Fürsorgeobliegenheit, und die Eigenverantwortlichkeit des Individuums wird im Strafverfahren nicht so ausdrücklich betont, wie dies im US-amerikanischen Recht geschieht.

Die Abschreckung der Polizei vor rechtswidrigem Handeln aufgrund von Beweisverwertungsverböten kann im chinesischen Strafverfahren nicht erreicht werden. Wie schon bei der Erörterung der Theorien im chinesischen Recht zur Abschreckung vor Rechtsverletzungen bei der Beweiserhebung analysiert und aufgezeigt wurde, ist eine Abschreckung der chinesischen Polizei zumindest kurzfristig eher durch effektive individuelle Sanktionen oder Disziplinarmaßnahmen als durch Beweisverwertungsverböte zu erreichen. Exekutorische Sanktionen können in China auf die Polizei stärker wirken als prozessuale Maßnahmen. Der Grund dafür ist, dass die Rechtsprechung in China nicht unabhängig und somit schwach ist und sich gegenüber der Exekutive nicht durchsetzen kann.

Aus der obigen Analyse ergibt sich, dass das chinesische Recht, was den Zweck der Beweisverwertungsverbote anbelangt, vom deutschen Recht lernen kann, sich mehr auf den Schutz individueller Rechte auszurichten. Allerdings soll der Schutz individueller Rechte auch nur als übergeordneter Hauptzweck gesehen werden, wie dies im deutschen und US-amerikanischen Recht geschieht. Der Schutz individueller Rechte kann hinsichtlich der Beweisverwertungsverbote nicht in allen Fällen uneingeschränkt Vorrang haben; unter Umständen unterliegt die Problematik der Beweisverwertung den Grenzen effektiver Strafverfolgung (z.B. bei der Fernwirkung). Zweifellos kann aber zudem durch einen einwandfreien Umgang mit den Beweisverwertungsverböten die justizielle Integrität jedes Rechtssystems wirkungsvoll gesteigert werden.

## V. Kriterien der Beweisverwertungsverböte

### A. Deutschland

Mit den deutschen Denkansätzen wurde seit langem vergeblich versucht, eine allgemein gültige Theorie zu den Beweisverböten bzw. Beweisverwertungsverböten aufzustellen.<sup>326</sup> In der Rechtsprechung wird in den meisten Fällen eine Interessenabwägung zur Bestimmung der Verwertbarkeit der Beweise vorgenommen. In der Literatur hat *Rogall* eine Abwägungslehre entwickelt, die der Vorgehensweise der Rechtsprechung grundsätzlich zustimmt, dass sich über ein Beweisverwertungsverbot im Wege der Abwägung des individuellen Interesses und des staatlichen Interesses nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls entscheiden lässt. Beim individuellen Interesse werden die Schwere des Verstoßes, der Schutzzweck der verletzten Vorschrift und das Schutzbedürfnis des Betroffenen in Betracht gezogen. Das staatliche Interesse berücksichtigt die Schwere der Straftat. Hypothetische Ermittlungsverläufe werden bei der Interessenabwägung miteinbezogen.

An diesem aus dem Richterrecht entwickelten Kriterium wird zwar kritisiert, dass es gegenüber den sich aus einer Theorie ergebenden abstrakten Standards oder allgemeinen Rahmenregelungen zu Rechtsunsicherheit und Irrationalität führen kann.<sup>327</sup> Aber abwägende Arbeit ist für den Richter bei der Rechtsprechung stets unverzichtbar,<sup>328</sup> und die Schwierigkeiten im Verlauf der Abwägungsprozesse sind kontrollierbar.<sup>329</sup> Außerdem können auch die theoretischen Ansätze zu Beweisver-

<sup>326</sup> *Conen*, FS für Eisenberg, S. 462; *Hellmann*, Strafprozessrecht, Rn. 782.

<sup>327</sup> Vgl. oben Erster Teil, III.C.1.

<sup>328</sup> Vgl. *Peters*, Beweisverböte im deutschen Strafverfahren, Gutachten für den 46. DJT, Band I Teil 3A, S. 147.

<sup>329</sup> Vgl. *Klug*, Referat zum 46. DJT, Band II, Teil F, S. 42 f.

boten bzw. Beweisverwertungsverbote die Abwägung nicht vermeiden, wenn für konkrete Fälle differenzierte Lösungen gesucht werden müssen.<sup>330</sup> Die theoretischen Ansätze stehen außerdem in nicht geringem Maße bereits unter dem Einfluss der Rechtsprechung; einige Ansätze orientieren sich teilweise sogar an der Rechtsprechung zu bestimmten Sachverhalten.<sup>331</sup>

## B. USA

Grundsätzlich ist die *Exclusionary Rule* anzuwenden, wenn Rechtswidrigkeit einer polizeilichen Zwangsmaßnahme besteht. Das Kriterium lässt sich aber schlecht kasuistisch umsetzen. In der Kasuistik wird die Einzelfallprüfung bevorzugt, und es werden Grundsätze für Sachverhalte mittels Rechtsprechung aufgestellt bzw. revidiert. In Bezug auf die *Exclusionary Rule* hat das US-amerikanische Recht die *bright-line rules* und das *balancing of interests* entwickelt, die beide als Grundsätze für bestimmte Fallkonstellationen gelten. Heutzutage wird häufig das *cost-benefit balancing* angewandt, bei dem es sich um ein reduziertes *balancing of interests* handelt. Dabei werden die sozialen Kosten des Ausschlusses von Schuldbeweisen bzw. die sozialen Kosten der Anwendung der *Exclusionary Rule* gegen den Nutzen – die Abschreckung der Polizei vor Fehlverhalten – abgewogen.<sup>332</sup> In den letzten Jahren hat die Rechtsprechung die Kosten als größer veranschlagt und den Nutzen wesentlich reduziert.<sup>333</sup> Folglich wird nicht selten von der Anwendung der *Exclusionary Rule* abgesehen und somit wird ihr Hauptzweck, die Abschreckung der Polizei vor künftigen rechtswidrigen Handlungen, deutlich beschränkt.

## C. Vergleich

Das deutsche Recht wendet in den meisten Fällen zur Bestimmung der Beweisverwertungsverbote die Interessenabwägung an. Das US-amerikanische Recht bevorzugt die Einzelfallprüfung und hat kein allgemeines Kriterium für den Beweisausschluss aufgestellt. Allerdings ist anzuerkennen, dass in der US-amerikanischen Rechtsprechung durch die *bright-line rules* und das *balancing of interests* Richtschnüre für bestimmte Fallkonstellationen entwickelt wurden. In den letzten Jahren hat die US-amerikanische Rechtsprechung öfter ein *cost-benefit balancing* bei der Anwendung der *Exclusionary Rule* vorgenommen. Wenn man hinsichtlich dieses Kriteriums die beiden Rechtsordnungen dennoch vergleichen möchte, sind die Inte-

---

<sup>330</sup> Vgl. Rogall, FS für Hanack, S. 295; Kühne, Strafprozessrecht, Rn. 908–908.3.

<sup>331</sup> Siehe oben Erster Teil, V.

<sup>332</sup> Giddings, (2006) 91 Iowa L. Rev. 1068; Holland, (2009) 36 Rutgers L. Rec. 40; Wasserstrom/Mertens, (1984) 22 Am.Crim. L. Rev. 87; Milhizer, (2008) 39 U. Tol. L. Rev. 759; Cammack, in: Thaman (Hrsg.), *Exclusionary Rules in Comparative Law*, S. 4 f.

<sup>333</sup> Bloom/Fentin, (2010) 13 U. Pa. J. Const. L. 62.

ressenabwägung und das *cost-benefit balancing* für den Rechtsvergleich ausschlaggebend.

Das deutsche Recht berücksichtigt bei der Abwägung mehr Aspekte. Das US-amerikanische *cost-benefit balancing* ist dagegen eine vergleichsweise reduzierte Form der Interessenabwägung des deutschen Rechts. Im deutschen Recht wird das individuelle Interesse gegen das staatliche Strafverfolgungsinteresse abgewogen; dabei werden die Schwere des Rechtsverstoßes, der Schutzzweck der verletzten Vorschrift und das Schutzbedürfnis des Betroffenen auf der Seite des individuellen Interesses und die Schwere der Straftat auf der Seite des staatlichen Interesses bewertet. Darüber hinaus werden auch hypothetische Ermittlungsverläufe in Betracht gezogen. Bei der Abwägung nach US-amerikanischem Recht wird der Ausschluss von Schuldbeweisen als Kosten und der Abschreckungseffekt gegenüber der Polizei als Nutzen angesehen. Es wurde Kritik daran geübt, dass viele Faktoren, wie die Schwere der Straftat, die mögliche Gefährlichkeit des Beschuldigten, die Motive der Polizei usw., bei der Abwägung unter den Tisch fallen.<sup>334</sup> Außerdem hat die amerikanische Rechtsprechung keine genauen Faktoren zur Bestimmung der Kosten und des Nutzens herausgearbeitet. Die Einschätzung der Kosten und des Nutzens unterliegt seit Jahren großen Schwankungen,<sup>335</sup> so dass die Anwendung der *Exclusionary Rule* deutlich beschränkt wird.

Ein weiterer Unterschied ist, dass ein *cost-benefit balancing* stark vom Zweck der *Exclusionary Rule* beeinflusst wird, während sich die deutsche Interessenabwägung an sich nicht am Zweck von Beweisverwertungsverböten orientiert. Fast jede Problematik im Strafverfahren lässt sich dem Konflikt zwischen dem individuellen Interesse und dem staatlichen Verfolgungsinteresse zuordnen. Daher bietet es sich an, hierbei mittels einer Interessenabwägung über die Verwertbarkeit der Beweise zu entscheiden. Das ist der Ausgangspunkt des deutschen Rechts. Der Schutz individueller Rechte könnte sich erst dann als Zweck erweisen, wenn ein Verwertungsverbot aus dieser Abwägung folgt. Das US-amerikanische Recht hat allerdings aufgrund seines Pragmatismus den Abschreckungseffekt gegenüber der Polizei hervorgehoben und ihn zu diesem Interessenkonflikt hinzugefügt; der Abschreckungseffekt wird als Nutzen angesehen und gegen die Kosten der *Exclusionary Rule*, die dem privaten Interesse dienen soll und das Strafverfolgungsinteresse beeinträchtigen kann, abgewogen.

Obwohl die Beweisverwertungsverbote und die *Exclusionary Rule* unterschiedliche Zwecke verfolgen, wenden beide Rechtsordnungen bei der Entscheidung über die Verwertbarkeit ähnliche Kriterien an. Diese Gemeinsamkeit mag wiederum bestätigen, dass die Abwägung generell eine unverzichtbare Vorgehensweise für die richterliche Arbeit ist, wenn man eine die Umstände des Einzelfalls berücksichtigende und gerechte Entscheidung zu treffen hat.

---

<sup>334</sup> Milhizer, (2008) 39 U. Tol. L. Rev. 759.

<sup>335</sup> Bloom/Fentin, (2010) 13 U. Pa. J. Const. L. 62.

### D. Reformüberlegungen für China

Die chinesischen gesetzlichen Kriterien für einen – absoluten oder relativen – Beweisausschluss lassen sich je nach Art des Beweismittels rein mechanisch anwenden. Sie können jedoch im konkreten Fall nicht immer die gerechte Lösung anbieten.<sup>336</sup> Ein rechtlich valider Weg zur Entscheidung über die Verwertbarkeit eines Beweismittels sieht vor, eine Interessenabwägung unter Berücksichtigung der konkreten Umstände im Einzelfall vorzunehmen. Diese Methode wird heute im deutschen Recht im Wesentlichen angewandt und auch in der US-amerikanischen Rechtsprechung häufig, aber in einer reduzierten Form, genutzt. Auch das chinesische Recht sollte sich die Vorteile dieser Vorgehensweise zu eigen machen, wenn gerechte Urteile für Einzelfälle zu finden sind.

Der Nutzen der Interessenabwägung wird bereits von einigen chinesischen Rechtswissenschaftlern artikuliert, und die zu berücksichtigenden Elemente werden ebenfalls detailliert aufgelistet: die Schwere der Rechtswidrigkeit der Ermittlungspersonen; die mögliche Verletzung wichtiger Vorschriften durch die Beweiserhebung; die mögliche Verletzung eines wichtigen Rechts; die Bedeutung des Beweises für die Feststellung der Tatsachen; die mögliche Beeinträchtigung der justiziellen Gerechtigkeit; die Schwere der Straftat; die hypothetische Möglichkeit, das Beweismittel auf rechtmäßigem Wege zu finden; die mögliche Heilung von Rechtsfehlern durch Korrekturen.<sup>337</sup> Die meisten der in der chinesischen Diskussion genannten Elemente der Abwägung ähneln stark denen im deutschen und US-amerikanischen Recht. Die vorgeschlagene Interessenabwägung beinhaltet den Gedanken des Schutzzwecks der Rechtsnorm und die hypothetischen Ermittlungsverläufe; dieser Entwurf ist zu befürworten. Jedoch verrät das letzte Element – die Frage, ob der Rechtsfehler durch Korrekturen geheilt werden könnte –, dass man sich von dem Gedanken, die staatliche Rechtswidrigkeit möglichst zu heilen, noch nicht emanzipieren konnte; er findet oft in der chinesischen Strafprozessordnung und den Erklärungen der Justizorgane Ausdruck und dient der Sicherung der absoluten Wahrheitsfindung. Die Heilbarkeit eines Rechtsfehlers, die in der chinesischen Strafprozessordnung und den justiziellen Erklärungen erwähnt wird, ist einerseits kein geeignetes Element für die Interessenabwägung und sollte dort keine Rolle spielen. Denn solche angeblich heilbaren Fehler können in der Realität in verschiedenen Formen oder Konstellationen erscheinen. Z.B. kann eine fehlende Unterschrift des Beschuldigten im Vernehmungsprotokoll<sup>338</sup> darauf zurückzuführen sein, dass er gefoltert wurde und die Unterschrift verweigerte. Andererseits ist die Heilbarkeit eines Fehlers kein eigenständiger Faktor in der Interessenabwägung, wenn

---

<sup>336</sup> Für Kritik daran siehe oben Dritter Teil, V.

<sup>337</sup> *Chen, Ruihua*, *Feifa zhengju paichu guize de zhongguo moshi*, *Zhongguo faxue* 2010, Heft 6, 37 (陈瑞华, 非法证据排除规则的中国模式, 中国法学 2010 年第 6 期, 第 37 页).

<sup>338</sup> Ein in § 82 der Erklärungen des Obersten Volksgerichtshofs zur Strafprozessordnung aufgelisteter Fehler.

man unter heilbaren Fehlern geringfügige, fahrlässige und formale Makel versteht. In diesem Fall kann die Heilbarkeit eines Fehlers von der Schwere der den Ermittlungspersonen anzulastenden Rechtswidrigkeit oder den hypothetischen Ermittlungsverläufen abhängen und sich im konkreten Fall diesen zwei Elementen zuordnen lassen.

Allerdings sollte die Interessenabwägung möglichst anhand zahlreicher Rechtsprechungsäußerungen in die Praxis umgesetzt werden; so kann sich das abstrakte Kriterium durch konkrete Anwendung in verschiedenen Fällen klären und verdeutlichen lassen. Es kommt vor allem auf Fortschritte in der richterlichen Rechtsfortbildung an. In dem vom Formalismus beherrschten chinesischen Strafverfahren ist noch ein langer Weg zu gehen, bis die richterliche Rechtsfortbildung den Nutzen der Interessenabwägung erkennen und wirksam machen kann. Die Daseinsberechtigung des Richteramts besteht darin, abzuwägen. Daher sind umfassende Reformen in der Justiz in China unumgänglich.



## Schlussbewertung

Diese Untersuchung hat zum Ziel, auf der Basis eines systematischen Vergleichs zwischen dem deutschen Recht und dem US-amerikanischen Recht Reformvorschläge für die chinesischen Beweisverwertungsverbote zu entwickeln. Vergleicht man die einander entsprechenden Sachverhalte der Beweisverwertungsverbote im deutschen und US-amerikanischen Recht, kann sich ergeben, dass die deutschen Beweisverwertungsverbote und die US-amerikanische *Exclusionary Rule* oft gleiche oder nahe verwandte Grundsätze haben. Solche Grundsätze dienen der Beschränkung der staatlichen Handlungen bei der Strafverfolgung und dem Schutz der individuellen Interessen. Sie erweisen sich als grundlegende Standards der Rechtsstaatlichkeit. Nicht wenige von ihnen fehlen noch im chinesischen Recht. Sogar die gesetzlichen Grundlagen für diese Grundsätze lassen in China noch auf sich warten, z.B. das Schweigerecht des Beschuldigten und das Verwertungsverbot bei fehlender Belehrung über dieses Recht, das Zeugnisverweigerungsrecht und das Auskunftsverweigerungsrecht des Zeugen und die eventuell darauf beruhenden Verwertungsverbote, der Richtervorbehalt bei Zwangsmaßnahmen und das Verwertungsverbot bei absichtlicher Verletzung des Richtervorbehalts, ferner der Schutz der Privatsphäre und das Verwertungsverbot aufgrund unverhältnismäßiger Eingriffe in die Privatsphäre. Die chinesische Rechtsordnung sollte sich solche Grundsätze und die entsprechenden gesetzlichen Grundlagen zu eigen machen.

Allerdings gibt es zwischen dem deutschen Recht und dem US-amerikanischen Recht auch viele Unterschiede bei konkreten Fallkonstellationen. Diese Unterschiede lassen sich nicht nur aus den voneinander abweichenden Ergebnissen beider Rechtsordnungen ablesen, sondern auch aus den unterschiedlichen Begründungen der beiden Rechtsordnungen für ein gleiches Ergebnis im konkreten Fall. Insgesamt sind zwei wesentliche Unterschiede festzuhalten. Zum einen deuten die deutschen Beweisverwertungsverbote auf eine staatliche Vorsorge- und Fürsorgeobliegenheit hin, die hinsichtlich der US-amerikanischen *Exclusionary Rule* nicht existiert. Zum anderen bietet das deutsche Recht durch Beweisverwertungsverbote mehr Schutz für die Privatsphäre als das US-amerikanische Recht mit seiner *Exclusionary Rule*. Zwischen den unterschiedlichen Vorgehensweisen im deutschen und im US-amerikanischen Recht sollte das chinesische Recht angesichts seiner eigenen Rechtslage seine Reformen definieren.

Der erste Unterschied lässt sich vor allem durch die unterschiedlichen Einstellungen des deutschen und US-amerikanischen Rechts zu den Rechtsbelehrungen und der Täuschung verdeutlichen. Dies wurde schon an einigen Stellen im vierten Teil angesprochen.

Das deutsche Recht sieht mit den rechtzeitigen Rechtsbelehrungen des Betroffenen, also bevor staatliche Entscheidungen getroffen werden, die staatliche Fürsorgeobliegenheit gewahrt. Beispiele dafür sind die Belehrungen über das Schweigerecht und das Verteidigerkonsultationsrecht bei der Beschuldigtenvernehmung, die Belehrungen über das Zeugnisverweigerungsrecht aus familiärem Grund und das Auskunftsverweigerungsrecht bei der Zeugenvernehmung, die Belehrung über den Verwendungszweck der erhobenen Materialien für die DNA-Analyse vor der Einwilligung des Betroffenen und die qualifizierte Belehrung bei einer zweiten Vernehmung, wenn die Schweigerechtsbelehrung vorher unterlassen wurde. Was diese Belehrungen anbelangt, wird in den USA entweder die Regulierung des polizeilichen Verhaltens in den Vordergrund gestellt, oder sie werden gar nicht erteilt, z.B. Nichtanerkennen der qualifizierten Belehrung.<sup>1</sup> Da in China das Bewusstsein für die persönlichen prozessualen Rechte im Allgemeinen noch nicht stark entwickelt ist, sollten die Vernehmenden von sich aus eine Fürsorgepflicht übernehmen und den Betroffenen über seine Rechte belehren.

Täuschung ist in Deutschland verboten, und die dadurch erlangten Aussagen sind unverwertbar, in den USA hingegen gilt die gegenläufige Regelung. Dieser Unterschied gründet, wie schon im vierten Teil erwähnt, wesentlich auf den Unterschieden der Prozessmodelle. Im Inquisitionsverfahren wird die Initiative den Strafverfolgungsbehörden und dem Gericht überlassen, zugleich werden den Strafverfolgungsbehörden und dem Gericht aber auch Vorsorge- und Fürsorgeobliegenheiten aufgebürdet. Wenn der Vernommene unter dem Einfluss einer von den staatlichen Strafverfolgungsbehörden veranlassten Täuschung etwas ausgesagt hat, was er eigentlich nicht wollte, geht das deutsche Recht davon aus, dass der Staat Schuld daran trägt, die Willensfreiheit des Vernommenen zu beeinträchtigen. Hingegen müssen im akkusatorischen Verfahren oft die Prozessparteien die Initiative ergreifen, und der betroffene Bürger soll als eigenverantwortliche Person bei seinen Entscheidungen im Strafverfahren auf die Inanspruchnahme seiner Rechte achten. Wenn der Vernommene unter dem Einfluss von Täuschung ausgesagt oder gestanden hat, wird dies im US-amerikanischen Recht als eigenverantwortliches Verhalten betrachtet. Das chinesische Strafverfahren hat zwar die Täuschung gesetzlich verboten; aber die verbotene Täuschung ist hier in einem wesentlich engeren Sinne definiert als im deutschen Recht. Das chinesische Recht hat im Gesetz nicht deutlich anerkannt, dass die vom Staat vorsätzlich veranlasste Täuschung die Willensfreiheit des Vernommenen beeinträchtigen kann. Viele Täuschungskonstellationen werden in der chinesischen Praxis als Ermittlungslist bezeichnet und akzeptiert. Im Falle der Täuschung sollte das chinesische Recht sich im Spannungsfeld zwischen Ermittlungsinteresse und individuellem Interesse mehr am Schutz des individuellen Rechts orientieren und somit die Kriterien der verbotenen Täuschung erweitern.

---

<sup>1</sup> *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298, 316 (1985).

Der zweite große Unterschied zwischen dem US-amerikanischen und dem deutschen Rechtssystem bezieht sich auf den Schutz der Privatsphäre, und zwar im materiellrechtlichen Sinne. Dieser Unterschied lässt sich z.B. unter zwei Aspekten beleuchten: zum einen bei der Durchsuchung sowie Beschlagnahme und zum anderen bei der Überwachung (Telekommunikationsüberwachung, akustische Überwachung innerhalb und außerhalb der Wohnung und Videoaufnahme oder -überwachung).

Der 4. Zusatzartikel zur US-amerikanischen Verfassung sieht den Schutz der Privatsphäre vor, der mit dem Privathaus verbunden ist. Aber dieser Rechtsschutz bezieht sich auf das Prozedere für Durchsuchung und Beschlagnahme, mit anderen Worten: auf das polizeiliche Verhalten bei diesen Maßnahmen. Viele US-amerikanische Entscheidungen und Prinzipien beschäftigen sich damit, ob eine konkrete polizeiliche Handlung in den geschützten Hausbereich eingegriffen hat und sich als *search* darstellt oder ob die Polizei gegen Regelungen oder präjudizielle Grundsätze bezüglich des Prozedere für Durchsuchung und Beschlagnahme verstoßen hat. Im Vergleich zum deutschen Recht hat das US-amerikanische mehr prozessuale Schranken für Durchsuchung und Beschlagnahme errichtet. Formale Fehler können in diesem Zusammenhang in den USA leichter Verwertungsverbote hervorrufen als in Deutschland.<sup>2</sup> Der Schutz der Privatsphäre im materiellrechtlichen Sinne bei Durchsuchung und Beschlagnahme wird jedoch im US-amerikanischen Recht kaum angesprochen. Das bedeutet konkret, dass in den USA Gegenstände, die Höchstpersönliches beinhalten, z.B. Tagebücher, beschlagnahmt und verwertet werden können, solange sie in dem richterlichen *warrant* aufgeführt sind. Es gibt im US-amerikanischen Recht bei Durchsuchung und Beschlagnahme keine Unterscheidung zwischen normalen Gegenständen und solchen, die das Privatleben tiefgehend betreffen. Das deutsche Recht hat zwar im Vergleich zum US-amerikanischen Recht nur wenige Regeln des Prozedere für Durchsuchung und Beschlagnahme vorgeschrieben, schließt aber Gegenstände eindeutig aus, die nach der Dreistufentheorie zum Kernbereich gehörende Informationen beinhalten. Im chinesischen Recht fehlt bei der Durchsuchung und Beschlagnahme der Aspekt des Schutzes der Privatsphäre sowohl im prozessualen Sinne als auch im materiellrechtlichen Sinne. Einerseits sollte das chinesische Recht prozessuale Beschränkungen bei solchen Maßnahmen benennen. Andererseits sollten einige beschlagnahmte Gegenstände wie Tagebücher oder Tonaufnahmen, die die Privatsphäre besonders betreffen können, unter Umständen von der Verwertung ausgeschlossen werden. Im konkreten Fall sollte eine Interessenabwägung unter Betrachtung der Umstände des Falles vorgenommen werden, um die Verwertbarkeit solcher Beweismittel zu bestimmen.

Die Telekommunikationsüberwachung wird im deutschen Recht als ernsterer Eingriff in die Privatsphäre angesehen als im US-amerikanischen Recht.<sup>3</sup> Das deutsche Recht bietet mehr Schutz für die Privatsphäre im materiellrechtlichen Sinne als das

---

<sup>2</sup> Vgl. *Bradley*, GA 1985, 109.

<sup>3</sup> *Bradley*, GA 1985, 109 f.

US-amerikanische, was sich unter anderem in folgender Hinsicht zeigt: das US-amerikanische Recht kennt nur bei der Telefonüberwachung Verwertungsverbote, während das deutsche Recht sowohl bei der Telefonüberwachung als auch bei der Überwachung von Internetkommunikation Verwertungsverbote anerkennt. Anders als im deutschen Recht unterliegt in den USA die Erlangung von Informationen über Umstände der *wire communication* und der *electronic communication* keinen gesetzlichen Beschränkungen. Ein bedeutsamer und in der Praxis folgenreicher Unterschied bezüglich des Schutzes der Privatsphäre ist das Kriterium der beiden Rechtsordnungen für die von der Überwachung oder der Verwertung auszuschließende Kommunikation. Das deutsche Recht zieht die Dreistufentheorie heran und entscheidet je nach Relevanz der Kommunikation für die Privatsphäre über die Verwertbarkeit. Das US-amerikanische Recht beschränkt sich auf das allgemeine Kriterium der „Minimierung“, das sich nach der Relevanz der Kommunikation für die Straftat richtet. Aus dem Vergleich beider Kriterien ergibt sich, dass der Schutzbereich der Privatsphäre bei der Minimierung geringer ist als bei Anwendung der Dreistufentheorie.<sup>4</sup> In der chinesischen Strafprozessordnung finden sich nur allgemeine Vorschriften für alle technischen Ermittlungsmaßnahmen; diese Vorschriften gelten auch für die Telekommunikationsüberwachung. Die gesetzlichen Beschränkungen sind nur allgemein vorgeschrieben, und in Zukunft werden spezifische Beschränkungen für die Telekommunikationsüberwachung (und sonstige jeweils angewandte technische Ermittlungsmaßnahmen) notwendig sein. Denn jede technische Ermittlungsmaßnahme bringt ein eigenes Maß an Eingriff in die Privatsphäre mit sich. In Bezug auf den Schutz der Privatsphäre bei dieser Maßnahme könnte es für das chinesische Recht sinnvoll sein, die deutsche idealistische Lösungsmethode der Dreistufentheorie und die US-amerikanische pragmatische Vorgehensweise der Minimierung zu kombinieren.

Bei der akustischen Überwachung innerhalb und außerhalb der Wohnung wird im deutschen Recht die Wohnung als Grenze für den Schutz der Privatsphäre anerkannt; das deutsche Recht schützt bei einer Überwachung innerhalb der Wohnung auch die Kommunikation, die zum Kernbereich privater Lebensgestaltung gehört, vor der Überwachung. Das US-amerikanische Recht gewährt zwar bei *interception of oral communication* den Schutz vor Überwachung als berechtigten Anspruch auf Privatsphäre, der sowohl innerhalb als auch außerhalb der Wohnung bestehen kann. Aber dieser Rechtsschutz ist kein absoluter Schutz, wie ihn der deutsche Kernbereich privater Lebensgestaltung gesetzlich verspricht. Einige Kommunikationsteile, die Anspruch auf solchen Schutz haben, dürfen überwacht werden, solange die *interception of oral communication* insgesamt die Forderung nach einer als *reasonable* angesehenen „Minimierung“ einhält. Nach den jetzigen chinesischen Vorschriften gibt es bei der akustischen Überwachung keine Unterschiede zwischen Maßnahmen innerhalb oder außerhalb der Wohnung. Grundsätzlich sollte die chinesische Strafprozessordnung anerkennen, dass die akustische Überwachung innerhalb der Privatwohnung

---

<sup>4</sup> Siehe oben Vierter Teil, II.D.4.c.

unzulässig ist, da dies in der Regel einen eklatanten Eingriff in die Privatsphäre bedeutet. Wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass sich die Gespräche in einer Wohnung auf eine Straftat beziehen könnten, ist eine entsprechende akustische Überwachung im chinesischen Recht allerdings zulässig.

Bei der Videoaufnahme oder -überwachung ist der Unterschied zwischen den beiden westlichen Rechtsordnungen hinsichtlich des Schutzes der Privatsphäre noch wesentlich deutlicher zu erkennen. Nach deutschem Recht ist die Videoaufnahme nur außerhalb einer Wohnung erlaubt. Die langfristige Videoüberwachung von außen in eine Wohnung hinein könnte, auch wenn dies nur den Zugangsbereich der Wohnung betrifft, wegen der Verletzung des Verhältnismäßigkeitsprinzips zu einem Verwertungsverbot führen. Totalüberwachung ist in Deutschland verboten. In den USA ist die Videoüberwachung in einer Wohnung hingegen zulässig und verwertbar, solange ein *warrant* dafür besteht. Bei Vorliegen eines *warrant* ist in den USA grundsätzlich auch eine langfristige Videoüberwachung möglich. Somit ist ein Zustand der Totalüberwachung in den USA durchaus vorstellbar. Hinsichtlich der Videoaufnahme oder -überwachung gewährt das US-amerikanische Recht deutlich weniger Schutz für die Privatsphäre als das deutsche Recht. Die chinesische Strafprozessordnung hat noch keine räumlichen Grenzen für die Videoaufnahme oder -überwachung gezogen. Da der Haus- oder Wohnungsbereich aber allgemein in China als Privatsphäre anerkannt wird, sollte die Videoaufnahme oder -überwachung grundsätzlich nur außerhalb der Wohnung eingesetzt werden. Im konkreten Fall ist die Interessenabwägung nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip zur Bestimmung der Verwertbarkeit der Beweise vorzunehmen. Die Totalüberwachung sollte im chinesischen Recht wegen des Verstoßes gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip und des extrem schweren Eingriffs in die Privatsphäre verboten werden.

In theoretischen Erörterungen sowie nach der Rechtsprechung haben beide westlichen Rechtsordnungen hinsichtlich des Zwecks der Beweisverwertungsverbote bzw. der *Exclusionary Rule* ähnliche Ansätze hervorgebracht. Dies betrifft die Disziplinierung bzw. Abschreckung der Strafverfolgungsbehörden, den Schutz individueller Rechte bzw. den Schutz des Rechts auf Privatsphäre, die Anständigkeit und sittliche Überlegenheit des Staates bzw. die justizielle Integrität. Beide Rechtsordnungen haben jedoch den Schwerpunkt auf verschiedene Aspekte gelegt: Das deutsche Recht möchte durch Beweisverwertungsverbote individuelle Rechte schützen, während die US-amerikanische *Exclusionary Rule* die Abschreckung der Polizei vor künftigem rechtswidrigem Handeln erreichen will. Der Schutz individueller Rechte und die Abschreckung der Polizei gelten daher im jeweiligen Recht als Hauptzweck; zugleich werden solchen Zwecken unter Umständen durch die effektive Strafverfolgung Grenzen gesetzt. Zusammenfassend lässt sich zum Zweck der Beweisverwertungsverbote sagen: Durch den Ausschluss der Beweise aus der Verwertung im Strafverfahren können vergleichbare Werte, Ziele oder Funktionen in beiden Rechtsordnungen verwirklicht werden; allerdings haben beide Rechtsordnungen in ihrem

jeweiligen Kontext aufgrund ihrer historisch-gesellschaftlichen Entwicklung und ihres Prozessmodells auf unterschiedliche Werte Nachdruck gelegt. Die chinesischen Beweisverwertungsverbote sollten den jetzigen Hauptzweck, die Sicherung der materiellen Wahrheitsfindung, aufgeben. Beweisverwertungsverbote können die Wahrheitsfindung nur beschränken. Zwar werden die Argumente der Abschreckung vor der Rechtswidrigkeit bei der Beweiserhebung, der justiziellen Integrität und des Schutzes individueller Rechte durch Beweisverwertungsverbote auch im chinesischen Recht vorgebracht. Doch ist das chinesische Recht aufgrund seines historisch-gesellschaftlich gewachsenen Prozessmodells grundsätzlich dem deutschen Recht ähnlicher als dem US-amerikanischen Recht. Entsprechend sollte sich daher der Zweck der Beweisverwertungsverbote vornehmlich am Schutz individueller Rechte ausrichten.

Das heute in den USA häufig angewandte Kriterium des *cost-benefit balancing* ist faktisch eine reduzierte Formel der Interessenabwägung nach deutschem Recht. Bei der deutschen Interessenabwägung wird dem Richter zugetraut und zugemutet, alle Aspekte einschließlich des subjektiven Aspekts des handelnden Beamten in seine Erwägung einzubeziehen, um dann die richtige Entscheidung über die Verwertbarkeit treffen zu können. Das amerikanische *cost-benefit balancing* ist dagegen stark vom Zweck der *Exclusionary Rule* bzw. deren Pragmatismus geprägt. Trotz recht unterschiedlicher Zwecke haben beide Rechtsordnungen jedoch in ihrer Rechtsprechung ähnliche Kriterien für Beweisverwertungsverbote. Dies weist der Abwägung einen überragenden und unverzichtbaren Stellenwert als Methode der richterlichen Arbeit bei der Beweisverwertung zu. Das chinesische Recht sollte grundsätzlich ebenfalls eine Interessenabwägung vornehmen, damit eine gerechte Entscheidung über die Verwertbarkeit von Beweisen unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls getroffen werden kann.

## Literaturverzeichnis

### Deutschsprachige Literatur

- Albrecht, Hans-Jörg/Dorsch, Claudia/Krüpe, Christiane*, Rechtswirklichkeit und Effizienz der Überwachung der Telekommunikation nach den §§ 100a, 100b StPO und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen. Freiburg i.Br. 2003.
- Alsberg, Max*, Der Beweisantrag im Strafprozess. 6. Aufl. Köln 2013.
- Amelung, Knut*, Zum Streit über die Grundlagen der Lehre von den Beweisverwertungsverböten. In: Bernd Schünemann/Hans Achenbach (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag. Berlin u.a. 2001, S. 1260–1280.
- Subjektive Rechte in der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten. In: Joachim Schulz (Hrsg.), Festschrift für Günter Bemann zum 70. Geburtstag. Berlin u.a. 1992, S. 505–523.
  - Rezension zu Gerhard Fezers „Grundfragen der Beweisverwertungsverböte“. GA 1996, 332–337.
  - Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess. Berlin 1990.
  - Anmerkung zu BGHSt 31, 296. JR 1984, 156–257.
- Baumann, Jürgen*, Sperrkraft der mit unzulässigen Mitteln herbeigeföhrten Aussage. GA 1959, 33–44.
- Beling, Ernst von*, Die Beweisverböte als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess. Breslau 1903.
- Benz, Ulrike*, Zur Rolle der Laienrichter im Strafprozess. Lübeck 1982.
- Bernsmann, Klaus*, Anmerkung zu BGHSt 42, 139. StV 1997, 116–119.
- Beulke, Werner*, Strafprozessrecht. 11. Aufl. Heidelberg u.a. 2010; 13. Aufl. Heidelberg u.a. 2016.
- Hypothetische Kausalverläufe im Strafverfahren bei rechtswidrigem Vorgehen von Ermittlungsorganen. ZStW 103 (1991), 657–680.
- Bosch, Nikolaus*, Die Berücksichtigung von Beweisverwertungsverböten bei Eröffnung des Hauptverfahrens. Jura 2017, 1122.
- Bradley, Craig M.*, Beweisverböte in den USA und in Deutschland. GA 1985, 99–113.
- Braum, Stefan*, Expansive Tendenzen der Telekommunikations-Überwachung? JZ 2004, 128–132.
- Conen, Stefan*, Zur Disziplinierung der Strafverfolgungsorgane durch Beweisverwertungsverböte. In: Henning Ernst Müller/Günther M. Sander/Helena Válková (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag. München 2009, S. 459–471.

- Dahs, Hans*, Handbuch des Strafverteidigers. 8. Aufl. Köln 2015.
- Dallinger, Wilhelm*, Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen. MDR 1953, 146–149.
- Dencker, Friedrich*, Verwertungsverbote im Strafprozess. Ein Beitrag zur Lehre von den Beweisverboten. Köln u.a. 1977.
- Derksen, Roland*, Anmerkung zu BGHSt 42, 139. JR 1997, 167–170.
- Eser, Albin*, Der Schutz vor Selbstbezeichnung im deutschen Strafprozessrecht, in: Hans-Heinrich Jescheck (Hrsg.), Deutsche strafrechtliche Landesreferate zum IX. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung, Teheran 1974, Beiheft zur Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, S. 136–171.
- Eisenberg, Ulrich*, Beweisrecht der StPO. Spezialkommentar. 10. Aufl. München 2017.
- Elias, Norbert*, Studien über die Deutschen. Machtkämpfe und Habitusentwicklung im 19. und 20. Jahrhundert. 1. Aufl. Frankfurt a.M. 1989.
- Ellbogen, Klaus*, Zur Belehrungspflicht bei sog. Spontanäußerungen eines Verdächtigen. NSTz 2010, 464–465.
- Endriß, Rainer/Kinzig, Jörg*, Anmerkung zu BGH, NJW 2000, 1123. NSTz 2000, 269–274.
- Erb, Volker/Esser, Robert/Franke, Ulrich/Graalmann-Scheerer, Kirsten/Hilger, Hans/Ignor, Alexander* (Hrsg.), Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. 26. Aufl. Berlin u.a. 2006–2014; Band I. II. 27. Aufl. Berlin u.a. 2016–2018.
- Erdmann, Hans-Henning*, Die Ausdehnung der strafprozessualen Garantien der US-Bundesverfassung auf den Strafprozess der Einzelstaaten. Ein Beitrag zu den Beweisverboten im amerikanischen Recht. Bonn 1969.
- Fezer, Gerhard*, Überwachung der Telekommunikation und Verwertung eines „Raumgesprächs“. NSTz 2003, 625–630.
- Strafprozessrecht. 2. Aufl. München 1995.
  - Grundfragen der Beweisverwertungsverbote. Heidelberg 1995.
  - Anmerkung zum Urteil des BGH v. 17.11.1989. JR 1991, 85–88.
  - Anmerkung zum Urteil des BGHSt 34, 362, JZ 1987, 937–939.
- Finger, Thorsten*, Prozessuale Beweisverbote – Eine Darstellung ausgewählter Fallgruppen. JA 2006, 529–539.
- Frank, Peter H.*, Die Verwertbarkeit rechtswidriger Tonbandaufnahmen Privater. Überlegungen zu einem einheitlichen Schutz des Rechts am gesprochenen Wort im Straf- und Strafverfahrensrecht. Baden-Baden 1996.
- Frotscher, Werner/Pieroth, Bodo*, Verfassungsgeschichte. 16. Aufl. München 2017.
- Füllkrug, Michael*, Unzulässige Vorteilszusicherung als verbotene Vernehmungsmethode. MDR 1989, 119–123.
- Geerds, Friedrich*, Grenzen des StPO § 100a und Beweisverwertung. NSTz 1983, 518–519.
- Gless, Sabine/Wennekers, Jan*, Anmerkung zu BGHSt 53, 112. JR 2009, 380–385.



- Gössel, Karl Heinz*, Die Beweisverbote im Strafverfahrensrecht der Bundesrepublik Deutschland. GA 1991, 483–511.
- Die Beweisverbote im Strafverfahren. In: Arthur Kaufmann (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag. München 1979, S. 801–817.
- Graf, Jürgen Peter*, Mustertexte zum Strafprozess. 9. Aufl. München 2015.
- Grünwald, Gerald*, Das Beweisrecht der Strafprozessordnung. Baden-Baden 1993.
- Anmerkung zu BGHSt 34, 362. StV 1987, 470–473.
- Beweisverbote und Verwertungsverbote im Strafverfahren. JZ 1966, 489–500.
- Haffke, Bernhard*, Schweigepflicht, Verfahrensrevision und Beweisverbot. GA 1973, 65–84.
- Hannich, Rolf* (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung. 7. Aufl. München 2013.
- Harris, Kenneth*, Verwertungsverbot für mittelbar erlangte Beweismittel: Die Fernwirkungsdoktrin in der Rechtsprechung im deutschen und amerikanischen Recht. StV 1991, 313–322.
- Heine, Günter*, Beweisverbote und Völkerrecht: Die Affäre Liechtenstein in der Praxis. HRRS 2009, 540–547.
- Heitschel-Heinegg, Bernd von/Stöckel, Heinz* (Hrsg.), KMR – Kommentar zur Strafprozessordnung. 65. Lfg. Köln 2012.
- Hellmann, Uwe*, Strafprozessrecht. 2. Aufl. Berlin u.a. 2006.
- Herrmann, Joachim*, Das Recht des Beschuldigten, vor der polizeilichen Vernehmung einen Verteidiger zu befragen. NStZ 97, 209–212.
- Aufgaben und Grenzen der Beweisverwertungsverbote. In: Theo Vogler (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag. Berlin 1985, S. 1291–1310.
- Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerikanischen Strafverfahrens. Bonn 1971.
- Herzog, Felix*, Infiltrativ-provokatorische Ermittlungsoperationen als Verfahrenshindernis. StV 2003, 410–412.
- Hilger, Hans*, Anmerkung zu BGH NStZ 1989, 282 f. NStZ 1989, 283.
- Hirschberg, Max*, Das amerikanische und deutsche Strafverfahren in rechtsvergleichender Sicht. Neuwied u.a. 1963.
- Honig, Richard M.*, Die Bewertung polizeilicher Ermittlungshandlungen durch den Supreme Court der Vereinigten Staaten. ZStW 74 (1964), 347–371.
- Hüls, Silke*, Der Richtervorbehalt – seine Bedeutung für das Strafverfahren und die Folgen von Verstößen. ZIS 2009, 160–169.
- Jäger, Christian*, Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote als prozessuale Regelungsinstrumente im strafverfolgenden Rechtsstaat. GA 2008, 473–499.
- Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess. München 2003.
- Jahn, Matthias*, Beweisverbote im deutschen Strafverfahrensrecht. Gutachten für den 67. DJT, Band I, Teil C, S. 20–115.

- Jahn, Matthias/Kudlich, Hans*, Rechtsstaatswidrige Tatprovokation als Verfahrenshindernis: Spaltprozess in Strafsachen beim Bundesgerichtshof, JR 2016, 54–64.
- Janicki, Kathrin*, Beweisverbote im deutschen und englischen Strafprozess. Baden-Baden 2002.
- Joerden, Jan C.*, Verbotene Vernehmungsmethoden – Grundfragen des § 136a StPO. JuS 1993, 927–931.
- Kant, Immanuel*, Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf. E-Book. 2014.
- Kasiske, Peter*, Anmerkung zum BGH, Urt. v. 18.12.2008. ZIS 2009, 319–323.
- Kelnhofner, Evelyn*, Hypothetische Ermittlungsverläufe im System der Beweisverbote. Berlin 1994.
- Kleinknecht, Theodor*, Die Beweisverbote im Strafprozess. NJW 1966, 1537–1545.
- Klug, Ulrich*, Referat zum 46. DJT, Band II Teil F, S. 30–61.
- Knauer, Christoph/Kudlich, Hans/Schneider, Hartmut*, Münchener Kommentar zur StPO. 1. Aufl. München 2014.
- Kohlhaas, Max*, Beweisverbote im Strafprozess. DRiZ 1966, 286–291.
- Koriath, Heinz*, Über Beweisverbote im Strafprozess. Frankfurt a.M. u.a. 1994.
- Kramer, Bernhard*, Grundlagen des Strafverfahrensrechts. 8. Aufl. Stuttgart 2014.
- Unerlaubte Vernehmungsmethoden in der Untersuchungshaft. Jura 1988, 520–525.
- Kriele, Martin*, Die demokratische Weltrevolution. Warum sich die Freiheit durchsetzt. ARSP, Beiheft 44, Stuttgart 1991, S. 201–211.
- Kudlich, Hans*, Unzulässiger Einsatz eines Lockspitzels gegen einen Unverdächtigen – BGH, NJW 2000, 1123. JuS 2000, 951–955.
- Kühne, Hans-Heiner*, Strafprozessrecht. Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, 9. Aufl. Heidelberg 2015.
- Küpper, Georg*, Tagebücher, Tonbänder, Telefonate – Zur Lehre von den selbständigen Beweisverwertungsverboten im Strafverfahren. JZ 1990, 416–424.
- Laber, Birgit*, Die Verwertbarkeit von Tagebuchaufzeichnungen im Strafverfahren. Frankfurt a.M. u.a. 1995.
- Lesch, Heiko Hartmut*, Strafprozessrecht. 2. Aufl. Neuwied u.a. 2001.
- Anmerkung zum Urteil des BGH v. 18.11.1999. JA 2000, 450–454.
- Lochmann, Moritz*, Die Entwicklung der Rechtsprechung zur rechtsstaatswidrigen Tatprovokation, StraFo 2015, 492–500.
- Löffelmann, Markus*, Aktuelle Rechtsprobleme der Telekommunikationsüberwachung. AnwBl 2006, 598–602.
- Das Gesetz zur Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 3. März 2004 (akustische Wohnraumüberwachung), ZIS 2/2006, 87–98.
- Lütznier, Axel*, Strafprozessuale Zwangs- und Überwachungsmaßnahmen im Recht der USA und der Bundesrepublik Deutschland. Leipzig 1999.

- Mahlstedt, Tobias*, Die verdeckte Befragung des Beschuldigten im Auftrag der Polizei. Berlin 2011.
- Maiwald, Manfred*, Zufallsfunde bei zulässiger strafprozessualer Telefonüberwachung – BGH, NJW 1976, 1462. JuS 1978, 379–385.
- Meyer-Göfner, Lutz /Schmitt, Bertram*, Strafprozessordnung. 61. Aufl. München 2018.
- Mitsch, Wolfgang*, Praxiskommentar zu BGH NStZ 2016, 52 ff., NStZ 2016, 57 f.
- Müller, Gerhard O.W.*, Beweisverbote im amerikanischen Strafprozess. Gutachten für den 46. DJT, Teil 3A, S. 35–53.
- Muthorst, Olaf*, Das Beweisverbot. Tübingen 2009.
- Neuhaus, Ralf*, Ungeschriebene Belehrungspflichten im Rahmen des § 136 Abs. 1 S. 2 StPO und die Folgen ihrer Verletzung. StV 2010, 45–52.
- Die strafprozessuale Überwachung der Telekommunikation. In: Ernst-Walter Hanack/Hans Hilger/Volkmar Mehle/Gunter Widmaier (Hrsg.), Festschrift für Peter Rieß zum 70. Geburtstag. Berlin u.a. 2002, S. 375–411.
  - Zur Notwendigkeit der qualifizierten Beschuldigtenbelehrung. NStZ 1997, 312–316.
  - Zur Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten. NJW 1990, 1221–1222.
- Niese, Werner*, Doppelfunktionelle Prozesshandlungen. Göttingen 1950.
- Nüse, Karl-Heinz*, Zu den Beweisverböten im Strafprozess. JR 1966, 281–288.
- Osmer, Jan-Dierk*, Der Umfang des Beweisverwertungsverbötes nach § 136a StPO. Hamburg 1966.
- Otto, Harro*, Grenzen und Tragweite der Beweisverböte im Strafverfahren. GA 1970, 289–305.
- Paulsen, Monrad G.*, Grundzüge des amerikanischen Strafprozesses. ZStW 77 (1965), 637–668.
- Paulus, Rainer*, Beweisverböte als Prozesshandlungshindernisse. In: Klaus Geppert (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer. Berlin 1990, S. 309–329.
- Rechtsdogmatische Bemerkungen zum Urkundenbeweis in der Hauptverhandlung des Strafverfahrens. JuS 1988, 873–878.
- Pawlik, Michael*, Verdeckte Ermittlungen und das Schweigerecht des Beschuldigten. GA 1998, 378–389.
- Pelz, Christian*, Beweisverwertungsverböte und hypothetische Ermittlungsverläufe. München 1993.
- Pelzer, Andreas*, Die Vorschriften zur Form der Durchführung einer Durchsuchung im Strafprozess. „Wesentliche Förmlichkeiten“ oder nur „Ordnungsvorschriften“? Berlin 2008.
- Peters, Karl*, Strafprozess. Ein Lehrbuch. 4. Aufl. Heidelberg 1985.
- Beweisverböte im deutschen Strafverfahren. Gutachten für den 46. DJT, Band I Teil 3A, S. 91–163.
- Petry, Horst*, Beweisverböte im Strafprozess. Darmstadt 1971.
- Pitsch, Christoph*, Strafprozessuale Beweisverböte. Hamburg 2009.
- Popp, Martin*, Anmerkung zu BGHSt 42, 139. NStZ 1998, 95–96.

- Ranft, Otfried*, Bemerkungen zu den Beweisverboten im Strafprozess. In: Manfred Seebode (Hrsg.), Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag. Berlin u.a. 1992, S. 719–736.
- Raphael, Lutz*, Rechtskultur, Verrechtlichung, Professionalisierung. Anmerkung zum 19. Jahrhundert aus kulturanthropologischer Perspektive. In: Christof Dipper (Hrsg.), Rechtskultur, Rechtswissenschaft, Rechtsberufe im 19. Jahrhundert. Professionalisierung und Verrechtlichung in Deutschland und Italien. Berlin 2000, S. 29–48.
- Reichert-Hammer, Hansjörg*, Zur Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten (§ 136a StPO) – BGHSt 34, 362. JuS 1989, 446–450.
- Rengier, Rudolf*, Die Zeugnisverweigerungsrechte im geltenden und künftigen Strafverfahrensrecht. Grundlagen, Reformfragen und Stellung im System der Beweisverbote und im Revisionsrecht. Paderborn u.a. 1979.
- Rogall, Klaus*, Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus. JZ 2008, 818–830.
- Kernbereichsmystik im Strafverfahren. In: Edda Weßlau/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag, Berlin 2008, S. 61–86.
  - „Abwägungen“ im Recht der Beweisverbote. In: Udo Ebert (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag. Berlin u.a. 1999, S. 293–309.
  - Grundsatzfragen der Beweisverbote. In: Frank Höpfel/Barbara Huber (Hrsg.), Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen. Freiburg i.Br. 1999, S. 119–148.
  - Über die Folgen der rechtswidrigen Beschaffung des Zeugenbeweises im Strafprozess. JZ 1996, 944–955.
  - Beweisverbote im System des deutschen und des amerikanischen Strafverfahrensrechts. In: Jürgen Wolter (Hrsg.), Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts. Neuwied u.a. 1995, S. 113–160.
  - Hypothetische Ermittlungsverläufe im Strafprozess. Ein Beitrag zur Lehre der Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote. NSTZ 1988, 385–391.
  - Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten. ZStW 91 (1979), 1–44.
- Roggan, Fredrik*, Der Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung bei strafprozessualer Telekommunikationsüberwachung. StV 2011, 762–766.
- Der TKÜ-spezifische Kernbereichsschutz im Verständnis des Zweiten Senats des BVerfG, HRRS 2013, 153–158.
- Roxin, Claus*, Für ein Beweisverwertungsverbot bei unterlassener qualifizierter Belehrung. HRRS 2009, 186–188.
- Beschuldigtenstatus und qualifizierte Belehrung. JR 2008, 16–19.
  - Das Recht des Beschuldigten zur Verteidigerkonsultation in der neuesten Rechtsprechung. JZ 1997, 343–347.
  - Zum Hörfallen-Beschluss des Großen Senats für Strafsachen. NSTZ 1997, 18–21.
  - Anmerkung zu BGH NSTZ 1989, 375–376. NSTZ 1989, 376–379.

- Roxin, Claus/Arzt, Gunther/Tiedemann, Klaus*, Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht. 6. Aufl. Heidelberg u.a. 2013, S. 85–148.
- Roxin, Claus/Schünemann, Bernd*, Strafverfahrensrecht. 29. Aufl. München 2017.
- Rudolphi, Hans-Joachim*, Die Revisibilität von Verfahrensmängeln im Strafprozess. MDR 1970, 93–100.
- Rupp, Hans Heinrich*, Beweisverbote im Strafprozess in verfassungsrechtlicher Sicht. Gutachten für den 46. DJT, Band I Teil 3A, S. 165–211.
- Rüth, Karl*, Die Rechtsprechung des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Verkehrsstrafsachen. DAR 1966, 253–263.
- Saliger, Frank*, Absolutes im Strafprozess? Über das Folterverbot, seine Verletzung und die Folgen seiner Verletzung. ZStW 116 (2004), 35–65.
- Satzger, Helmut/Schluckebier, Wilhelm/Widmaier, Gunter* (Hrsg.), Kommentar zur Strafprozessordnung. 3. Aufl. Köln 2018.
- Schlüchter, Ellen*, Anmerkung zum Urteil des BGH v. 24.08.1983. JR 1984, 517–522.
- Schmid, Niklaus*, Strafverfahren und Strafrecht in den Vereinigten Staaten. Eine Einführung. 2. Aufl. Heidelberg 1993.
- Schmidt, Carolin*, Kompensation der unzulässigen staatlichen Tatprovokation. ZIS 2017, 56–65.
- Schmidt, Eberhard*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege. 3. Aufl. Göttingen 1965.
- Die Verletzung der Belehrungspflicht gemäß § 55 II StPO als Revisionsgrund. JZ 1958, 596–601.
  - Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Band II. Göttingen 1952.
- Schmidt, Rolf*, Anmerkung zu AG Frankfurt a.M. StV 1988, 482 und BGH StV 1988, 468. StV 1989, 421–422.
- Schöneborn, Christian*, Verwertungsverbot bei nichtärztlicher Blutentnahme? MDR 1971, 713–715.
- Schrepfer, Hans-Jochen*, Die Anwesenheit des Verteidigers bei der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung. Frankfurt a.M. 2001.
- Schröder, Svenja*, Beweisverwertungsverbote und die Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung im Strafprozess. Berlin 1992.
- Schwaben, Sylvia*, Die Rechtsprechung des BGH zwischen Aufklärungsrüge und Verwertungsverbot. NSTZ 2002, 288–296.
- Seebode, Manfred*, Folterverbot und Beweisverbot. In: Gerhard Dannecker (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag. Köln u.a. 2007, S. 999–1020.
- Anmerkung zu BGHSt 34, 362. JR 1988, 427–432.
- Seiler, Robert*, Beweismethodenverbote im österreichischen Strafprozess. In: Jürgen Baumann (Hrsg.), Einheit und Vielfalt des Strafrechts. Festschrift für Karl Peters. Tübingen 1974, S. 447–462.

- Sieber, Ulrich*, Ermittlungen in Sachen Liechtenstein – Fragen und erste Antworten. NJW 2008, 881–886.
- Strafrechtsvergleichung im Wandel. In: Ulrich Sieber/Hans-Jörg Albrecht (Hrsg.), Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach. Berlin 2006, S. 78–130.
  - Die Kollision von materiellem und prozessuellem Strafrecht. In: Bernd Schünemann (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag. Berlin u.a. 2001, S. 1113–1139.
- Spendel, Günter*, Beweisverbote im Strafprozess. NJW 1966, 1102–1108.
- Wahrheitsfindung im Strafprozess. JuS 1964, 465–473.
- Störmer, Rainer*, Verfassungsrechtliche Verwertungsverbote im Strafprozess. Jura 1994, 393–398.
- Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote. Eine Untersuchung über die Strukturen strafprozessualer Verwertungsverbote unter dem Einfluss der Verfassung und der Grundsätze des öffentlichen Rechts. Marburg 1992.
- Trüg, Gerson*, Lösungskonvergenzen trotz Systemdivergenzen im deutschen und US-amerikanischen Strafverfahren. Ein strukturanalytischer Vergleich am Beispiel der Wahrheitsforschung. Tübingen 2003.
- Ufer, Thomas*, Die zwangsweise Verabreichung von Brechmitteln. Hamburg 2007.
- Ventzke, Klaus-Ulrich*, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 21.05.1996. StV 96, 524–526.
- Volk, Klaus/Engländer, Armin*, Grundkurs StPO. 9. Aufl. München 2018.
- Volkmer, Mathias*, Verwertbarkeit von Vorratsdaten, NStZ 2010, 318–320.
- Weigend, Thomas*, Anmerkung zum Beschluss vom LG Frankfurt, StV 2003, 325. StV 2003, 436–441.
- Welp, Jürgen*, Die strafprozessuale Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs. Heidelberg 1974.
- Weßlau, Edda*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 14. März 2003 – 2 StR 341/02. StV 2003, S. 483–484.
- Wieder, Hans-Joachim*, Das Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts. StV 2010, 102–109.
- Wolter, Jürgen* (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Band VIII. 4. Aufl. Köln 2013; 5. Aufl. Köln 2015–2018.
- Alternativen zum Regierungs-Entwurf 2007 zur Neuregelung der Ermittlungsmaßnahmen. GA 2007, 183–200.
  - Kriminalpolitik und Strafprozessrechtssystem. In: Bernd Schünemann (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag. Berlin u.a. 2001, S. 1141–1172.
  - Repressive und präventive Verwertung tagebuchartiger Aufzeichnungen. StV 1990, 175–180.
  - Anmerkung zum Urteil des BGH v. 24.08.1983. NStZ 1984, 276–278.
- Zippelius, Reinhold*, Allgemeine Staatslehre. 17. Aufl. München 2017.

## Englischsprachige Literatur

- Agabin, P. A.*, Accused's Right to Assistance of Counsel at or prior to Arraignment. A.L.R.3d 1269–1373.
- Allen, Francis A.*, Federalism and the Fourth Amendment: A Requiem for Wolf. (1961) 61 The Supreme Court Review 1–48.
- Alschuler, Albert W.*, Implementing the Criminal Defendant's Right to Trial: Alternatives to the Plea Bargaining System. (1983) 50 U. Chi. L. Rev. 931–1050.
- Amar, Akhil Reed*, Fourth Amendment First Principles. (1994) 107 Harv. L. Rev. 757–819. Am. Jur. 2d. 2018 (Datenbank).
- Amsterdam, Anthony G.*, Perspectives on the Fourth Amendment. (1974) 58 Minn. L. Rev. 349–477.
- Ayers, Edward L.*, Vengeance and Justice: Crime and Punishment in the 19th-Century American South. New York u.a. 1984.
- Bain, Jeffrey M./Kelly, Michael K.*, Fruit of the Poisonous Tree: Recent Developments As Viewed Through Its Exceptions. (1977) 31 U. Miami L. Rev. 615–650.
- Barrett, Edward L.*, Exclusion of Evidence Obtained by Illegal Search – A Comment on People vs. Cahan. (1955) 43 Calif. L. Rev. 565–595.
- Bloom, Robert M./Fentin, David H.*, “A More Majestic Conception”: The Importance of Judicial Integrity in Preserving the Exclusionary Rule. (2010) 13 U. Pa. J. Const. L. 47–80.
- Boyne, Shawn Marie*, The German Prosecution Service. Guardians of the Law? Berlin u.a. 2014.
- Bradley, Craig M.*, Reconceiving the Fourth Amendment and the Exclusionary Rule. (2010) 73 Law & Contemp. Prob. 211–238.
- Brennan, William J.*, The Bill of Rights and the States. (1961) 36 N. Y. U. L. Rev. 761–778.
- Broeder, Dale W.*, The Functions of the Jury Facts or Fictions? (1954) 21 U. Chi. L. Rev. 386–424.
- Brown, Kenneth S.* (Hrsg.), McCormick on Evidence. 7. Aufl. Eagan, Minn. 2013.
- Caldwell, H. Mitchell*, Reeling in Gang Prosecution: Seeking A Balance in Gang Prosecution. (2015) 18 U. Pa. J.L. & Soc. Change 341–374.
- Cammack, Mark E.*, The Rise and Fall of the Constitutional Exclusionary Rule in the United States. In: Stephen C. Thaman (Hrsg.), Exclusionary Rules in Comparative Law. Dordrecht u.a. 2013, S. 3–32.
- Carr, Hon. James G./Bellia, Patricia L.*, Law of Electronic Surveillance. 2018 (Datenbank). Corpus Juris Secundum. 2018 (Datenbank).
- Damaska, Mirjan R.*, Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study. (1973) 121 U. Pa. L. Rev. 506–589.
- Daponde, Michael J.*, Discretion and the Fourth Amendment Exclusionary Rule: A New Suppression Doctrine Based on Judicial Integrity. (1999) 30 McGeorge L. Rev. 1293–1323.

- Dressler, Joshua/Michaels, Alan C.*, Understanding Criminal Procedure, Band I. 5. Aufl. Newark, N. J. u.a. 2010; 6. Aufl. Newark, N. J. u.a. 2013.
- Understanding Criminal procedure, Band II. 4. Aufl. Newark, N. J. u.a. 2006.
- Emanuel, Steven L.*, Criminal Procedure. 29. Aufl. New York 2012; 31. Aufl. New York 2017.
- Frantz, Laurent B.*, The First Amendment in the Balance. (1962) 71 Yale L. J. 1424–1450.
- Friedman, Lawrence M.*, Crime and Punishment in American History. New York 1993.
- Gardner, Thomas J./Anderson, Terry M.*, Criminal Evidence. Principles and Cases. 9. Aufl. Belmont, Calif. 2016.
- Georgetown University Law Center*, The Georgetown Law Journal Annual Review of Criminal Procedure. (2009) 38 Geo. L.J. Ann. Rev. Crim. Proc. 219–489.
- Giddings, Julie M.*, The Interaction of the Standing and Inevitable Discovery Doctrines of the Exclusionary Rule: Use of Evidence Illegally Obtained from the Defendant and a Third Party. (2006) 91 Iowa L. Rev. 1063–1089.
- Gless, Sabine*, Germany: Balancing Truth Against Protected Constitutional Interests. In: Stephen C. Thaman (Hrsg.), Exclusionary Rules in Comparative Law. Dordrecht u.a. 2013, S. 113–142.
- Hickey, Thomas J.*, Criminal Procedure. Boston u.a. 1998.
- Hirsch, Milton*, Big Bill Haywood’s Revenge: The Original Intent of the Exclusionary Rule. (2009) 22 St. Thomas L. Rev. 35–86.
- Holderman, James F./Redfern, Charles B.*, Symposium 2006: The changing face of white-collar crime: preindictment prosecutorial conduct in the federal system revisited. (2006) 96 J. Crim. L. & Criminology 527–577.
- Holland, Brooks*, The Exclusionary Rule as Punishment. (2009) 36 Rutgers L. Rec. 38–47.
- Hopkins, Ernest J.*, Our Lawless Police. A Study of the Unlawful Enforcement of the Law. New York 1931.
- Inbau, Fred E./Reid, John E./Buckley, Joseph P./Jayne, Brian C.*, Criminal Interrogation and Confessions. 4. Aufl. Sudbury, Mass. u.a. 2004.
- Imwinkelried, Edward J.*, The New Wigmore: A Treatise on Evidence: Evidentiary Privileges. 3. Aufl. (Datenbank) New York 2018.
- Jackson, Heather A.*, Arizona v. Evans: Expanding Exclusionary Rule Exceptions and Contracting Fourth Amendment Protection. (1996) 86 J. Crim. L. & Criminology 1201–1227.
- Ji, Xianlin*, Random Recollections of the Cow Shed. Übersetzt von Ma, Shang, Peking 2013 (季羨林 著, 马尚 译, 牛棚杂忆, 外语教学与研究出版社 2013 年).
- Johnson, Cristina*, Privacy Lost: The Supreme Court’s Failure to Secure Privacy in that which is Most Private – Personal Diaries. (2001) 33 McGeorge L. Rev. 129–154.
- Jones, Harry W.*, The Trial Judge – Role Analysis and Profile. In: ders. (Hrsg.), The Courts, the Public, and the Law Explosion. Englewood Cliffs, N. J. 1965. S. 124–145.
- Kamisar, Yale*, In Defense of the Search and Seizure Exclusionary Rule. (2003) 26 Harv. J. L. & Pub. Pol’y 119–140.



- “Comparative Reprehensibility” and the Fourth Amendment Exclusionary Rule. (1987) 86 Mich. L. Rev. 1–50.
- Gates, “Probable Cause,” “Good Faith,” and Beyond. (1984) 69 Iowa L. Rev. 551–615.
- Does (Did) (Should) the Exclusionary Rule Rest on a “Principled Basis” Rather than an “Empirical Proposition”? (1983) 16 Creighton L. Rev. 565–667.
- Kaplan, John*, The Limits of the Exclusionary Rule. (1974) 26 Stan. L. Rev. 1027–1055.
- King, Nancy Jean*, The American Criminal Jury. (1999) 62 Law & Contemp. Prob. 41–67.
- LaFave, Wayne R.*, Search and Seizure. A Treatise on the Fourth Amendment. 5. Aufl. Band I, VI. St. Paul, Minn. 2012.
- The Smell of Herring: A Critique of the Supreme Court’s Latest Assault on the Exclusionary Rule. (2009) 99 J. Crim. L. & Criminology 757–787.
- LaFave, Wayne R./Israel, Jerold H./King, Nancy J./Kerr, Orin S.*, Criminal Procedure. 6. Aufl. St. Paul, Minn. 2017.
- Landynski, Jacob W.*, Search and Seizure and the Supreme Court. A study in constitutional interpretation. Baltimore, Md. 1966.
- Langbein, John H.*, Mixed Court and Jury Court: Could the Continental Alternative Fill the American Need? (1981) Am. B. Found. Res. J. 195–220.
- Lasson, Nelson B.*, The History and Development of the Fourth Amendment to the United States Constitution. New York 1970.
- LeFrancois, Arthur G.*, On Exorcising the Exclusionary Demons: An Essay on Rhetoric, Principle, and the Exclusionary Rule. (1984) 53 U. Cin. L. Rev. 49–112.
- Lewis, Margaret K.*, Controlling Abuse to Maintain Control: The Exclusionary Rule in China. (2011) 43 N. Y. U. J. Int’l L. & Pol. 629–967.
- Lieberman, Joel D.*, Understanding the Limits of Limiting Instructions: Social Psychological Explanations for the Failures of Instructions to Disregard Pretrial Publicity and Other Inadmissible Evidence, (2000) 6 Psych. Pub. Pol. and L. 677–711.
- Long, Caroly N.*, Mapp v. Ohio. Guarding against Unreasonable Searches and Seizures. Lawrence, Kan. 2006.
- Maclin, Tracey*, When the Cure for the Fourth Amendment Is Worse Than the Disease. (1994) 68 S. Cal. L. Rev. 1–72.
- The Central Meaning of the Fourth Amendment. (1993) 35 Wm. & Mary L. Rev. 197–249.
- Maguire, John MacArthur*, Evidence of Guilt. Boston u.a. 1959.
- Marcus, Martin*, Above The Fray Or Into The Breach: The Judge’s Role in New York’s Adversarial System of Criminal Justice. (1992) 57 Brooklyn L. Rev. 1193–1219.
- Milhizer, Eugene*, The Exclusionary Rule Lottery. (2008) 39 U. Tol. L. Rev. 755–768.
- Newton, Charles T.*, The Mere Evidence Rule: Doctrine or Dogma? (1967) 45 Tex. L. Rev. 526–564.
- Norton, Jerry E.*, The Exclusionary Rule Reconsidered: Restoring the Status Quo Ante. (1998) 33 Wake Forest L. Rev. 261–306.

- Note* (anon.), Formalism, Legal Realism, and Constitutional protected privacy under the Fourth and Fifth Amendments. (1977) 90 Harv. L. Rev. 945–991.
- Oaks, Dallin H.*, Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure. (1970) 37 U. Chi. L. Rev. 665–757.
- Papke, David R.*, Framing the Criminal: Crime, Cultural Work, and the Loss of Critical Perspective 1830–1900. [S. 1.] 1987.
- The Exclusionary Rule and Misconduct by the Police. (1961) 52 J. Crim. L. & Criminology 255–265.
- Pinard, Michael*, Limitations on Judicial Activism in Criminal Trials. (2000) 33 Conn. L. Rev. 243–301.
- Re, Richard M.*, The Due Process Exclusionary Rule. (2014) 127 Harv. L. Rev. 1885–1966.
- Rice, Paul R.*, Attorney-Client Privilege in the United States. 2017 (Datenbank).
- Rice, Paul R.* (Hrsg.), Attorney-Client Privilege: State Law. 2018 (Datenbank).
- Saltzburg, Stephen A.*, The Unnecessarily Expanding Role of the American Trial Judge. (1978) 64 Va. L. Rev. 1–81.
- Schrock, Thomas S./Welsh, Robert C.*, Up from Calandra: The Exclusionary Rule as a Constitutional Requirement. (1974) 59 Minn. L. Rev. 251–383.
- Schroeder, William A.*, Restoring the Status Quo Ante: The Fourth Amendment Exclusionary Rule as a Compensatory Device. (1983) 51 Geo. Wash. L. Rev. 633–675.
- Shanks, Barry F.*, Comparative Analysis of the Exclusionary Rule and its Alternatives. (1983) 57 Tul. L. Rev. 648–681.
- Skolnick, Jerome H./Fyfe, James J.*, Above the Law. Police and the Excessive Use of Force. New York u.a. 1993.
- Slobogin, Christopher*, Why Liberals Should Chuck the Exclusionary Rule. (1999) 99 U. Ill. L. Rev. 363–446.
- Starr, Kenneth W./Maness, Audrey L.*, Is the Exclusionary Rule A Good Way of Enforcing Fourth Amendment Values?: Reasonable Remedies and (or?) the Exclusionary Rule. (2010) 43 Tex. Tech L. Rev. 373–389.
- Steiker, Carol S.*, Second Thoughts about First Principles. (1997) 107 Harv. L. Rev. 820–857.
- Stewart, Potter*, The Road to *Mapp v. Ohio* and Beyond: The Origins, Development and Future of the Exclusionary Rule in Search-and-Seizure Cases. (1983) 83 Colum. L. Rev. 1365–1404.
- Taylor, Telford*, Two Studies in Constitutional Interpretation. Search, Seizure, and Surveillance and Fair Trial and Free Press. Columbus, Ohio 1969.
- Thaman, Stephen C.*, Balancing Truth against Human Rights: A Theory of Modern Exclusionary Rules. In: ders. (Hrsg.), Exclusionary Rules in Comparative Law. Dordrecht u.a. 2013, S. 403–446.
- Tomkovicz, James J.*, Procedural Justice: Perspectives on Summary Judgement, Peremptory Challenges, and the Exclusionary Rule: *Hudson v. Michigan* and the Future of Fourth Amendment Exclusion. (2008) 93 Iowa L. Rev. 1819–1887.

- United States Department of Justice, Searching and Seizing Computers. Obtaining Electronic Evidence in Criminal Investigations. 2002.
- Walker, Samuel*, Popular Justice: A History of American Criminal Justice. 2. Aufl. New York 1998.
- Wasserstrom, Silas/Mertens, William J.*, The Exclusionary Rule on the Scaffold: But Was It a Fair Trial? (1984) 22 Am. Crim. L. Rev. 85–179.
- Weinstein, Jack B./Berger, Margaret A.*, Weinstein's Federal Evidence. 2. Aufl. New York, N.Y. u.a. 2011.
- Weissenberger, Glen/Duane, James J.*, Federal Rules of Evidence: Rules, Legislative History, Commentary and Authority. 7. Aufl. New Providence, N. J. 2011.
- Wigmore, John Henry*, Evidence in Trials at Common Law, Band VIII. Boston u.a. 1981.
- Wilkey, Malcolm Richard*, The Exclusionary Rule: Why Suppress Valid Evidence? (1978) 62 Judicature 214–232.
- Wolf, Peter H.*, A Survey of the Expanded Exclusionary Rule. (1963) 32 G. W. L. Rev. 193–242.

### Chinesischsprachige Literatur

- Chen, Bangda*, Shizheng he bijiaofa shiye xia de qiangzhi caiyang yanjiu. Zhongguo xingshifa zazhi 2011, Heft 9, 34–42 (陈邦达, 实证和比较法视野下的强制采样研究, 中国刑事法杂志 2011 年第 9 期, 第 34–42 页).
- Chen, Cheng/Lin, Xifen*, Bubian de kunju: ping xinxingsufa de soucha chengxu zhi wanshan. Gansu zhengfa xueyuan xuebao 2013, Heft 11, 15–21 (陈橙/林喜芬, 不“变“的困局: 评新刑事诉讼法的搜查程序之完善, 甘肃政法学院学报 2013 年第 11 期, 第 15–21 页).
- Chen, Guangzhong* (Hrsg.), Xingshi susongfa. Peking 2013 (陈光中 主编, 刑事诉讼法, 北京大学出版社, 北京 2013 年).
- Chen, Guangzhong*, Xingshi zhengju zhidu gaige ruogan lilun yu shijian wenti zhi tantao. Zhongguo faxue 2010, Heft 6, 5–16 (陈光中, 刑事证据制度改革若干理论与实践之探讨, 中国法学 2010 年第 6 期, 第 5–16 页).
- Chen, Guangzhong/Guo, Zhiyuan*, Feifa zhengju paichu guize shishi ruogan wenti yanjiu. Faxue zazhi 2014, Heft 9, 1–16 (陈光中/郭志媛, 非法证据排除规则实施若干问题研究, 法学杂志 2014 年第 9 期, 第 1–16 页).
- Chen, Hu*, Chengxuxing zhicai zhi juxianxing. Dangdai faxue 2010, Heft 2, 91–97 (陈虎, 程序性制裁之局限性, 当代法学 2010 年第 2 期, 第 91–97 页).
- Chen, Ruchao*, Xingxun bigong de guojia zhili: 1979–2013. Zhongguo faxue 2014, Heft 5, 5–25 (陈如超, 刑讯逼供的国家治理: 1979–2013, 中国法学 2014 年第 5 期, 第 5–25 页).
- Chen, Ruihua*, Feifa zhengju paichu guize de shiyong duixiang. Dangdai faxue 2015, Heft 1, 37–48 (陈瑞华, 非法证据排除规则的适用对象, 当代法学 2015 年第 1 期, 第 37–48 页).
- Sifa shencha de wutuobang, Zhongguo falupinglun 2014. Heft 2, 33–38 (陈瑞华, 司法审查的乌托邦, 中国法律评论 2014 年第 2 期, 第 33–38 页).

- Lun beigaoren de kougong guize, Faxue zazhi 2012. Heft 6, 46–55 (陈瑞华, 论被告人的口供规则, 法学杂志 2012 年第 6 期, 第 46–55 页).
- Feifa zhengju paichu guize de zhongguo moshi. Zhongguo faxue 2010, Heft 6, 33–47 (陈瑞华, 非法证据排除规则的中国模式, 中国法学 2010 年第 6 期, 第 33–47 页).
- Chen, Weidong*, Xingshi susong fa xiugai zhuanjia bitan. Justice of China 2012, Heft 5, 27–30 (陈卫东, 刑事诉讼法修改专家笔谈, 中国司法 2012 年第 5 期, 第 27–30 页).
- Chen, Xuequan*, Bijiaofa shiye xia woguo bubei qiangpo zizheng qi zui zhi jieshi. Bijiaofa yanjiu 2013, Heft 5, 29–40 (陈学权, 比较法视野下我国不被强迫自证其罪之解释, 比较法研究 2013 年第 5 期, 第 29–40 页).
- Zhencha jiguan tongguo jianting suo huo cailiao zhi zhengju nengli yanjiu. Zhejiang shehui kexue 2010, Heft 12, 52–58 (陈学权, 侦查机关通过监听所获材料之证据能力研究, 浙江社会科学 2010 年第 12 期, 第 52–58 页).
- Woguo jianting lifa yanjiu. Renmin jiancha 2007, Heft 15, 44–47 (陈学权, 我国监听立法研究, 人民检察 2007 年第 15 期, 第 44–47 页).
- Chen, Yongsheng*, Woguo xingshi wupan wenti toushi. Zhongguo faxue 2007, Heft 3, 44–61 (陈永生, 我国刑事误判问题透视, 中国法学 2007 年第 3 期, 第 44–61 页).
- Cheng, Lei*, Feifa zhengju paichu guize guifan fenxi. Tribune of Political and Law 2014, Heft 6, S. 182–188 (程雷, 非法证据排除规则规范分析, 政法论坛 2014 年第 6 期, 第 182–188 页).
- Deng, Siqing*, Lun feifa zhengju paichu guize de lilun jichu. Falu kexue 2006, Heft 3, 105–115 (邓思清, 论非法证据排除规则的理论基础, 法律科学 2006 年第 3 期, 第 105–115 页).
- Dong, Hua/Fan, Yueru*, Lun xingshi feifa zhengju paichu guize jiqi zai woguo de chuangli. In: He Jiahong (Hrsg.), Zhengjuxue luntan, Band IV, S. 270–283 (董华/范跃如, 论刑事非法证据排除规则及其在我国的创立, 何家弘 主编, 证据学论坛 (第四卷), 第 270–283 页).
- Du, Yusu*, Feifa zhengju paichu shenli chengxu de kunjing yu wanshan. Falu kexue 2013, Heft 6, 184–189 (杜豫苏, 非法证据排除审理的困境与完善, 法律科学 2013 年第 6 期, 第 184–189 页).
- Gao, Yifei/Nie, Zilong*, Daji fanzui yu baohu renquan de jiannan pingheng. Hebei faxue 2012, Heft 2, 48–56 (高一飞/聂子龙, 打击犯罪与保护人权的艰难平衡, 河北法学 2012 年第 2 期, 第 48–56 页).
- Guo, Hua*, Mei de jianting lingzhuang wai huode cailiao zuowei zhengju shiyong de kaocha. Huanqiu falu pinglun 2013, Heft 4, 19–32 (郭华, 美、德监听令状外获得材料作为证据使用的考察, 环球法律评论 2013 年第 4 期, 第 19–32 页).
- Guo, Qiyong*, Qinqin xiangyin rongren zhi ji qi dui dangjin fazhi de qidi. Shehui kexue luntan 2007, Heft 8-1, 90–106 (郭齐勇, “亲亲相隐”“容隐制”及其对当今法治的启迪, 社会科学论坛 2007 年第 8 期上, 第 90–106 页).
- Guo, Song*, Feifa zhengju weihe nanyi youxiao paichu. Legal Forum 2012, Heft 4, 116–123 (郭松, 非法证据为何难以有效排除, 法学论坛 2012 年第 4 期, 第 116–123 页).
- He, Dehui*, Jiancha jiguan de zhengju hefaxing shencha. Journal of National Prosecutors College 2014, Heft 5, 109–117 (何德辉, 检察机关的证据合法性审查, 国家检察官学院学报 2014 年第 5 期, 第 109–117 页).

- He, Jiahong, Lun qipian quzheng de zhengdangxing ji qi xianzhi shiyong. Zhengzhi yu falu 2012, Heft 1, 20–25 (何家弘, 论“欺骗取证”的正当性与限制适用, 政治与法律 2012 年第 1 期, 第 20–25 页).
- Huang, Weizhi, Feifa zhengju paichu guize jiazhi lungang. Zhongguo xingshifa zazhi 2004, Heft 6, 68–80 (黄维智, 非法证据排除规则价值论纲, 中国刑事法杂志 2004 年第 6 期, 第 68–80 页).
- Huang, Yong, Xingshi zhengju zhidu: cong luoji guize xiang chengxu guize de yanjin. Evidence Science 2012, Heft 4, 414–420 (黄永, 刑事证据制度: 从逻辑规则向程序规则的演进, 证据科学 2012 年第 4 期, 第 414–420 页).
- Huang, Zongzhi, Zhongxi falu ruhe jiehe? Peking University Law Journal 2010, Heft 5, 721–736 (黄宗智, 中西法律如何融合?, 中外法学 2010 年第 5 期, 第 721–736 页).
- Jiang, Yong, Mimi paishe zhencha zhidu jiqi falu yuanze. Gong'an yanjiu 2010, Heft 8, 55–61 (江涌, 秘密拍摄侦查制度及其法律原则, 公安研究 2010 年第 8 期, 第 55–61 页).
- Rechtsausschuss des Ständigen Komitees des Nationalen Volkskongresses (Hrsg.), Zhonghua renmin gongheguo xingshi susong fa shiyi ji shiyong zhinan, Peking 2012 (全国人大常委会法工委编, 中华人民共和国刑事诉讼法释义及实用指南, 中国民主法制出版社, 北京 2012 年).
- Li, Hailiang, Feifa zhengju paichu guize shiyong qingkuang zhi shizheng yanjiu. Zhongguo xingshifa zazhi 2013, Heft 11, 103–111 (李海良, 非法证据排除规则适用情况之实证研究, 中国刑事法杂志 2013 年第 11 期, 第 103–111 页).
- Li, Ming, Tongyi jianting de neizai chongtu jiqi jie jue. Zhongguo xingshifa zazhi 2006, Heft 2, 93–99 (李明, 同意监听的内在冲突及其解决, 中国刑事法杂志 2006 年第 2 期, 第 93–99 页).
- Li, Qi/Lü, Limei, Lun dianhua jianting de helixing jiqi xiandu. Shanxi daxue xuebao 2005, Heft 3, 86–89 (李麒/吕丽梅, 论电话监听的合理性及其限度, 山西大学学报 2005 年第 3 期, 第 86–89 页).
- Li, Zheng, Feifa zhengju paichu guize zhi zhengben qingyuan. Zhengzhi yu falu 2013, Heft 9, 98–107 (栗峥, 非法证据排除规则之正本清源, 政治与法律 2013 年第 9 期, 第 98–107 页).
- Lin, Guoqiang, Shenqian chongfu gongshu de kecaixing. Journal of National Prosecutors College 2013, Heft 4, 127–136 (林国强, 审前重复供述的可采性, 国家检察官学院学报 2013 年第 4 期, 第 127–136 页).
- Lin, Xinfen, Lun feifa zhengju paichu guize de hongguan weijie. Anhui daxue falu pinglun 2008, Heft 1, S. 214–224 (林喜芬, 论非法证据排除规则的宏观位阶, 安徽大学法律评论 2008 年第 1 期, 第 214–224 页).
- Lun woguo shencha daibu jieduan de feifa zhengju paichu wenti. Dangdai faxue 2013, Heft 6, 86–95 (林喜芬, 论我国审查逮捕阶段的非法证据排除问题, 当代法学 2013 年第 6 期, 第 86–95 页).
- Xingshi zhencha kouya chengxu de quexian yu zhidu chongsu. Fazhi lun cong 2008, Heft 3, S. 22–27 (林喜芬, 刑事侦查扣押程序的缺陷与制度重塑, 法治论丛 2008 年第 3 期, 第 22–27 页).
- Liu, Fangquan, Cong shouquan dao xianquan. Kunming ligong daxue xuebao 2009, Heft 5, 69–76 (刘方权, 从授权到限权, 昆明理工大学学报 2009 年第 5 期, 第 69–76 页).

- Lun soucha de zhengdang chengxu. Shandong gongan zhuanke xuexiao xuebao 2002, Heft 11, S. 83–86 (刘方权, 论搜查的正当程序, 山东公安专科学校学报 2002 年第 11 期, 第 83–86 页).
- Liu, Gui, Geren mimi luzhi de shiting ziliao shifou juyou xingshi zhengju xiaoli. Renmin jiancha 2008, Heft 21, 34 f. (刘贵, 个人秘密录制的视听资料是否具有刑事证据效力, 人民检察 2008 年第 21 期, 第 34, 35 页).
- Liu, Guoqing, Bijiao yu jiejian: lun fandui qiangpo zizheng qizui yuanze. Henan caijing zhengfa daxue xuebao 2013, Heft 1, 168–174 (刘国庆, 比较与借鉴: 论反对强迫自证其罪原则, 河南财经政法大学学报 2013 年第 1 期, 第 168–174 页).
- Liu, Renwen/Liu, Zexin, Xingxun bigong: Yuanjia cuoan de zuikui huoshou. Yanhuang chunqiu 2013, Heft 9, 79–86. (刘仁文/刘泽鑫, 刑讯逼供: 冤假错案的罪魁祸首, 炎黄春秋 2013 年第 9 期, 第 79–86 页).
- Liu, Xianpeng, Dianzi zhengju zhi kecaixing tanxi. Xuexi yu shijian 2012, Heft 9, 49–55 (刘显鹏, 电子证据之可采性探析, 学习与实践 2012 年第 9 期, 第 49–55 页).
- Long, Zongzhi, Jinbu yu yujian – you zhengju zhidu tiaozheng de guanCha. Tribune of Political Science and Law 2012, Heft 5, 3–13 (龙宗智, 进步与局限 – 由证据制度调整的观察, 政法论坛 2012 年第 5 期, 第 3–13 页).
- Liangge zhengju guiding de guifan yu zhixing ruogan wenti yanjiu. Zhongguo faxue 2010, Heft 6, S. 17–32 (龙宗智, 两个证据规定的规范与执行若干问题研究, 中国法学 2010 年第 6 期, 第 17–32 页).
- Weixie, yinyou, qipian de shenxun shifou weifa. Faxue 2000, Heft 3, 20–23 (龙宗智, 威胁、引诱、欺骗的审讯是否违法, 法学 2000 年第 3 期, 第 20–23 页).
- Woguo feifa kougong paichu de „tongku guize“ ji xiangguan wenti. Tribune of Political Science and Law 2013, Heft 5, 17–24 (龙宗智, 我国非法口供排除的“痛苦规则”及相关问题, 政法论坛 2013 年第 5 期, 第 17–24 页).
- Ma, Jinghua, Zhencha daoan jieduan de renquan baozhang zhidu yanjiu. Bijiaofa yanjiu 2011, Heft 4, 99–111 (马静华, 侦查到案阶段的人权保障制度研究, 比较法研究 2011 年第 4 期, 第 99–111 页).
- Pan, Liping, Woguo souchazheng zhidu de lifa quexian jiqi wanshan. Renmin jiancha 2004, Heft 6, 69–72 (潘利平, 我国搜查证制度的立法缺陷及其完善, 人民检察 2004 年第 6 期, 第 69–72 页).
- Woguo xingshi soucha qidong chengxu wenti yanjiu. Shehui kexue yanjiu 2004, Heft 5, 91–94 (潘利平, 我国刑事搜查启动程序问题研究, 社会科学研究 2004 年第 5 期, 第 91–94 页).
- Qin, Ce, Xingshi feifa zhengju paichu de xianzheng zhiwei. Faxue 2007, Heft 8, 69–79 (秦策, 刑事非法证据排除的宪政之维, 法学 2007 年第 8 期, 第 69–79 页).
- Song, Shijie/Chen, Guo, Lun feifa zhengju paichu guize. In: He Jiahong (Hrsg.), Zhengjuxue luntan, Band II, S. 225–270 (宋世杰/陈果, 论非法证据排除规则, 证据学论坛 (第二卷), 第 225–270 页).
- Song, Zhijun, Woguo xingshi renshen jiancha zhidu tanxi. Zhengfa xuekan 2007, Heft 2, 111–114 (宋志军, 我国人身检查制度探析, 政法学刊 2007 年第 2 期, 第 111–114 页).

- Steuery, Ellen Hochstedler/Frank, Nancy*, Criminal Court Process. Übersetzt von Chen, Weidong/Xu, Meijun, Peking 2002 (爱伦·豪切斯泰勒·斯黛丽/南希·弗兰克 著, 陈卫东/徐美君 译, 美国刑事法院诉讼程序, 中国人民大学出版社 2002 年).
- Tian, Wenchang/Zou, Jiaming*, Paichu feifa yanci zhengju de ruogan wenti. Renmin sifa 2013, Heft 7, 67–73 (田文昌/邹伟铭, 排除非法言词证据的若干问题, 人民司法 2013 年第 7 期, 第 67–73 页).
- Wan, Yi*, Jiedu jishu zhencha yu qiaozhuang zhencha. Modern Law Science 2012, Heft 6, 180–193 (万毅, 解读“技术侦查”与“乔装侦查”, 现代法学 2012 年第 6 期, 第 180–193 页).
- Lun xingsun bigong de jieshi yu rending. Xiandai faxue 2011, Heft 3, 174–183 (万毅, 论“刑讯逼供”的解释与认定, 当代法学 2011 年第 3 期, 第 174–183 页).
- Quanguo shouli feifa zhengju paichu an falu yanpan. Evidence Science 2011, Heft 6, 657–666 (万毅, 全国首例非法证据排除案法理研判, 证据科学 2011 年第 6 期, 第 657–666 页).
- Zhencha Moulue zhi yunyong ji qi dixian. Tribune of Political Science and Law 2011, Heft 4, 133–145 (万毅, 侦查谋略之运用及其底线, 政法论坛 2011 年第 4 期, 第 133–145 页).
- Weifa youhuo zhencha suo huo zhengju zhi zhengju nengli yanjiu. Falu kexue 2010, Heft 4, 142–153 (万毅, 违法诱惑侦查所获证据之证据能力研究, 法律科学 2010 年第 4 期, 第 142–153 页).
- Feifa zhengju paichu guize ruogan caozuo wenti yanjiu. Zhongguo xingshifa zazhi 2007, Heft 3, 77–82 (万毅, 非法证据排除规则若干操作问题研究, 中国刑事法杂志 2007 年第 3 期, 第 77–82 页).
- Wang, Chao*, Feifa zhengju paichu guize de xuzhihua yinyou yu youhua gaige. Faxue zazhi 2013, Heft 12, 100–108 (王超, 非法证据排除规则的虚置化隐忧与优化改革, 法学杂志 2013 年第 12 期, 第 100–108 页).
- Wang, Jiancheng*, Zhongguo xuyao shimoyang de feifa zhengju paichu guize. Huangqiu falu pinglun 2006, Heft 5, 551–556 (汪建成, 中国需要什么样的非法证据排除规则, 环球法律评论 2006 年第 5 期, 第 551–556 页).
- Wang, Li/Lü, Liangbiao*, Lun silu shiting ziliao de sifa shencha. Falu shiyong 1997, Heft 12, 39–42 (王栎/吕梁彪, 论私录视听资料的司法审查, 法律适用 1997 年 12 期, 第 39–42 页).
- Wang, Ruishan*, Woguo jishu zhencha de falu kunjing yu chulu xuanze. Fanzui yanjiu 2011, Heft 1, 56–63 (王瑞山, 我国技术侦查的法律困境与出路选择, 犯罪研究 2011 年第 1 期, 第 56–63 页).
- Wang, Shangxin/Li, Shouwei* (Hrsg.), Guanyu xiugai xingshi susongfa de jue ding jieshi yu shiyong, Peking 2012 (王尚新/李寿伟 主编, 关于修改刑事诉讼法的决定解释与适用, 人民法院出版社, 北京 2012).
- Wang, Zhigang*, Dafanwei chouxue caiyan DNA xianxiang yanjiu. Zhongguo shehui kexueyuan yanjiushengyuan xuebao 2012, Heft 2, 62–66 (王志刚, 大范围抽血采验 DNA 现象研究, 中国社会科学院研究生院学报 2012 年第 2 期, 第 62–66 页).

- Weng, Yijie, Woguo xingshi soucha, kouya zhidu de gaige yu wanshan. Journal of National Prosecutors College 2004, Heft 5, S. 61–67 (翁怡洁, 我国刑事搜查, 扣押制度的改革与完善, 国家检察官学院学报 2004 年第 5 期, 第 61–67 页).
- Xingshi shenti jiancha zhidu zhi tantao. Renmin jiancha 2004, Heft 6, 8–12 (翁怡洁, 刑事身体检查制度之探讨, 人民检察 2004 年第 6 期, 第 8–12 页).
- Wie, Qiong, Shiting ziliao jiqi zhengju paichu guize. Xinan minzu daxue xuebao 2008, Heft 7, 220–225 (魏琼, 视听资料及其证据排除规则, 西南民族大学学报 2008 年第 7 期, 第 220–225 页).
- Wu, Danhong, Juese, Qingjin yu shehui rongren. Peking University Law Journal 2006, Heft 2, S. 147–169 (吴丹红, 角色, 情境与社会容忍, 中外法学 2006 年第 2 期, 第 147–169 页).
- Xiong, Qiu hong, Xingshi zhengju zhidu fazhan zhong de jieduanxing jinbu. Evidence Science 2010, Heft 5, 569–576 (熊秋红, 刑事证据制度发展中的阶段性进步, 证据科学 2010 年第 5 期, 第 569–576 页).
- Yuanan fangfan yu quanli baozhang. Legal Forum 2010, Heft 4, 33–38 (熊秋红, 冤案防范与权利保障, 法学论坛 2010 年第 4 期, 第 33–38 页).
- Xu, Meijun, Zhenchaquan de sifa shencha zhidu yanjiu. Faxue luntan 2008, Heft 5, 98–103 (徐美君, 侦查权的司法审查制度研究, 法学论坛 2008 年第 5 期, 第 98–103 页).
- Xu, Qingyu, Feifa zhengju paichu guize de xianshi kunjing jiqi jie jue lujing. Zhengzhi yu falu 2011, Heft 6, 17–23 (徐清宇, 非法证据排除规则的现实困境及其解决路径, 政治与法律 2011 年第 6 期, 第 17–23 页).
- Xu, Yongjun, Luelun woguo youhuo zhencha zhong de feifa zhengju paichu. Journal of Jianxi Police Institute 2014, Heft 6, 16–20 (许永俊, 略论我国诱惑侦查中的非法证据排除, 江西警察学院学报 2014 年第 6 期, 第 16–20 页).
- Xu, Zhi, Guanyu youhuo zhencha de falu sikao. Falu kexue 2006, Heft 1, 103–112 (许志, 关于诱惑侦查的法律思考, 法律科学 2006 年第 1 期, 第 103–112 页).
- Yan, Bin, Lun yuzhen ermu zhidu bei lanyong de weihai ji duice. Zhengfa lun cong 2013, Heft 6, 115–120 (闫斌, 论“狱侦耳目”制度被滥用的危害及对策, 政法论丛 2013 年第 6 期, 第 115–120 页).
- Yan, Yongli/Zhang, Shuqin, Lun feifa shiwu zhengju paichu guize de goujian. Zhongguo xingshifa zazhi 2013, Heft 7, S. 69–74 (阎永黎/张书勤, 论非法实物证据排除规则的构建, 中国刑事法杂志 2013 年第 7 期, 第 69–74 页).
- Yang, Kaixiang, Gongmin yinsiquan zai zhencha xingwei zhong de jixian. Huadong zhengfa xueyuan xuebao 2006, Heft 6, 34–43 (杨开湘, 公民隐私权在侦查行为中的界限, 华东政法学院学报 2006 年第 6 期, 第 34–43 页).
- Yang, Yuguan, Feifa zhengju paichu guize yanjiu. Peking 2002 (杨宇冠, 非法证据排除规则研究, 中国人民公安大学出版社 2002 年).
- Yang, Zonghui/Yang, Qingjiu, Lun qipian yu zhencha celue. Journal of Henan University (Social Science) 2013, Heft 6, 63–70 (杨宗辉/杨青玖, 论欺骗与侦查策略, 河南大学学报 (社会科学版) 2013 年第 6 期, 第 63–70 页).
- Ye, Qing, Guanyu feifa zhengju paichu guize tixi de ruogan wenti sikao. Zhengzhi yu falu 2011, Heft 6, 9–16 (叶青, 关于非法证据排除规则体系的若干问题思考, 政治与法律 2011 年第 6 期, 第 9–16 页).



- Ye, Ziqiang, Mimi luyin de fenlei, zhengju zige he sifa zhengce. Huanqiu falu pinglun 2005, Heft 4, 443–453 (叶自强, 秘密录音的分类、证据资格和司法政策, 环球法律评论 2005 年第 4 期, 第 443–453 页).
- Yi, Yanyou, Zhengren chuting yu xingshi beigaoren duizhiquan de baozhang. Zhongguo shehui kexue 2010, Heft 2, 160–176 (易延友, 证人出庭与刑事被告人质证权的保障, 中国社会科学 2010 年第 2 期, 第 160–176 页).
- Yong, Ziyuan/Lian, Biao, Qinqin Xiangyin huigui xingshi falu de sikao. Faxue zazhi 2013, Heft 10, 69–76 (雍自元/廉彪, 亲亲相隐回归刑事法律的思考, 法学杂志 2013 年第 10 期, 第 69–76 页).
- Yuan, Zhi, Renshen jiancha chengxu de falu wanshan. Faxue 2004, Heft 11, 123–128 (袁志, 人身检查程序的法律完善, 法学 2004 年第 11 期).
- Zhang, Bin, Woguo feifa zhengju paichu guize yunyong de shida jishu nanti. Zhongguo xingshifa zazhi 2010, Heft 10, 74–80 (张斌, 我国非法证据排除规则运用的十大技术难题, 中国刑事法杂志 2010 年第 10 期, 74–80 页).
- Zhang, Jianwei, Zibai renyixing guize de falu jiazhi. Faxu yanjiu 2012, Heft 6, 164–177 (张建伟, 自白任意性规则的法律价值, 法学研究 2012 年第 6 期, 第 164–177 页).
- Feifa zhengju yuanhe nan yi paichu. Tsinghua Law Journal 2012, Heft 3, 55–66 (张建伟, 非法证据缘何难以排除, 清华法学 2012 年第 3 期, 第 55–66 页).
- Zhang, Jun (Hrsg.), Xingshi zhengju guize lijie yu shiyong. Peking 2010 (张军 主编, 刑事证据规则理解与适用, 法律出版社, 北京 2010 年).
- Zhang, Jun/Jiang, Wei/Tian, Wenchang, Xingshi susong: kongbianshen sanrentan. Peking 2001 (张军/姜伟/田文昌, 刑事诉讼: 控辩审三人谈, 法律出版社, 北京 2001).
- Zhang, Ying, Beigaoren shenqian gongshu de zhengju nengli. Journal of Lanzhou University (Social Sciences) 2012, Heft 5, S. 123–132 (张颖, 被告人审前供述的证据能力, 兰州大学学报(社会科学版) 2012 年第 5 期, 第 123–132 页).
- Zhao, Chi/Chen, Shengcai, Jiancha huanjie zhengju hefaxing shencha shizheng yanjiu. Journal of Southwest University of Political Science and Law 2014, Heft 6, 13–22 (赵赤/陈胜才, 检察环节证据合法性审查实证研究, 西南政法大学学报 2014 年第 6 期, 第 13–22 页).
- Zhou, Hongbo/Pan, Liping, Wuzheng soucha: lifa yu shijian de beili jiqi wanshan. Xinan minzu daxue xuebao 2008, Heft 8, 198–202 (周洪波/潘利平, 无证搜查: 立法与实践的背离及其完善, 西南民族大学学报 2008 年第 8 期, 第 198–202 页).

# Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht

---

Die zentralen Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht werden in Zusammenarbeit mit dem Verlag Duncker & Humblot in den folgenden sechs Unterreihen der „Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht“ vertrieben:

- „Strafrechtliche Forschungsberichte“
- „Kriminologische Forschungsberichte“
- „Interdisziplinäre Forschungen aus Strafrecht und Kriminologie“
- „Publications of the Max Planck Partner Group for Balkan Criminology“
- „Series of the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law and Bahçeşehir University Joint Research Group“
- „Sammlung ausländischer Strafgesetzbücher in Übersetzung“

Diese Publikationen können direkt über das Max-Planck-Institut unter <[www.mpicc.de](http://www.mpicc.de)> oder über den Verlag Duncker & Humblot unter <[www.duncker-humblot.de](http://www.duncker-humblot.de)> erworben werden. Darüber hinaus erscheinen in der Unterreihe „research in brief“ zusammenfassende Kurzbeschreibungen von Forschungsergebnissen und in der Unterreihe „Arbeitsberichte“ Veröffentlichungen vorläufiger Forschungsergebnisse. Diese Veröffentlichungen können über das Max-Planck-Institut bezogen werden.

Detaillierte Informationen zu den einzelnen Publikationen des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht sind unter <[www.mpicc.de](http://www.mpicc.de)> abrufbar.

---

The main research activities of the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law are published in the following six subseries of the “Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht” (Research Series of the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law), which are distributed in cooperation with the publisher Duncker & Humblot:

- “Strafrechtliche Forschungsberichte” (Reports on Research in Criminal Law)
- “Kriminologische Forschungsberichte” (Reports on Research in Criminology)
- “Interdisziplinäre Forschungen aus Strafrecht und Kriminologie” (Reports on Interdisciplinary Research in Criminal Law and Criminology)
- “Publications of the Max Planck Partner Group for Balkan Criminology”
- “Series of the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law and Bahçeşehir University Joint Research Group”
- “Sammlung ausländischer Strafgesetzbücher in Übersetzung” (Collection of Foreign Criminal Laws in Translation)

These publications can be ordered from the Max Planck Institute at <[www.mpicc.de](http://www.mpicc.de)> or from Duncker & Humblot at <[www.duncker-humblot.de](http://www.duncker-humblot.de)>. Two additional subseries are published: “research in brief” contains short reports on results of research activities, and “Arbeitsberichte” (working materials) present preliminary results of research projects. These publications are available at the Max Planck Institute.

Detailed information on all publications of the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law can be found at <[www.mpicc.de](http://www.mpicc.de)>.



Auswahl aus dem strafrechtlichen Forschungsprogramm:

- S 161 *Ulrich Sieber / Valsamis Mitsilegas / Christos Mylonopoulos / Emmanouil Billis / Nandor Knust* (eds.)  
**Alternative Systems of Crime Control**  
National, Transnational, and International Dimensions  
2018 • 343 Seiten • ISBN 978-3-86113-786-3 € 44,00
- S 160 *Mandy Vetter*  
**Verteidigerkonsultation im Ermittlungsverfahren**  
Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen und  
englischen Strafverfahrensrecht im Lichte der Europäischen  
Menschenrechtskonvention  
2018 • 760 Seiten • ISBN 978-3-86113-787-0 € 50,00
- S 159 *Johannes Schäuble*  
**Strafverfahren und Prozessverantwortung**  
Neue prozessuale Obliegenheiten des Beschuldigten  
in Deutschland im Vergleich mit dem US-amerikanischen Recht  
2017 • 477 Seiten • ISBN 978-3-86113-791-7 € 44,00
- S 158 *Hannes Schrögle*  
**Das begehungsgleiche Unterlassungsdelikt**  
Eine rechtsdogmatische, rechtsdogmatische und rechts-  
vergleichende Untersuchung und die Entwicklung  
eines Systems der Garantietypen  
2017 • 339 Seiten • ISBN 978-3-86113-793-1 € 35,00
- S 156 *Ulrich Sieber / Nicolas von zur Mühlen* (eds.)  
**Access to Telecommunication Data in Criminal Justice**  
A Comparative Analysis of European Legal Orders  
2016 • 771 Seiten • ISBN 978-3-86113-796-2 € 58,00
- S 155 *Jennifer Schuetze-Reymann*  
**International Criminal Justice on Trial**  
The ICTY and ICTR Case Referral Practice to National Courts  
and Its Possible Relevance for the ICC  
2016 • 232 Seiten • ISBN 978-3-86113-797-9 € 35,00
- S 154 *Carl-Wendelin Neubert*  
**Der Einsatz tödlicher Waffengewalt  
durch die deutsche auswärtige Gewalt**  
2016 • 391 Seiten • ISBN 978-3-86113-799-3 € 41,00
- S 153 *Mehmet Arslan*  
**Die Aussagefreiheit des Beschuldigten  
in der polizeilichen Befragung**  
Ein Vergleich zwischen der EMRK, dem deutschen  
und dem türkischen Recht  
2015 • 670 Seiten • ISBN 978-3-86113-801-3 € 55,00



Auswahl aus dem strafrechtlichen Forschungsprogramm:

- S 128.1.1 *Ulrich Sieber / Konstanze Jarvers / Emily Silverman* (eds.)  
**National Criminal Law in a Comparative Legal Context  
Volume 1.1: Introduction to National Systems**  
2013 • 314 Seiten • ISBN 978-3-86113-822-8 € 40,00
- S 128.1.2 Volume 1.2: Introduction to National Systems  
2013 • 363 Seiten • ISBN 978-3-86113-826-6 € 43,00
- S 128.1.3 Volume 1.3: Introduction to National Systems  
2014 • 297 Seiten • ISBN 978-3-86113-818-1 € 40,00
- S 128.1.4 Volume 1.4: Introduction to National Systems  
2014 • 391 Seiten • ISBN 978-3-86113-810-5 € 43,00
- S 128.1.5 Volume 1.5: Introduction to National Systems  
2018 • 375 Seiten • ISBN 978-3-86113-785-6 € 43,00
- S 128.2.1 *Ulrich Sieber / Susanne Forster / Konstanze Jarvers* (eds.)  
**National Criminal Law in a Comparative Legal Context  
Volume 2.1: General limitations on the application  
of criminal law**  
2011 • 399 Seiten • ISBN 978-3-86113-834-1 € 43,00
- S 128.2.2 *Ulrich Sieber / Konstanze Jarvers / Emily Silverman* (eds.)  
National Criminal Law in a Comparative Legal Context  
Volume 2.2: General limitations on the application  
of criminal law  
2017 • 272 Seiten • ISBN 978-3-86113-798-6 € 35,00
- S 128.3.1 *Ulrich Sieber / Susanne Forster / Konstanze Jarvers* (eds.)  
**National Criminal Law in a Comparative Legal Context  
Volume 3.1: Defining criminal conduct**  
2011 • 519 Seiten • ISBN 978-3-86113-833-4 € 46,00
- S 128.3.2 *Ulrich Sieber / Konstanze Jarvers / Emily Silverman* (eds.)  
National Criminal Law in a Comparative Legal Context  
Volume 3.2: Defining criminal conduct  
2017 • 370 Seiten • ISBN 978-3-86113-790-0 € 43,00
- S 128.4.1 *Ulrich Sieber / Konstanze Jarvers / Emily Silverman* (eds.)  
**National Criminal Law in a Comparative Legal Context  
Volume 4.1: Special forms of criminal liability**  
2015 • 401 Seiten • ISBN 978-3-86113-803-7 € 43,00



Auswahl aus dem strafrechtlichen Forschungsprogramm:

- S 128.5.1 *Ulrich Sieber / Konstanze Jarvers / Emily Silverman* (eds.)  
**National Criminal Law in a Comparative Legal Context**  
**Volume 5.1: Grounds for rejecting criminal liability**  
2016 • 410 Seiten • ISBN 978-3-86113-800-6 € 43,00
- G 126 **Strafgesetzbuch der Tschechischen Republik –  
Trestní zákoník České republiky**  
Deutsche Übersetzung von Susanne Altmann  
Einführung von Helena Valková, Josef Kuchta, Petr Bohata  
Zweisprachige Ausgabe  
2017 • 430 Seiten • ISBN 978-3-86113-789-4 € 50,00
- G 125 **Die türkische Strafprozessordnung – Ceza Muhakemesi Kanunu**  
Deutsche Übersetzung und Einführung von Mehmet Arslan  
Zweisprachige Ausgabe  
2017 • 289 Seiten • ISBN 978-3-86113-792-4 € 48,00
- 

Auswahl aktueller Publikationen aus der kriminologischen Veröffentlichungsreihe:

- K 181 *Maria Walsh*  
**Intensive Bewährungshilfe und junge Intensivtäter**  
Eine empirische Analyse des Einflusses von Intensivbewährungshilfe  
auf die kriminelle Karriere junger Mehrfachauffälliger in Bayern  
Berlin 2018 • 210 Seiten • ISBN 978-3-86113-296-1 € 35,00
- K 180 *Linn Katharina Döring*  
**Sozialarbeiter vor Gericht?**  
Grund und Grenzen einer Kriminalisierung unterlassener staatlicher  
Schutzmaßnahmen in tödlichen Kinderschutzfällen in Deutschland  
und England  
Berlin 2018 • 442 Seiten • ISBN 978-3-86113-268-4 € 42,00
- K 180 *Michael Kilchling*  
**Opferschutz innerhalb und außerhalb des Strafrechts**  
Perspektiven zur Übertragung opferschützender Normen aus  
dem Strafverfahrensrecht in andere Verfahrensordnungen  
Berlin 2018 • 165 Seiten • ISBN 978-3-86113-267-7 € 32,00
- K 177 *Tillmann Bartsch, Martin Brandenstein, Volker Grundies,  
Dieter Hermann, Jens Puschke, Matthias Rau* (Hrsg.)  
**50 Jahre Südwestdeutsche und Schweizerische  
Kriminologische Kolloquien**  
Berlin 2017 • 312 Seiten • ISBN 978-3-86113-265-3 € 35,00
- K 174 *Min Kyung Han*  
**The Effectiveness of Electronic Monitoring in Korea**  
Berlin 2017 • 210 Seiten • ISBN 978-3-86113-261-5 € 35,00



Auswahl aktueller Publikationen aus der kriminologischen Veröffentlichungsreihe:

- K 173 *Jing Lin*  
**Compliance and Money Laundering Control  
by Banking Institutions in China**  
Self-Control, Administrative Control, and Penal Control  
Berlin 2016 • 222 Seiten • ISBN 978-3-86113-260-8 € 35,00
- K 172 *Julia Kasselt*  
**Die Ehre im Spiegel der Justiz**  
Eine Untersuchung zur Praxis deutscher Schwurgerichte  
im Umgang mit dem Phänomen der Ehrenmorde  
Berlin 2016 • 495 Seiten • ISBN 978-3-86113-255-4 € 42,00
- K 171 *Rita Haverkamp, Harald Arnold* (Hrsg.)  
**Subjektive und objektivierbare Bedingungen von (Un-)Sicherheit**  
Studien zum Barometer Sicherheit in Deutschland (BaSiD)  
Berlin 2015 • 384 Seiten • ISBN 978-3-86113-254-7 € 38,00
- K 170 *Moritz Tauschwitz*  
**Die Dopingverfolgung in Deutschland und Spanien**  
Eine strafrechtliche und kriminologische Untersuchung  
Berlin 2015 • 332 Seiten • ISBN 978-3-86113-253-0 € 37,00
- K 169 *Andreas Schwedler, Gunda Wössner*  
**Elektronische Aufsicht bei vollzugsöffnenden Maßnahmen**  
Implementation, Akzeptanz und psychosoziale Effekte des baden-  
württembergischen Modellprojekts  
Berlin 2015 • 126 Seiten • ISBN 978-3-86113-252-3 € 25,00
- K 168 *Daniela Hunold*  
**Polizei im Revier**  
Polizeiliche Handlungspraxis gegenüber Jugendlichen  
in der multiethnischen Stadt  
Berlin 2015 • 288 Seiten • ISBN 978-3-86113-251-6 € 35,00
- BC 2 *Sunčana Roksandić Vidlička*  
**Prosecuting Serious Economic Crimes as International Crimes**  
A New Mandate for the ICC?  
Berlin 2017 • 530 Seiten • ISBN 978-3-86113-264-6 € 44,00
- BC 1 *Anna-Maria Getoš Kalac, Hans-Jörg Albrecht, Michael Kilchling* (eds.)  
**Mapping the Criminological Landscape of the Balkans**  
A Survey on Criminology and Crime  
with an Expedition into the Criminal Landscape of the Balkans  
Berlin 2014 • 540 Seiten • ISBN 978-3-86113-248-6 € 44,00