



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Stellungnahme Nr. 17

24. April 2012

Gesetzentwurf der Bundesrechtsanwaltskammer für die Einführung einer Zustimmungslösung als Alternative zu der von der Rechtsprechung entwickelten Widerspruchslösung bei zu Gunsten des Angeklagten bestehenden Beweisverwertungsverböten

Mitglieder des Strafrechtsausschusses

RA Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor, Vorsitzender
RA Dr. Jan Bockemühl (Berichterstatter)
RA Prof. Dr. Alfred Dierlamm
RA Thomas C. Knierim
RA Dr. Daniel M. Krause
RA Prof. Dr. Holger Matt
RAin Anke Müller-Jacobsen
RA Prof. Dr. Tido Park
RA Prof. Dr. Reinhold Schlothauer (Berichterstatter)
RA Dr. Jens Schmidt
RAin Dr. Anne Wehnert
RAin Dr. Annette von Stetten
RA Frank Johnigk, Bundesrechtsanwaltskammer

Richter am OLG Prof. Dr. Matthias Jahn, Erlangen-Nürnberg (Berichterstatter)
Rechtsanwalt Prof. Dr. Ralf Neuhaus, Dortmund (Berichterstatter)

Verteiler:

Bundesministerium der Justiz
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder
Rechtsanwaltskammern
Bundesverband der Freien Berufe
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Deutscher Steuerberaterverband e.V.
Wirtschaftsprüferkammer
Institut der Wirtschaftsprüfer
Deutscher Anwaltverein
Deutscher Notarverein
Deutscher Richterbund
Deutscher Juristinnenbund

Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar
Barreau Fédéral Allemand
www.brak.de

Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9 Tel. +49.30.28 49 39 -0
10179 Berlin Fax +49.30.28 49 39 -11
Deutschland Mail zentrale@brak.de

Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9 Tel. +32.2.743 86 46
1040 Brüssel Fax +32.2.743 86 56
Belgien Mail brak.bxl@brak.eu

Bundesvorstand Neue Richtervereinigung
Redaktionen der NJW, Strafverteidiger, Neue Zeitschrift für Strafrecht, ZAP Verlag,
Zeitschrift für höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit zurzeit rund 157.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen - auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

A. Kritik an der Widerspruchslösung in ihrer gegenwärtigen Gestalt

- I. In seiner grundlegenden Entscheidung vom 27.02.1992 (BGHSt 38, 214) verknüpft der BGH die Anwendung des im Hinblick auf die unterbliebene Belehrung des Beschuldigten über sein Schweigerecht bestehenden Beweisverwertungsverbotes mit der Erklärung eines Widerspruchs durch den verteidigten Angeklagten. In der Folgezeit hat der BGH das Widerspruchserfordernis auf andere Beweisverwertungsverbote erstreckt, die aus der Verletzung von Verfahrensvorschriften resultieren, die die Grundrechte und insbesondere Verteidigungspositionen eines Beschuldigten schützen. Der Angeklagte hat in diesen Fällen der Beweisverwertung in der Hauptverhandlung spätestens bis zu dem in § 257 StPO genannten Zeitpunkt zu widersprechen. Dem verteidigten Angeklagten steht nach dieser Konzeption ein Angeklagter gleich, der vom Vorsitzenden über die Möglichkeit des Widerspruchs unterrichtet worden ist.

- II. In der praktischen Ausgestaltung wird das Widerspruchserfordernis heute von den Obergerichten zum Nachteil der Rechte des Beschuldigten **extensiv ausgelegt**, ohne dass dieser Auslegung dogmatisch zwingende Argumente zugrunde liegen; dies vor allem deshalb, weil das Widerspruchserfordernis im Wortlaut des Gesetzes keine Erwähnung findet.

Ohne jeden Rückhalt in der Vorschrift des § 257 StPO, sondern den Sinn des durch die Vorschrift gewährleisteten Erklärungsrechts in sein Gegenteil verkehrend, fordern die Gerichte seit längerem nicht nur die Erklärung des Widerspruchs gegen eine Beweisverwertung, sondern auch eine inhaltliche Begründung, die die **Angriffsrichtung** des Vorbringens erkennen lassen müsse¹.

¹ Erstmals in dieser Deutlichkeit BGHSt 52, 38 = StV 2008, 8, dem BGH folgen die Obergerichte insbes. bei Verletzung des Richtervorbehalts in Fällen der Blutprobenentnahme gem. § 81a StPO, vgl. nur OLG Hamm StV 2009, 462; OLG Frankfurt StV 2011, 611.

Gleichzeitig wird das Rechtszeitigkeitsgebot **extensiv interpretiert**. Die Rügepräklusion trete bei einem ausschließlich während des Ermittlungsverfahrens erhobenen Widerspruch ebenso ein² wie im Falle eines Freispruchs, dem nicht vorsehend ein Widerspruch beigegeben worden sei. Seine erstmalige Einlegung – häufig im Anschluss an einen Verteidigerwechsel – nach Aufhebung und Zurückverweisung in der neuen Hauptverhandlung³, in der Berufungsinstanz trotz erstinstanzlichen Freispruchs⁴ oder nach Aussetzung des Verfahrens⁵ komme daher zu spät.

Damit erhält die Widerspruchslösung primär eine revisionsrechtliche Bedeutung. Denn auch im Revisionsverfahren muss die Angriffsrichtung des Vorbringens vom Rechtsmittelführer mitgeteilt werden, wobei allerdings hier in Form des § 344 Abs. 2 S. 2 StPO eine Rechtsgrundlage vorhanden ist, die für die Widerspruchslösung fehlt. Deshalb ist die Rechtsprechung zur Rügepräklusion nur vor revisionsrechtlichem Hintergrund verständlich.

Damit werden die **Verteidigungsmöglichkeiten** des Angeklagten im Erkenntnisverfahren nachhaltig **beschnitten**: Bringt der Angeklagte zum Ausdruck, dass er der Verwertung eines bestimmten Beweises widerspricht, bedarf es dafür weder der Bezeichnung einer Angriffsrichtung noch deren Konkretisierung. Es wäre ausreichend, dass er sich der Verwertung des kontaminierten Beweises widersetzt.

Die Situation des in einer Hauptverhandlung mit bestimmten Beweiserhebungen konfrontierten Verteidigers ist auch nicht mit derjenigen im Revisionsverfahren vergleichbar. Den Ablauf und die Reihenfolge der Aufnahme der Beweise bestimmt in der Hauptverhandlung der Vorsitzende und nicht der Verteidiger (§ 238 Abs. 1 StPO). Die Anforderungen der Widerspruchslösung kann der Verteidiger in der Hauptverhandlung spontan vielfach nicht erfüllen. Dies gilt umso mehr, als die zeitliche Präklusion für die Erhebung des Widerspruchs nicht erst nach der abschließenden Behandlung des betreffenden Beweisthemas eintritt⁶ und sich der Verteidiger zunächst Gewissheit über die Berechtigung seiner Intervention verschaffen konnte. Die Forderung, der Verteidiger müsse „mindestens vorsorglich“ nach Einführung des ersten von mehreren das Beweisthema betreffenden Beweismitteln Widerspruch erheben, ist zusätzlich

² BGH StV 2006, 396 m. abl. Anm. *Schlothauer*.

³ BGH StV 2006, 339.

⁴ OLG Frankfurt NSz-RR 2011, 46 m. abl. Bespr. *Kudlich*, HRRS 2011, 114; generell für das Berufungsverfahren OLG Stuttgart StV 1997, 341.

⁵ OLG Stuttgart StV 2001, 388.

⁶ BGHSt 39, 349, 352 f.

insofern **inkonsequent**, als nicht das Beweismittel, sondern das auf diese Weise in die Hauptverhandlung transponierte Beweisergebnis Gegenstand des Beweisverwertungsverbots ist⁷.

Die Widerspruchslösung dient darüber hinaus bei einem verteidigten Angeklagten allein dazu, das Gericht von seiner Verantwortung für die Durchführung eines gesetzmäßigen Verfahrens in einem für einen rechtsstaatlichen Strafprozess fundamentalen Punkt („keine Wahrheitsfindung um jeden Preis“) freizustellen und diese dem verteidigten Angeklagten zu **überbürden**. Denn in den Fällen eines unverteidigten Angeklagten bleibt es nach der Rechtsprechung des BGH die ureigene Aufgabe des Gerichts, den Angeklagten darüber zu belehren, dass er der Verwertung eines rechtswidrig erhobenen Beweises widersprechen könne⁸. Dies setzt aber gerade voraus, dass die in der Hauptverhandlung eingeführten Beweismittel seitens des Gerichts auf ihre Verwertbarkeit geprüft werden. Es ist kein Grund ersichtlich, sich dieser Aufgabe bei einem verteidigten Angeklagten zu dessen Lasten zu entledigen.

Soweit es sich um zu Gunsten des Beschuldigten bestehende Beweisverwertungsverbote handelt, die im Zusammenhang mit disponiblen Verfahrensrechten des Beschuldigten stehen, lassen sich die mit der **Widerspruchslösung verbundenen rechtsstaatlichen Unzuträglichkeiten** mittels einer Zustimmungslösung vermeiden.

B. Gesetzentwurf für die Einführung einer Zustimmungslösung als Alternative

I. In § 261 StPO wird folgender Satz 2 eingefügt:

„Beweise, die einem zu Gunsten des Angeklagten bestehenden Verwertungsverbot unterliegen, dürfen dem Urteil nur mit seiner ausdrücklichen Zustimmung zugrunde gelegt werden.“

1. Allgemeines

Rechtsgrundlage für die Beweisverwertung in einem strafgerichtlichen Urteil ist nach neuerer **Auffassung des Bundesverfassungsgerichts**⁹ § 261 StPO. § 261 StPO begründet danach die Verpflichtung des Gerichts, bei der für die Urteilsfindung erforderlichen Überzeugungsbildung alles zu berücksichtigen, was ordnungsgemäß in die Hauptverhandlung

⁷ Der BGH (StV 2004, 57) betont insoweit auch die Notwendigkeit eines „beweisthemenbezogenen“ und nicht nur „beweismittelbezogenen“ Verwertungswiderspruchs, ohne sich zur Inkohärenz seiner zum Zeitpunkt bzw. zum Inhalt des Widerspruchserfordernisses vertretenen Auffassungen zu verhalten.

⁸ BGHSt 38, 214, 226.

⁹ Zuletzt BVerfG, Beschl. v. 07.12.2011 – 2 BvR 2500/09 u.a. Tz. 120 ff. m. zahlr. Nachw.

eingeführt worden ist. Das „Ausschöpfungsgebot“ ist die Kehrseite der gerichtlichen Aufklärungspflicht¹⁰. Unverwertbare in der Hauptverhandlung erlangte Informationen müssen allerdings bei der Urteilsfindung unberücksichtigt bleiben¹¹.

Beweisverbote existieren sowohl in Form von Beweiserhebungsverböten, die die Aufklärung bestimmter Sachverhalte untersagen, als auch in Form von Beweisverwertungsverböten, die bestimmte Beweisergebnisse von der Berücksichtigung bei der Beweiswürdigung ausschließen. Da beide Kreise nicht deckungsgleich sind, es im vorliegenden Zusammenhang aber um die Frage der Verwertung von Beweisen bei der Urteilsfindung geht, ist das **Zustimmungsmodell** als Alternative zur sog. Widerspruchslösung **auf Grundlage der höchstrichterlichen Rechtsprechung** dogmatisch schlüssiger in § 261 StPO als in § 244 Abs. 2 StPO zu verorten¹².

Die Anbindung des Zustimmungsmodells an § 261 StPO ist nicht nur systematischen Erwägungen geschuldet. Sie trägt auch zur inhaltlichen Klärung des Zustimmungsmodells und der sich daraus ergebenden weiteren prozessualen Konsequenzen im Erkenntnis- und Revisionsverfahren bei.

2. Erkenntnisverfahren

a. Im Erkenntnisverfahren sind Beweisverwertungsverböte von Amts wegen zu berücksichtigen¹³. Dementsprechend unterliegt es der Aufklärungspflicht des Gerichts nach § 244 Abs. 2 StPO, die tatsächlichen Voraussetzungen von Beweisverwertungsverböten (nach den Grundsätzen des Freibeweises) festzustellen¹⁴. Liegen diese vor, darf der Beweis auch dann nicht zu Lasten des Angeklagten¹⁵ bei der Urteilsfindung berücksichtigt werden, wenn der betreffende Beweisstoff Gegenstand der Beweisaufnahme und damit Inbegriff der Verhandlung war. Dies gilt unabhängig davon, ob der Angeklagte in der Hauptverhandlung von sich aus auf das Eingreifen des Beweisverwertungsverbötes hingewiesen bzw. der

¹⁰ *Beulke*, Strafprozessrecht, 11. Aufl., Rn. 454.

¹¹ LR-*Gollwitzer*, StPO, 25. Aufl., § 261 Rn.14; *Meyer-Goßner*, StPO, 54. Aufl., § 261 Rn. 6; KK-StPO-*Schoreit*, 6. Aufl., § 261 Rn. 34 m.w.N.

¹² So der ursprüngliche Vorschlag von *Jahn*, Gutachten für die Strafrechtliche Abteilung, in: Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentages, 2008, Band I, S. C 112; ausführlicher *ders.*, FS Stöckel, 2010, S. 259 (275 f.); *ders.* StraFo 2011, 117, 123. Dieses Modell wurde auch vom Plenum der strafrechtlichen Abteilung des Deutschen Juristentages 2008 mehrheitlich angenommen (40:23:7), vgl. Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentages, 2008, Band II/1, S. L 68.

¹³ LR-*Gössel*, StPO, 26. Aufl., Einl. L Rn. 117.

¹⁴ BGH, Beschl. v. 03.05.2011 – 3 StR 277/10 = StV 2012, 3.

¹⁵ Der Frage, ob eine Beweisverwertung zu Gunsten des Angeklagten bei nicht zu seiner Disposition stehenden Beweisverwertungsverböten zulässig ist (dazu *Jahn*, Gutachten [o. Fn. 12], S. C 112 ff.), braucht hier nicht nachgegangen zu werden.

Beweisverwertung widersprochen hat. Dies ist unstrittig der Fall sowohl bei ausdrücklichen Beweisverwertungsverböten wie gemäß §§ 252 und 136a StPO oder § 51 Abs. 1 BZRG, als auch bei solchen, die aus der StPO entwickelt worden sind: Beispielsweise aus dem Beschlagnahmeverbot des § 97 StPO oder dem Untersuchungsverbot bei Zeugen jenseits der Beschränkungen des § 81c Abs. 1 StPO. Schon gar nicht bedarf es zur Begründung der gerichtlichen Pflicht, Beweisverwertungsverböte im Erkenntnisverfahren zu berücksichtigen, der Beanstandung der Unzulässigkeit der Beweiserhebung durch den Angeklagten, wenn diese vom Vorsitzenden angeordnet worden war (§ 238 Abs. 2 StPO).

- b. Bei Beweisverwertungsverböten, die aus einer Verletzung individualschützender Vorschriften resultieren, ist anerkannt, dass der betroffene Rechtsgutsträger in die Verwertung des mit einem Verfahrensfehler behafteten Beweises einwilligen kann.

So darf beispielsweise das Ergebnis der körperlichen Untersuchung eines zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen trotz unterbliebener Belehrung über sein Untersuchungsverweigerungsrecht (§ 81c Abs. 3 S. 2 StPO) verwertet werden, wenn der Zeuge hierzu nachträglich seine den Erfordernissen des § 81c Abs. 3 StPO genügende Einwilligung erteilt hat¹⁶.

Das Gros der zur Disposition stehenden Beweisverwertungsverböte betrifft allerdings Verfahrensvorschriften, die die Grundrechte und insbesondere Verteidigungspositionen eines Beschuldigten schützen. Dogmatisch wird die Dispositionsbefugnis im Umkehrschluss aus § 136a Abs. 3 S. 2 StPO abgeleitet, weil diese Bestimmung die Vorstellung des Gesetzgebers erkennen lasse, dass im Allgemeinen auch rechtswidrig erlangte und deswegen unverwertbare Ermittlungsergebnisse bei Einwilligung des Angeklagten gleichwohl verwertet werden dürften¹⁷.

Praktische Relevanz hat die Dispositionsbefugnis deshalb erlangt, weil Grund- und Verfahrensrechte des Beschuldigten verletzende Beweiserhebungen „mehr als bisher nicht nur einen einseitigen (belastenden), sondern auch einen zweiseitigen (auch entlastenden) ambivalenten Beweiswert haben“ können¹⁸. Das geht mittlerweile aufgrund neuer Ermittlungsmethoden (Einsatz technischer Mittel und Verdeckter Ermittlung) über den ursprünglichen Kern der Magna Charta rechtsstaatlicher Beschuldigtenrechte (Aus-sageverweigerungs- und Verteidigerkonsultationsrecht mit entsprechenden Belehrungspflichten; Teilhaberecht bei richterlichen Beweiserhebungen gemäß §§ 168c Abs. 2, 168d,

¹⁶ BGH StV 1996, 195; KK-Senge (o. Fn. 11), § 81c Rn. 13.

¹⁷ J.-P. Becker, Referat auf dem 67. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentages, 2008, Band II/1, S. L 52.

¹⁸ Nack, StraFo 1998, 366, 367.

223, 225 StPO) und dem Schutz vor nicht verdeckten („offenen“) Grundrechtseingriffen dienenden Vorschriften (§ 81a StPO im Hinblick auf Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG; § 105 StPO im Hinblick auf Art. 13 GG) weit hinaus. Die heimliche Überwachung der Telekommunikation, des nicht-öffentlich gesprochenen Wortes und weiterer Verhaltensweisen des Beschuldigten kann zu Beweisergebnissen führen, deren Verwertung unabhängig von der Rechtswidrigkeit ihrer Gewinnung wegen ihres entlastenden Beweiswertes für ihn von Interesse ist. Auch ein Verzicht auf den Grundrechtsschutz ist durch den Grundrechtsträger innerhalb bestimmter Grenzen zulässig¹⁹. Auch dadurch ist die Befugnis des Beschuldigten zur Disposition über ihn schützende Beweisverwertungsverbote eröffnet.

- c. Die Einwilligung in die Verwertung eines mit einem Verfahrensfehler behafteten Beweises, der Verzicht auf den Grundrechtsschutz durch den betroffenen Grundrechtsträger stellen die Ausnahme von der Regel eines ansonsten eingreifenden Beweisverbotes dar. Deshalb bedarf es bei zu Gunsten des Angeklagten bestehenden Verwertungsverböten seiner Zustimmung dazu, dass der in der Hauptverhandlung erhobene kontaminierte Beweis gleichwohl bei der Urteilsfindung verwertet werden darf.

Ist die Zustimmung erteilt, muss der betroffene Beweis bei der gerichtlichen Überzeugungsbildung berücksichtigt werden. Die Annahme, dass das Gericht unabhängig von der erklärten Zustimmung davon absehen dürfe, den betreffenden Beweis bei der Urteilsfindung zu berücksichtigen, würde im Widerspruch zur Dispositionsbefugnis des betroffenen Angeklagten und dem „Ausschöpfungsgebot“ des § 261 StPO stehen.

Die einzuführende Zustimmungslösung entspricht damit auch der geltenden Rechtslage in denjenigen Fällen, in denen vorbehaltlich der Zustimmung bzw. Einwilligung des Betroffenen die Verwertung bzw. Verwendung sogar zulässig erhobener Beweise gesetzlich ausgeschlossen ist²⁰. Umgekehrt ist es in diesen Fällen dem Gericht nicht freigestellt, ob es bei erteilter Zustimmung den erhobenen Beweis der Urteilsfindung zugrunde legt oder nicht. Vielmehr müssen im Falle der Zustimmung zur Verwertung bzw. Verwendung die betreffenden Beweise Berücksichtigung finden.

- d. Mit dem Zustimmungserfordernis entfällt die im Gefolge der Widerspruchslösung von der Rechtsprechung postulierte Pflicht, die Angriffsrichtung des gegen die Beweisverwertung gerichteten Widerspruchs zu bezeichnen und die dafür maßgeblichen Gründe in einer den Anforderungen an den Tatsachenvortrag gemäß § 344 Abs. 2 S. 2 StPO angenäherten

¹⁹ Allgemein *Hömig/Antoni*, Grundgesetz, 9. Aufl., Vor Art. 1 Rn. 13; speziell für das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis *Hömig/Hömig*, aaO., Art. 10 Rn. 9.

²⁰ Vgl. § 97 Abs. 1 InsO, § 19 Abs. 8 MarkenG, § 101 Abs. 8 UrhG. Die Verwendungsverböte der §§ 100d Abs. 5 Nr. 1 und Nr. 3, 161 Abs. 2 und 477 Abs. 2 StPO dürfen ebenso nur ausnahmsweise mit Einwilligung der von der Maßnahme betroffenen Person zu Beweis Zwecken im Strafverfahren verwendet werden.

Weise zu konkretisieren. Die mit der Ausgestaltung als Zustimmungserfordernis verbundene Festschreibung des Regel- (Beweisverbot) / Ausnahme- (Verwertbarkeit) Verhältnisses vermeidet ferner, dass dem Angeklagten die Verantwortung für die Beachtung von Schranken der Wahrheitsfindung zugewiesen wird, wie es bei der Widerspruchslösung der Fall ist.

- e. Wird keine Zustimmung zu der Beweisverwertung bis zum Schluss der Beweisaufnahme erklärt, darf das Gericht den kontaminierten Beweis bei der Urteilsfindung nicht berücksichtigen. Dies gilt auch, wenn eine zunächst erteilte Zustimmung bis zum Schluss der Beweisaufnahme widerrufen wird. Im Falle einer ausgesetzten Hauptverhandlung, im Berufungsverfahren und nach Zurückverweisung der Sache durch das Revisionsgericht ist das erkennende Gericht in der erneuerten bzw. Berufungs-Hauptverhandlung gehalten, erneut die Zustimmung des Angeklagten einzuholen, wenn es die Verwertung des kontaminierten Beweises beabsichtigt. Die erteilte Zustimmung entfaltet keine über die Dauer derjenigen Hauptverhandlung hinausreichende Bindungswirkung, in der sie erteilt worden ist.
- f. Die Anbindung der Zustimmungslösung an § 261 StPO ermöglicht auch die Beantwortung der Frage, wie zu verfahren ist, wenn kontaminierte Beweise in einem Verfahren gegen mehrere Angeklagte verwertet werden sollen.

Sind durch den ein Beweisverwendungsverbot begründenden Verfahrensfehler die Verteidigungs- oder Grundrechte mehrerer Angeklagter betroffen²¹, ist im Falle unterbliebener Zustimmung sämtlicher Betroffener eine Verwertung nur in Bezug auf diejenigen Angeklagten zulässig und geboten, der seine Zustimmung zur Verwertung erteilt hat. Bezüglich derjenigen Angeklagten, die der Verwertung nicht zugestimmt haben, müssen die kontaminierten Beweise unberücksichtigt bleiben.

Diese „gesplittete“ Beweiswürdigung entspricht der Situation in solchen Fällen, in denen es zur Wahrunterstellung von Tatsachen gekommen ist, die nur zur Entlastung eines von mehreren Angeklagten dienen, oder in denen es sogar zu wechselbezüglichen Wahrunterstellungen gekommen ist, durch die alternativ einzelne Angeklagte jeweils be- bzw. entlastet werden²². Eine vergleichbare Situation besteht in Fällen, in denen die

²¹ Dies sind bspw. Fälle, in denen rechtsfehlerhaft die Benachrichtigung mehrerer Beschuldigten von dem Termin einer richterlichen Zeugenvernehmung unterblieben ist sowie Fälle, in denen mehrere Beschuldigte Betroffene einer rechtsfehlerhaft durchgeführten Wohnungsdurchsuchung (§ 105 Abs. 1 StPO) waren oder Fälle, in denen mehrere Beschuldigte von der Überwachung einer zwischen ihnen stattgefundenen (Tele-) Kommunikation (§§ 100a, 100c, 100f StPO) betroffen waren. Siehe dazu BGH, Urt. v. 22.12.2011 – 2 StR 509/10 Tz. 20 ff. unter Bezugnahme auf *Jahn*, Gutachten (o. Fn. 12), S. C 114 f.

²² Vgl. LR-*Becker*, StPO, 26. Aufl., § 244 Rn. 300.

wechselbezügliche Anwendung des Zweifelsgrundsatzes bei mehreren Angeklagten zu nicht miteinander zu vereinbarenden Urteilsgründen führt, weil zu Gunsten eines Angeklagten getroffene Feststellungen nicht zum Nachteil eines anderen Angeklagten verwendet werden dürfen²³.

3. Revisionsverfahren

- a. Es begründet einen revisiblen Verfahrensfehler, wenn das Urteil auf einem Beweis beruht, der einem zu Gunsten des Angeklagten bestehenden Verwertungsverbot unterlag, ohne dass der Angeklagte der Verwertung zugestimmt hatte.

Dies betrifft zum einen die Fälle, in denen das erkennende Gericht den einem Verwertungsverbot unterliegenden Beweis bei der Urteilsfindung berücksichtigt hat, obwohl der dafür um Zustimmung ersuchte Angeklagte keine Erklärung abgegeben oder die Zustimmung sogar ausdrücklich verweigert hat.

Betroffen sind zum anderen die Fälle, in denen das Gericht einen in der Hauptverhandlung erhobenen Beweis ohne Zustimmung des Angeklagten verwertet bzw. diesen nicht um Zustimmung ersucht hat, obwohl dem Gericht Umstände bekannt waren, die es zur Aufklärung der ein Beweisverwertungsverbot begründenden Tatsache hätten drängen müssen. Solche Umstände können sich aus den Akten und/oder dem Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme ergeben. Von Bedeutung sind insoweit auch Beweisanregungen des Angeklagten, denen das Gericht im Rahmen seiner Aufklärungspflicht nach den Grundsätzen des Freibeweises hätte nachgehen müssen²⁴. Der dem Gericht als Verletzung des § 261 S. 2 StPO-E anzulastende Fehler besteht mithin darin, dass es unterlassen wurde, die Zustimmung des Angeklagten zur Verwertung des zu seinen Gunsten bestehenden Beweisverbotes einzuholen bzw. die dafür maßgeblichen Voraussetzungen aufzuklären.

Mit anderen Worten: Gibt es für das Gericht keine Anhaltspunkte für das Eingreifen eines zu Gunsten des Angeklagten bestehenden Beweisverbotes, kann die Beweisverwertung nicht deshalb zum Gegenstand einer Verfahrensrüge gemacht werden, weil die möglicherweise gebotene Zustimmung des Angeklagten nicht eingeholt wurde. Es ist dementsprechend bei solchen Sachverhalten Sache des Angeklagten, das Gericht auf die ein Beweisverwertungsverbot begründenden Umstände aufmerksam zu machen (insbesondere in Form von Beweisanregungen), die dem Gericht ansonsten nicht bekannt waren bzw. bekannt sein konnten.

²³ Vgl. *Meyer-Goßner* (o. Fn. 11), § 261 Rn. 29 a.E.

²⁴ BGH, Beschl. v. 03.05.2011 – 3 StR 277/10 = StV 2012, 3.

b. Es begründet umgekehrt eine Verletzung des § 261 S. 1 StPO, wenn das Gericht bei der Urteilsfindung einem Verwertungsverbot zu Gunsten des Angeklagten unterliegende Beweise unberücksichtigt lässt, obwohl der Angeklagte seine Zustimmung zur Verwertung erteilt hat. Unterlässt es das Gericht, die Zustimmung des Angeklagten zur Verwertung solcher für den Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch erheblichen Beweise einzuholen, die einem zu seinen Gunsten bestehenden Beweisverwertungsverbot unterliegen, und bleiben diese bei der Urteilsfindung unberücksichtigt, obwohl sie Gegenstand der Beweisaufnahme waren, wird auch insoweit § 261 S. 1 StPO verletzt. Das Gericht darf mithin den Angeklagten nicht mit der Annahme eines Beweisverwertungsverbots überraschen, das seiner Disposition unterliegt.

II. Für das Ermittlungsverfahren, die Anordnung von Zwangsmaßnahmen und die Anklageerhebung ist die Zustimmungslösung bei der Disposition des Beschuldigten unterliegenden Beweisverwertungsverboten in § 160 Abs. 1 StPO zu verorten. In § 160 Abs. 1 StPO ist folgender Satz 2 einzufügen:

„Beweise, die einem zu Gunsten des Beschuldigten bestehenden Verwertungsverbot unterliegen, dürfen zu Beweis Zwecken nur mit seiner ausdrücklichen Zustimmung verwendet werden.“

Insbesondere bei der Anordnung von Zwangsmaßnahmen, aber auch bei Anklageerhebung darf der dafür erforderliche Tatverdacht nicht auf Beweise gestützt werden, die einem Verwertungsverbot unterliegen²⁵. Andererseits kann ein Beschuldigter ein Interesse daran haben, dass Erkenntnisse, die einem seiner Disposition unterliegenden Beweisverwertungsverbot unterliegen, in die Verdachtsprüfung mit einbezogen werden, so dass auch hier die Zustimmungslösung zum Tragen kommen muss.

III. Ähnlich verhält es sich bei der gerichtlichen Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens²⁶. Deshalb ist für das Zwischenverfahren § 203 StPO um folgenden Satz 2 zu ergänzen:

„Beweise, die einem zu Gunsten des Angeschuldigten bestehenden Verwertungsverbot unterliegen, dürfen der Eröffnungsentscheidung des Gerichts nur mit seiner ausdrücklichen Zustimmung zugrunde gelegt werden.“

²⁵ Vgl. für Zwangsmaßnahmen, deren Anordnung einen dringenden Tatverdacht erfordert, BGHSt 36, 396 (Anordnung der Untersuchungshaft) und LG Zweibrücken VRS 88 (1995) 436; AG Offenbach StV 1993, 123 (vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis).

²⁶ Zur Bedeutung von Beweisverwertungsverboten im Ermittlungs- und Zwischenverfahren *Schlothauer*, FS Lüderssen, 2002, S. 761 ff.

Es ist weder dem Gericht, noch dem Angeklagten zuzumuten, dass es zu einer Hauptverhandlung kommt, in der es in Folge einer nicht erteilten Zustimmung des Angeklagten in die Verwertung von zu seiner Disposition stehenden Beweisen zu keiner Verurteilung kommen kann, obwohl aus diesem Grunde bereits im Zeitpunkt der Eröffnungsentscheidung keine Verurteilungswahrscheinlichkeit bestand. Auch hier muss aber für den Angeschuldigten die Möglichkeit bestehen, mittels Zustimmung zur Verwertung von ansonsten einem Beweisverbot unterliegenden Erkenntnissen die Sachverhaltsgrundlage für die Eröffnungsentscheidung des Gerichts in seinem Sinne zu erweitern, um ggfs. auf diese Weise eine Hauptverhandlung zu vermeiden.

- - -