

Dr. Torben Ellerbrok und Dr. Lucas Hartmann*

Die „Fernwirkung“ des öffentlich-rechtlichen Reaktionsrechts auf die strafprozessualen Beweisverwertungsverbote

Ein Beitrag zu Bedeutung und Durchsetzung subjektiver öffentlicher Rechte im Strafprozess

<https://doi.org/10.1515/zstw-2022-0022>

I. Strafprozessrecht als Öffentliches Recht und „angewandtes Verfassungsrecht“

Die deutsche Rechtswissenschaft kennzeichnet eine – auch im internationalen Vergleich – strikte intradisziplinäre Trennung zwischen dem Privatrecht, dem Öffentlichen Recht und dem Strafrecht¹. Die Diskursseparation findet ihren Ausgangspunkt in jeweils eigenständigen gesetzlichen Grundlagen, setzt sich fort in der in „Fachsäulen“ organisierten universitären Forschung und Lehre und wird weiter verstärkt durch die Aufspaltung des Rechtswegs zu unterschiedlichen Gerichtsbarkeiten². Dies verdeckt bisweilen, dass das Strafrecht in seiner Ausgestaltung eines Über-/Unterordnungsverhältnisses zwischen Staat und Bürgerinnen und Bürgern³ im Ausgangspunkt ein Teil des Öffentlichen Rechts ist⁴. In besonde-

¹ Siehe dazu nur *Jestaedt*, Festschrift für Stürmer, Teilb. 1, 2013, S. 917, 917–922.

² Öffentlich-rechtliche Streitigkeiten sind gem. § 40 Abs. 1 VwGO den Verwaltungsgerichten zugewiesen, während für Streitigkeiten über Maßnahmen der Justizbehörden in der Strafrechtspflege (§ 23 Abs. 1 S. 1 EGGVG) ebenso wie für Strafsachen selbst (§ 13 GVG) die ordentlichen Gerichte zuständig sind.

³ Im Folgenden wird allein aus Gründen der Lesbarkeit nur die männliche Version verwendet.

⁴ *Bethge*, Festschrift für Stern, 2012, S. 295, 301; *Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2020, § 2 Rdn. 1; *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 5. Aufl. 2020, § 1 Rdn. 5.

Anmerkung: Dank gilt Titus Rehm, Freiburg, und Philipp Zündorf, Berlin, für wertvolle Anregungen.

***Kontaktpersonen:** **Torben Ellerbrok**, wiss. Mitarbeiter am Institut für dt. und europ. Verwaltungsrecht der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg (Prof. Dr. Dr. h.c. W. Kahl); **Lucas Hartmann**, wiss. Mitarbeiter am Institut für Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie, Abt. 3 – Rechtstheorie, der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Prof. Dr. M. Jestaedt).

rem Maße begründungsbedürftig wird die getrennte Behandlung im Bereich des Verfahrensrechts⁵. So stellt sich gerade das Strafprozessrecht als „phänotypisches Eingriffsrecht“⁶ dar und kann aufgrund seiner umfassenden Prägung durch verfassungsrechtliche Garantien und Grundsätze mit Fug und Recht als „geronnenes“⁷ oder „angewandtes Verfassungsrecht“⁸ beschrieben werden⁹. Dies bedeutet einerseits, dass sich das Strafprozessrecht trotz seiner vorkonstitutionellen Ursprünge und Prägung und seiner weitgehenden Abkopplung von der „Mutterdisziplin des Öffentlichen Rechts“¹⁰ (auch) den verfassungsrechtlichen Anforderungen des 21. Jahrhunderts stellen muss¹¹. Andererseits ist Konsequenz dieses Befundes, dass die strafprozessuale *Dogmatik* nicht bloß auf Selbststand und Eigenart verweisen kann¹², um sich den Erkenntnissen der *Dogmatik* des Öffentlichen Rechts zu verschließen. Es bedarf daher einer stärkeren Integration des strafverfahrensrechtlichen Diskurses im Hinblick auf die Funktionsmechanismen des Öffentlichen Rechts¹³. Dazu sind die arrivierten Argumentationslinien aufzugreifen und im Hinblick auf die sich aus dem aktuellen Stand der Dogmatik des Öffentlichen Rechts ergebenden Anforderungen zu hinterfragen, zu ergänzen und fortzuentwickeln. Dem wohnt teilweise erhebliches Irritationspotenzial inne. Es sei daher betont, dass im Folgenden nicht die spezifische Prägung des Strafverfahrensrechts durch Sinn und Zielrichtung des materiellen Strafrechts in Abrede

5 Zur Kennzeichnung des Verfahrensrechts als öffentliches Recht vgl. P. Reimer, *Verfahrenstheorie*, 2015, S. 89 f. Zu Möglichkeiten und Grenzen einer rechtsgebietsübergreifenden Verfahrensdogmatik P. Reimer, ebd., S. 115 ff.; krit. und die Spezifika des Strafverfahrensrechts hervorhebend Popp, GVRZ 2018, 3 Rdn. 7.

6 Kudlich, in: Hilgendorf/ders./Valerius, *Handbuch des Strafrechts*, Bd. 7, 2020, § 1 Rdn. 18.

7 Jahn, JuS 2005, 1057, 1057.

8 BVerfGE 32, 373, 383, unter Bezugnahme auf Sax, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, *Die Grundrechte*, Bd. III/2, 1959, S. 909, 967. Ebenso BGHSt. 19, 325, 330. Schon zuvor Henkel, *Strafverfahrensrecht*, 1. Aufl. 1953, S. V.

9 Vom Strafprozessrecht als „Seismograph der Staatsverfassung“ sprechen Roxin/Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 29. Aufl. 2017, § 2 Rdn. 1; zust. Heghmanns, *Strafverfahren*, 2014, Rdn. 10; Gärditz, *Staat und Strafrechtspflege*, 2015, S. 31.

10 Gärditz, *Staat* (Anm. 9), S. 10.

11 Krit. zuletzt Hilgendorf, in: ders./Kudlich/Valerius, *Handbuch des Strafrechts*, Bd. 1, 2019, § 18 Rdn. 118: „lässt noch immer seine Herkunft aus dem Denken des 19. Jahrhunderts erkennen“.

12 Etwa Rogall, *Festschrift für Grünwald*, 1999, S. 523, 536.

13 Zu Vor- und Nachteilen einer Diskursintegration von Strafrecht und Verwaltungsrecht Gärditz, in: Kahl/Ludwigs, *Handbuch des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 2021, § 16 Rdn. 55; allgemeines Plädoyer für eine „Stärkung der säulenverkoppelnden Impulse“ bei Jestaedt, *Festschrift für Stürner*, Teilb. 1, S. 917, 934–936.

gestellt¹⁴, sondern durch einen Perspektivwechsel ein Beitrag zu einer rechtsgebietsübergreifend konsistenten Dogmatik geleistet werden soll.

Vor diesem Hintergrund wird im Folgenden – womit nicht völliges Neuland betreten wird – die Bedeutung des öffentlich-rechtlichen Reaktionsrechts für strafprozessuale Beweisverwertungsverbote beleuchtet. Nach der Darstellung der öffentlich-rechtlichen Grundlagen (II.) und der überkommenen Ansätze in der Strafverfahrensrechtswissenschaft (III.) wird sich hierbei insbesondere zeigen, dass und unter welchen Voraussetzungen sich Beweisverwertungsverbote als grundrechtlich indizierte, öffentlich-rechtliche Unterlassungsansprüche reformulieren lassen. Aus dieser Perspektive können die strafverfahrensrechtliche Dogmatik und die dort entwickelte Untergliederung der Beweisverwertungsverbote auf den Prüfstand gestellt und deren Verhältnis zu Beweiserhebungsverböten ebenso wie die Reichweite von Dritt- und Fernwirkung neu beschrieben werden (IV.). Die öffentlich-rechtliche Fundierung erhellt zugleich die (prozessualen) Möglichkeiten des Beschuldigten und anderer Betroffener, einer rechtswidrigen Beweisverwertung im Strafverfahren entgegenzutreten (V.). Abschließend wird aufgezeigt, inwieweit bei rechtswidriger Beweisverwertung im Strafverfahren öffentlich-rechtliche Schadensersatzansprüche bestehen können (VI.).

II. Öffentlich-rechtliche Grundlagen

Ausgangspunkte für eine Betrachtung strafprozessualer Beweisverwertungsverbote aus einer öffentlich-rechtlichen Perspektive sind der öffentlich-rechtliche Unterlassungs- und der öffentlich-rechtliche Folgenbeseitigungsanspruch. Die Rechtsgrundlage dieser beiden Ansprüche, die jeweils nur bereichsspezifische normative Regelung erfahren haben, wird unterschiedlich hergeleitet. Teilweise werden die beiden Ansprüche als Analogie der §§ 1004, 862 BGB konstruiert¹⁵ oder als Ausdruck der in Art. 20 Abs. 3 GG zu verortenden, umfassenden Rechts-

¹⁴ Die Gefahr für das Strafprozessrecht, als „Kolonie des Verfassungsrechts zu verkommen“, sieht *Arzt*, *Gedächtnisschrift für Kaufmann*, 1989, S. 839, 847 (Hervorh. im Orig.); zu dieser Kritik vgl. *Jahn*, in: *Tiedemann u. a., Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, 2014, S. 63, 85f.

¹⁵ Für den Unterlassungsanspruch OVG RP NJW 1986, 953, 953; HmbOVG NJW 1986, 2333, 2333; erwähnend, aber letztlich offen lassend, BVerwGE 79, 254, 257; einen § 1004 BGB entsprechenden „allgemeinen Rechtsgedanken“ zieht *Laubinger*, in: *VerwArch* 80 (1989), S. 261, 292f., heran. Für den Folgenbeseitigungsanspruch *Bettermann*, DÖV 1955, 528, 534 f.; eine „dogmatische Parallele“ sieht *Menger*, *Gedächtnisschrift für Jellinek*, 1955, S. 347, 351. Für eine Analogie zu §§ 12, 862, 1004 BGB als letzte Stufe einer „Vier-Stufen-Begründung“ *Brugger*, *JuS* 1999, 625, 630; in eine ähnliche Richtung *Pietzko*, *Der materiell-rechtliche Folgenbeseitigungsanspruch*, 1994, S. 119 ff. (Freiheitsgrundrechte i. V. m. § 1004 BGB analog).

bindung der staatlichen Verwaltung angesehen¹⁶. Am überzeugendsten ist es jedoch, die Abwehrdimension der Grundrechte – ggf. in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip¹⁷ – fruchtbar zu machen: Die Grundrechte richten an jegliche Träger von Hoheitsgewalt das grundsätzliche Verbot, die geschützte Freiheitsphäre der Bürger zu beeinträchtigen. Dieses Verbot findet seine Kehrseite in einem Anspruch¹⁸ der Grundrechtsberechtigten, dass der Staat entsprechende Beeinträchtigungen, sofern sie nicht gerechtfertigt sind, unterlässt (öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch)¹⁹. Ist die Beeinträchtigung bereits erfolgt und besteht sie noch fort, so muss ein Anspruch der Grundrechtsberechtigten – bei teleologischer Betrachtung – erst recht bestehen. Der grundrechtlich fundierte Anspruch auf Unterlassung wandelt²⁰ sich dann zu einem Anspruch auf Rückgängigmachung der rechtswidrigen Beeinträchtigung und verpflichtet den Staat zur Wiederherstellung des Zustands vor der Beeinträchtigung (*status quo ante*)²¹ (Folgenbeseitigungsanspruch)²².

Aus den unterschiedlichen zur Herleitung herangezogenen Rechtsgrundlagen resultieren keine wesentlichen Meinungsverschiedenheiten über die konkreten materiellen Voraussetzungen und Rechtsfolgen. Der öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch setzt eine drohende, der Folgenbeseitigungsanspruch eine bereits erfolgte (und andauernde) rechtswidrige Beeinträchtigung des An-

16 Urspr. – im Hinblick auf den Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch – *Bachof*, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, 1951, S. 128; ebenso BVerwGE 69, 366, 370.

17 So zum Folgenbeseitigungsanspruch BVerwGE 151, 228 Rdn. 25; *Sommermann*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. II, 7. Aufl. 2018, Art. 20 Rdn. 271.

18 Zum teleologischen Schluss vom Recht auf einen Anspruch *Schwabe*, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977, S. 19 f.; *Röder*, Die Haftungsfunktion der Grundrechte, 2002, S. 219 f.; krit. *Buchheim*, Actio, Anspruch, subjektives Recht, 2017, S. 255.

19 Für eine solche grundrechtliche Herleitung des Unterlassungsanspruchs urspr. *Naumann*, Gedächtnisschrift für Jellinek, 1955, S. 391, 403 ff.; *Weyreuther*, Verhandlungen des 47. Deutschen Juristentags, Bd. I, 1968, B 83 f.; auch BVerwG NVwZ-RR 2015, 425 Rdn. 10 f.; NVwZ 2015, 906 Rdn. 20; *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 365.

20 Mit unterschiedlicher Begründung im Einzelnen *Weyreuther*, Verhandlungen (Anm. 19), B 85; *Lindner*, Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, S. 509 f.; *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht (Anm. 19), S. 365; krit.-abl. *Sauer*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2022, § 47 Rdn. 71 f.

21 *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 30 Rdn. 2; *Papier/Shirvani*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 34 Rdn. 63 (Stand: 2020).

22 Für diese grundrechtliche Herleitung des Folgenbeseitigungsanspruchs *Weyreuther*, Verhandlungen (Anm. 19), B 85; ferner *Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, 2002, S. 186 ff.; *ders.*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. III, 2009, § 75 Rdn. 80 ff.; *ders.*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 45 Rdn. 118 ff.; *Baumeister*, Der Beseitigungsanspruch als Fehlerfolge des rechtswidrigen Verwaltungsakts, 2006, S. 21 ff.

spruchstellers in einem subjektiven öffentlichen Recht durch ein hoheitliches Handeln voraus, für die keine – aus einem Verwaltungsakt oder einer abstrakt-generellen Regelung resultierende – Duldungspflicht des Beeinträchtigten besteht. Dabei kommen neben den Grundrechten auch sämtliche einfach-gesetzlich vermittelten, subjektiven Rechtspositionen in Betracht²³. Eine Beschränkung auf bestimmte Rechte oder Rechtsgüter ist beiden Ansprüchen fremd. Der – verschuldensunabhängige – Folgenbeseitigungsanspruch wird allerdings auf Rechtsfolge-seite in mehrfacher Hinsicht eingeschränkt. Insbesondere soll ein Anspruch nur bestehen, sofern die Herstellung eines gleichwertigen Zustands rechtlich zulässig²⁴, tatsächlich möglich²⁵ und – als Ausdruck eines Verhältnismäßigkeits-grundsatzes²⁶ – der zur Folgenbeseitigung notwendige Aufwand nicht unzumutbar²⁷ ist. Derlei Einschränkungen bestehen beim – ebenfalls verschuldensunabhängigen – Unterlassungsanspruch, der auf bloßes Nicht-Handeln gerichtet ist, freilich nicht.

III. Beweisverwertungsverbote als Ausdruck subjektiver öffentlicher Rechte in Rechtsprechung und Lehre

Da es bei Grund und Reichweite der strafprozessualen Beweisverwertungsverbote – schon wenn man den klassischen Lehren folgt – zumindest in wesentlichen Teilen bzw. auch um die Gewährleistung subjektiver öffentlicher Rechte geht, besteht eine gemeinsame Schnittstelle zu den eben erläuterten öffentlich-rechtlichen Instituten, die erst den Raum für einen Feinabgleich (dazu IV. und V.) eröffnet. Die eigentliche, grundsätzlich geführte Diskussion um die strafprozessualen Beweisverwertungsverbote betrifft dabei weniger die geschriebenen, sondern in erster Linie die ungeschriebenen Beweisverwertungsverbote – seien es unselbständige, „die sich als Folge einer Verletzung von Beweiserhebungsverböten ergeben“, oder „von einem vorangehenden Verstoß gegen ein Beweiserhebungsver-

²³ Pietzko, Folgenbeseitigungsanspruch (Anm. 15), S. 145; Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht (Anm. 19), S. 374 f.; Maurer/Waldhoff, Verwaltungsrecht (Anm. 21), § 30 Rdn. 10.

²⁴ Vgl. BVerwG NVwZ-RR 2016, 225 Rdn. 14; Erbguth/Guckelberger, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 2020, § 41 Rdn. 9 f.

²⁵ Maurer/Waldhoff, Verwaltungsrecht (Anm. 21), § 30 Rdn. 17.

²⁶ Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht (Anm. 19), S. 387.

²⁷ BVerwG NVwZ 2004, 1511 ff.; OVG NRW NVwZ 1994, 795 ff.; Baldus, in: ders./Grzeszick/Wienhues, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 2018, Rdn. 62 ff.

bot unabhängig[e]“ und damit selbständige Beweisverwertungsverbote²⁸. Während selbständige Beweisverwertungsverbote, die als unmittelbarer Ausdruck eines grundrechtlichen Verbots der Beweisverwertung angesehen werden²⁹, zwanglos im Sinne des oben Gesagten (II.) als grundrechtlicher Anspruch auf Unterlassung der Beweisverwertung formuliert werden können, gibt es zu Grund und Reichweite unselbständiger Beweisverwertungsverbote zahlreiche unterschiedliche Ansätze. Von diesen werden im Folgenden drei wiedergegeben, deren Elemente sich als Ausdruck subjektiver öffentlicher Rechte verstehen lassen (1.–3.).

1. Rechtskreistheorie

So ist – erstens – im Rahmen der durch den BGH zunächst entwickelten sog. „Rechtskreistheorie“³⁰ entscheidend darauf abzustellen, ob eine Rechtsverletzung bei der Beweiserhebung „den Rechtskreis des Beschwerdeführers wesentlich berührt oder ob sie für ihn nur von untergeordneter oder von keiner Bedeutung ist“. Dabei seien „vor allem der Rechtfertigungsgrund der Bestimmung und die Frage, in wessen Interesse sie geschaffen ist, zu berücksichtigen“³¹. Dieser Lehre geht es also nicht darum, Beweisverwertungsverbote als Ausprägung subjektiver öffentlicher Rechte bzw. eines grundrechtlichen Verbots zu begreifen, sondern ausschließlich um eine *Begrenzung*, nämlich darum anzugeben, „wann mangels Schutzzweckberührung aus einer Norm *kein* [Beweisverwertungsverbot] folg[t]“³².

28 Grdl. zu dieser Unterscheidung und Zitate von *Rogall*, in: ZStW 91 (1979), S. 1, 3; der Sache nach zuvor bereits *Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozeß, 1977, S. 10f., 101; aus neuerer Zeit *Heghmanns*, ZIS 2016, 404, 405 und 411; *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. 2017, Rdn. 362f.

29 Vgl. etwa BVerfGE 34, 238, 249 ff.; BGHSt. 14, 358, 364 f.; *Jahn*, Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentags, Bd. I, 2008, C 37 f.; *Heghmanns*, ZIS 2016, 404, 411; *Eisenberg*, Beweisrecht (Anm. 28), Rdn. 385; tendenziell anders *Kudlich*, in: Münchener Kommentar StPO, Bd. 1, 2014, Einl. Rdn. 473 f.

30 Grdl. BGHSt. 11, 213, 216 f.; Begriff ursprünglich geprägt in der Anmerkung von *Gossrau*, MDR 1958, 468, 468. Befürwortend etwa *Bauer*, NJW 1994, 2530 ff.; krit. demgegenüber bereits *Schmidt*, JZ 1958, 596 ff.

31 Beide Zitate aus BGHSt. 11, 213, 215.

32 *Jahn*, Verhandlungen (Anm. 29), C 40 (Hervorh. nicht im Orig.); vgl. aus der Rechtsprechung etwa BGHSt. 17, 245, 247; 38, 214, 220; 53, 191 Rdn. 17 ff.; BGH NStZ-RR 2016, 377, 377.

2. Abwägungslehre

Aufgegangen ist dieser Begründungsansatz – zweitens – in der durch den BGH seit Längerem in ständiger Rechtsprechung praktizierten³³, vom Bundesverfassungsgericht anerkannten³⁴ und auch durch einen Teil der Literatur vertretenen³⁵ sog. Abwägungslehre, in deren Rahmen die Frage nach dem berührten „Rechtskreis“ nur einen Abwägungsparameter unter vielen darstellt³⁶. Die subjektiv-rechtlich grundierten Parameter in der – auch objektiv-rechtliche Aspekte beinhaltenden – „umfassenden Abwägung“³⁷ gehen hier von der Frage aus, welche Bedeutung der Verfahrensverstoß für die grundrechtlich geschützte Sphäre des Betroffenen hat³⁸, was die Beweisverwertungsverbote als „Schutzinstrumente der *Individual- und Grundrechte*“³⁹ erscheinen lässt. Entscheidend für die Abwägung könne dabei unter anderem sein, ob der Verfahrensverstoß die „Grundlagen der verfahrensrechtlichen Stellung des Beschuldigten oder Angeklagten im Strafverfahren“⁴⁰ betreffe und dazu führe, „dass dem Angeklagten keine hinreichenden Möglichkeiten zur Einflussnahme auf Gang und Ergebnis des Verfahrens verbleiben“⁴¹. Bedeutsam sei ferner, ob „die Informationsverwertung zu einem unverhältnismäßigen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht [oder ...] zu einer Begünstigung rechtswidriger Beweiserhebungen führen würde [...] insbesondere nach schwerwiegenden, bewussten oder objektiv willkürlichen Rechtsverstößen, bei denen grundrechtliche Sicherungen planmäßig oder systematisch außer Acht gelassen worden sind“⁴².

33 Z. B. BGHSt. 19, 325, 329; 27, 355, 357; 31, 304, 307; 35, 32, 34; 37, 30, 32; 58, 84, 96 ff.

34 Z. B. BVerfGE 130, 1, 29 ff.; BVerfG StV 2002, 113; NJW 2007, 499, 503; 2009, 3225; 2011, 2417.

35 Grdl. Rogall, in: ZStW 91 (1979), S. 31 ff.; Hellmann, Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2006, Rdn. 784; Fischer, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl. 2019, Einl. Rdn. 315.

36 Jahn, Verhandlungen (Anm. 29), C 40 f.; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht (Anm. 9), § 24 Rdn. 24, 32.

37 BGHSt. 38, 214, 215; 38, 372, 373.

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

39 Rogall, in: ZStW 91 (1979), S. 1, 9 (Hervorh. im Orig.).

40 BGHSt. 38, 214, 215.

41 BVerfGE 130, 1, 28; ebenso BGHSt. 54, 69 Rdn. 47; 58, 84, 96, alle m. w. N. der st. Rechtsprechung.

42 BVerfGE 130, 1, 28; ebenso BGHSt. 54, 69 Rdn. 47; 58, 84, 96, alle m. w. N. der st. Rechtsprechung.

3. Informationsbeherrschungstheorie

Schließlich – drittens – sind in diesem Zusammenhang Ansätze in der Literatur zu nennen, denen zufolge zumindest ein Teil der Beweisverwertungsverbote als Inhalt eines grundrechtlich geforderten Unterlassungs- oder Folgenbeseitigungsanspruchs im obigen Sinne anzusehen sei. Von diesen Ansätzen, die in der strafrechtlichen Literatur insgesamt ein eher randständiges Phänomen geblieben sind⁴³, ist *Amelungs* Lehre vom „informationellen Folgenbeseitigungsanspruch“ am meisten diskutiert worden. Hiernach garantiere die Rechtsordnung „*subjektive Rechte*, die ihrem Inhaber die Befugnis verleihen, bestimmte Informationen zurückzuhalten und zu verhindern, daß sie von anderen gespeichert, weitergegeben oder verwertet werden“⁴⁴. Als solche *Informationsbeherrschungsrechte*⁴⁵ kämen, soweit sie Privatpersonen gegenüber dem Staat zustehen, grundrechtlich geschützte Geheimphasen, Aussageverweigerungsrechte, das allgemeine Persönlichkeitsrecht und berufliche Geheimhaltungsrechte in Betracht⁴⁶. Der „informationelle Abwehranspruch“ gebe dem Inhaber als Primäranspruch die Befugnis, dem Staat eine unerlaubte Störung eines Informationsbeherrschungsrechts zu verbieten⁴⁷, während der „informationelle Folgenbeseitigungsanspruch“ als Sekundäranspruch auf die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes gerichtet sei⁴⁸. Ähnliche Ansätze, die Beweisverwertungsverbote ebenfalls als Inhalt eines grundrechtlich fundierten Unterlassungs- oder Folgenbeseitigungsanspruchs ansehen, dies allerdings ohne die Figur der Informationsbeherrschungsrechte zu begründen vermögen, finden sich daneben in einzelnen Disser-

43 Zwar wird diese Lehre recht häufig erwähnt, jedoch in der Regel „der Vollständigkeit halber“ und ohne dass dem gefolgt würde, so etwa bei *Dudel*, Das Widerspruchserfordernis bei Beweisverwertungsverböten, 1999, S. 95 ff.; *Pitsch*, Strafprozessuale Beweisverböte, 2009, S. 293; ebenso – nach differenziert-krit. Auseinandersetzung – *Muthorst*, Das Beweisverbot, 2009, S. 62 ff.; vgl. auch zu diesem „an sich fruchtbaren“ Ansatz *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht (Anm. 9), § 24 Rdn. 27; krit. insb. mehrfach *Rogall*, z. B. *Rogall*, StV 1996, 513 ff.; *ders.*, Festschrift für Grünwald, S. 523 ff., insb. 531 ff.

44 *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozeß, 1990, S. 30 (Hervorh. im Orig.); vgl. auch *ders.*, Festschrift für Bemann, 1997, S. 505, 505 f.; *ders.*, Festschrift für Roxin, 2001, S. 1259, 1260.

45 *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte (Anm. 44), S. 26 und passim; *ders.*, Festschrift für Bemann, S. 505, 505 f.; *ders.*, Festschrift für Roxin, S. 1259, 1260.

46 *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte (Anm. 44), S. 33.

47 *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte (Anm. 44), S. 37; *ders.*, Festschrift für Bemann, S. 505, 506; *ders.*, Festschrift für Roxin, S. 1259, 1260.

48 *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte (Anm. 44), S. 38 f.; *ders.*, Festschrift für Bemann, S. 505, 507; *ders.*, Festschrift für Roxin, S. 1259, 1260 f.

tationen⁴⁹, die allerdings keine entscheidenden Impulse in der Diskussion setzen konnten.

IV. Beweisverwertungsverbote als öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch

Diese im geschilderten Umfang schon bislang angenommene subjektiv-rechtliche Grundierung strafprozessualer Beweisverwertungsverbote soll im Folgenden noch konsequenter ausbuchstabiert werden. Zu diesem Zweck wird in einem ersten Schritt der Nachweis erbracht, dass ein Beweisverwertungsverbot in der Regel objektiv-rechtlicher Ausdruck eines subjektiv-rechtlich bestehenden öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs ist, der auf Nicht-Verwertung gerichtet ist (1.)⁵⁰. In einem zweiten Schritt werden sodann – in Kontrastierung zur bisherigen Handhabung – die maßgeblichen Kennzeichen herausgearbeitet, die mit dieser präzisierten bzw. veränderten Perspektive verbunden sind (2.).

1. Am Beispiel der Beweisverwertung im Hauptverfahren: Beweisverwertungsverbote als Inhalt eines auf Nicht-Verwertung gerichteten Unterlassungsanspruchs

Ist ein öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch nach oben Gesagtem (II.) gegeben, wenn durch hoheitliches Handeln eine rechtswidrige Beeinträchtigung des Anspruchstellers in einem subjektiven öffentlichen Recht droht, so besteht ein auf Nicht-Verwertung eines Beweismittels gerichteter Unterlassungsanspruch, wenn die Beweisverwertung eine rechtswidrige Beeinträchtigung eines subjektiven öffentlichen Rechts bewirken würde. Dass und wie dies der Fall ist, lässt sich exemplarisch anhand der Beweisverwertung im Hauptverfahren zeigen, die gemeinhin – allerdings nur mit eingeschränkter Berechtigung (dazu IV. 2. b)) – im Zentrum der Überlegungen zu den Beweisverwertungsverböten steht⁵¹.

⁴⁹ Störmer, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, 1992, S. 223 ff.; Schwaben, Die personelle Reichweite von Beweisverwertungsverböten, 2005, S. 152 ff.; Vetterli, Gesetzesbindung im Strafprozess, 2010, S. 240 ff.

⁵⁰ So auch Störmer, Grundlagen (Anm. 49), S. 223; ders., JURA 1994, 621, 626 f.

⁵¹ Die folgenden Ausführungen setzen dabei als selbstverständlich voraus, dass es – wie auch in sonstigen Fällen der Beweisverwertung durch Gerichte oder Ermittlungsbehörden – um hoheitli-

a) Hoheitlicher Eingriff in ein subjektives öffentliches Recht

In der Verwertung eines Beweismittels durch die Berücksichtigung als „Indiz zum Nachweis der Tatschuld im Hauptverfahren bzw. im richterlichen Urteil“⁵², kann ein eigenständiger (Grund-)Rechtseingriff liegen⁵³. Als betroffenes subjektives öffentliches Recht kommt hier in erster Linie das allgemeine Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG in seinen Ausprägungen als Recht am eigenen Bild, Recht am eigenen Wort bzw. – allgemeiner – auf informationelle Selbstbestimmung in Betracht⁵⁴, sofern personenbezogene Daten (wie Daten aus Blutproben, Aufzeichnungen, aufgenommene Gespräche etc.) verwendet und damit verwertet werden⁵⁵. Dass Informationen dabei Rückschlüsse auf die Begehung einer Straftat zulassen, deren Aufklärung unzweifelhaft im Allgemeininteresse steht, macht sie keineswegs zu „öffentlichen Gütern“, geschweige denn, dass dies einen Grundrechtseingriff entfallen ließe⁵⁶. Auch auf eine gewisse Mindestsensibilität personenbezogener Daten kommt es für die Frage des Eingriffs nicht an⁵⁷. Wurden Informationen im Ermittlungsverfahren rechtswidrig erhoben oder erlangt, so stellt deren Verwertung (zusätzlich) einen Eingriff in das Recht auf ein faires Verfahren (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG) dar⁵⁸, dem zufolge dem Beschuldigten hinreichende Möglichkeiten verbleiben müssen, auf Gang

ches Handeln im Sinne der entsprechenden Tatbestandsvoraussetzung des Unterlassungsanspruchs geht.

52 *Heghmanns*, ZIS 2016, 404, 404.

53 Vgl. BVerfGE 130, 1, 35 ff.; BVerfG NJW 2010, 2937, 2937; BGHSt. 56, 127 Rdn. 18; *Weichert*, Informationelle Selbstbestimmung und strafrechtliche Ermittlung, 1990, S. 216; *Pelz*, Beweisverwertungsverbote und hypothetische Ermittlungsverläufe, 1993, S. 93 ff.; *Störmer*, Grundlagen (Anm. 49), S. 62, 67, 87, 101; *ders.*, JURA 1994, 393, 395; *Jahn*, Verhandlungen (Anm. 29), C 66 ff.; *Dallmeyer*, Beweisführung im Strengbeweisverfahren, 2002, S. 51; *ders.*, HRRS 2009, 429, 430; *Dautert*, Beweisverwertungsverbote und ihre Drittwirkung, 2015, S. 58 f. Parallel zuletzt BVerfGE 150, 244 Rdn. 41 ff. zur Kennzeichenerfassung, wonach in der „Verwendung“ von Daten ein „weiterer Eingriff“ liegt (Rdn. 44).

54 Die eigenständige Grundrechtsbeeinträchtigung durch die Verwertung ist dabei zu trennen von dem in der Verurteilung liegenden Eingriff, insbesondere in die Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG [Freiheitsstrafe]) und/oder die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG [Geldstrafe]).

55 BVerfGE 130, 1, 35; auch BVerfGE 106, 28, 39, 44; BVerfGK 14, 20, 23; vgl. auch *Weichert*, Selbstbestimmung (Anm. 53), S. 216; ferner *Muthorst*, Beweisverbot (Anm. 43), S. 155.

56 *Singelstein*, Festschrift für Eisenberg, 2009, S. 643, 646 f.; a. A. *Greco*, Festschrift für Rogall, 2018, S. 485, 504.

57 BVerfGE 65, 1, 45; 150, 244 Rdn. 37 f.

58 BVerfGE 130, 1, 25 ff., insb. 27, unter Verweis auf BVerfGE 13, 290, 296; 64, 229, 238 f.; 65, 104, 112; 75, 348, 357.

und Ergebnis des Verfahrens Einfluss zu nehmen⁵⁹, und wonach Mindestanforderungen an eine zuverlässige Wahrheitserforschung zu wahren sind⁶⁰. Differenziert zu beurteilen ist indes die Auffassung, in der Verwertung eines Beweismittels könne ein *erneuter* Eingriff in ein Grundrecht liegen, das bei der Beweiserhebung verletzt wurde⁶¹. Dies kann allein bei „wissensbezogenen“ Grundrechten wie dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht oder der Religionsfreiheit (Art. 4 GG) der Fall sein⁶². Ansonsten mag die Verwertung die Primärverletzung etwa des Rechts auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) oder der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 GG) bei der Erhebung vertiefen⁶³, kann aber niemals einen eigenen Eingriff in diese Grundrechte darstellen⁶⁴.

b) Gesetzliche Grundlage und Verhältnismäßigkeit der Verwertung

Aus grundrechtlicher Warte bedarf es für den in der Verwertung liegenden Eingriff – vorbehaltlich einer Einwilligung des Betroffenen, die ihrerseits eine Grundrechtsausübung darstellen kann⁶⁵ (dazu noch unten V. 2.) – einer einfachgesetzlichen Eingriffsbefugnis, andernfalls ist er rechtswidrig⁶⁶. Insoweit ist also aus grundrechtsdogmatischer Sicht die Verwertung – und zwar sowohl rechtswidrig als auch rechtmäßig *erhobener* Beweise –, nicht die Nicht-Verwertung legitimationsbedürftig⁶⁷. Die somit notwendige⁶⁸ Rechtsgrundlage für die gerichtliche Be-

59 BVerfGE 130, 1, 27, unter Verweis auf BVerfGE 26, 66, 71; 41, 246, 249; 46, 202, 210; 54, 100, 116; 63, 332, 337 f.; 64, 135, 144; 65, 171, 174 f.; 66, 313, 318; 110, 226, 253.

60 BVerfGE 130, 1, 27, unter Verweis auf BVerfGE 57, 250, 274 ff.; 70, 297, 308; 77, 65, 76; 86, 288, 317; 118, 212, 230 f.

61 So BGHSt. 56, 127 Rdn. 17; *Schröder*, Beweisverwertungsverbote und die Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung im Strafprozeß, 1992, S. 34; *Dautert*, Beweisverwertungsverbote (Anm. 53), S. 59.

62 Mit dieser Differenzierung auch *Greco*, Festschrift für Rogall, S. 485, 506 mit Fn. 16.

63 Z. B. BVerfG NJW 2010, 2937, 2937; dass sich die bei der Erhebung „erfolgte Grundrechtsverletzung [...] aktualisiert“ meint *Singelnstein*, Festschrift für Eisenberg, S. 643, 650.

64 Auch *Greco*, Festschrift für Rogall, S. 485, 506 mit Fn. 16.

65 Zur Einwilligung in Grundrechtseingriffe allg. *Merten*, in: ders./Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. III, 2009, § 73 Rdn. 16 ff.

66 *Jahn*, Verhandlungen (Anm. 29), C 68; *Eisenberg*, Beweisrecht (Anm. 28), Rdn. 371. Allg. zum grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt *Hillgruber*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 201 Rdn. 27 ff.

67 *Weil*, Verwendungsregelungen und Verwertungsverbote im Strafprozessrecht, 2021, S. 131. Vgl. auch *Sydow*, Kritik der Lehre von den „Beweisverboten“, 1976, S. 23; *Jahn*, Verhandlungen (Anm. 29), C 68; *Dautert*, Beweisverwertungsverbote (Anm. 53), S. 86.

68 Krit. *Rogall*, JZ 2008, 818, 822, 825.

weisverwertung bietet grundsätzlich § 261 StPO⁶⁹. Keine Rechtsgrundlage für die Verwertung – und damit ein Unterlassungsanspruch – besteht demgegenüber, soweit der Gesetzgeber explizit Beweisverwertungsverbote geregelt hat (z.B. §§ 81c Abs. 3 S. 5, 100d Abs. 2 S. 1, 136a Abs. 3 S. 2 StPO; § 393 Abs. 2 AO; §§ 3a S. 8, 5a S. 2 G 10), die letztlich als Rückausnahme zu § 261 StPO gedeutet werden können.

Doch kann auch § 261 StPO nur insofern und insoweit als Rechtsgrundlage der Beweisverwertung und damit zu deren verfassungsrechtlicher Rechtfertigung herangezogen werden, als er selbst verfassungsmäßig ist. Davon ist – trotz mancher zumindest implizit vorgetragener Bedenken im Hinblick auf die grundgesetzliche Anforderung, dass eine gesetzliche Regelung den Grundrechtseingriff und seine Grenzen „bereichsspezifisch, präzise und normenklar“⁷⁰ festlegen muss – auszugehen. Denn fraglich ist schon, ob und inwieweit sich aus den Anforderungen an die Bestimmtheit überhaupt Verpflichtungen des Gesetzgebers zu einer (bestimmten) Differenzierung begründen lassen. Zudem ist zu bedenken, dass angesichts der Unterschiedlichkeit denkbarer Beweise und möglicher Rechtsverstöße im Rahmen der Erhebung und der Verwertung eine normimmanente Differenzierung kaum praktisch umsetzbar wäre. Da der Gesetzgeber schließlich die Ermächtigung des § 261 StPO durch eine „umgekehrte“ Regelungstechnik in Gestalt der geschriebenen Beweisverwertungsverbote einschränkt, dürften die Anforderungen an die Normenklarheit für § 261 StPO noch gewahrt sein⁷¹.

Mitunter wird unter Hinweis auf die in § 261 StPO fehlende tatbestandliche Differenzierung zwischen der Verwertung rechtmäßig und rechtswidrig erlangter Beweismittel ferner vertreten, dass nur die Verwertung rechtmäßig erhobener Beweismittel gerechtfertigt werden könne – mit anderen Worten: dass § 261 StPO, soweit er die Verwertung rechtswidrig erhobener Beweismittel erlaube, zur Gewährleistung einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege⁷² und des effektiven Rechtsgüterschutzes⁷³ nicht erforderlich oder zumindest nicht angemessen und

69 BVerfGE 130, 1, 29, 35 f.; BVerfG NJW 2010, 2937, 2937 f.; BGHSt. 56, 127 Rdn. 18; 58, 84 Rdn. 32; dazu distanzierend *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht (Anm. 9), § 24 Rdn. 30a. Abweichend hiervon sieht *Jahn*, Verhandlungen (Anm. 29), C 68 ff., die notwendige Rechtsgrundlage für die Beweisverwertung in § 244 Abs. 2 StPO.

70 BVerfGE 113, 348, 375; 118, 168, 187; 128, 1, 47; BVerwG NVwZ 2020, 247, 250.

71 So auch – unter Verweis auf den „Regelungszusammenhang“ der Vorschrift – BVerfGE 130, 1, 36; zust. *Dautert*, Beweisverwertungsverbote (Anm. 53), S. 74. Abl. hingegen *Weil*, Verwendungsregelungen (Anm. 67), S. 107.

72 Dazu BVerfGE 130, 1, 25 ff.; BVerfG NJW 2009, 3225, 3225; NJW 2011, 2417, 2418 f.

73 *Lindemann*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts, Bd. 7, 2020, § 2 Rdn. 1.

damit wegen Unverhältnismäßigkeit verfassungskonform reduzierend auszulegen sei („1. Stufe der Verhältnismäßigkeit“: Verhältnismäßigkeit der *Eingriffsgrundlage*)⁷⁴. Dem ist jedoch mit einer aus dem ebenfalls eingriffsintensiven Verwaltungsvollstreckungsrecht vertrauten Erwägung entgegenzutreten, wo die Vollstreckungsgesetze – mangels tatbestandlicher Differenzierung – die Vollstreckung sowohl rechtmäßig als auch rechtswidrig erlassener Verwaltungsakte zu lassen⁷⁵. Hier wie dort handelt es sich um zwei *unterschiedliche*, wenn auch aufeinander aufbauende Eingriffe (Beweiserhebung und Beweisverwertung bzw. Erlass des Verwaltungsakts und Vollstreckung). Kommt es hier nicht zu einem „automatischen Durchschlagen“ der Rechtswidrigkeit des jeweils ersten auf den jeweils zweiten Eingriff, so ist dies gleichwohl „[r]echtsstaatlich tragbar“⁷⁶, da und wenn der Betroffene zureichende Rechtsschutzmöglichkeiten gegen den ersten Eingriff hat und er durch deren Wahrnehmung dem zweiten Eingriff die Grundlage entziehen kann⁷⁷. Solche effektiven Rechtsschutzmöglichkeiten gegen rechtswidrige Beweiserhebungen sind im Strafprozessrecht jedenfalls bei Auslegung im Lichte von Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG gegeben (dazu noch genauer unten E. III.). Die gleichwohl verbleibenden „krassen“ Fälle, in denen ein „Durchschlagen“ aus Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten geboten sein kann (z. B. soweit im konkreten Fall faktisch kein effektiver Rechtsschutz möglich ist, bei bewusster oder systematischer Missachtung der an die Beweiserhebung gestellten rechtlichen Anforderungen etc.), sind vor diesem Hintergrund systematisch gesehen Ausnahmefälle, die durch eine verfassungskonforme *Anwendung* des § 261 StPO zureichend bewältigt werden können und daher nicht durch verfas-

⁷⁴ So i. Erg. *Wohlens*, Festschrift für Fezer, 2008, S. 311, 321; auch *Singelstein*, NStZ 2020, 639, 644. Folgt man dem, hat dies zur Konsequenz, dass gegenüber der Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel stets ein öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch bestünde (so – konsequenterweise – daher *Singelstein*, Festschrift für Eisenberg, S. 643, 650).

⁷⁵ Vgl. § 6 Abs. 1 VwVG, Art. 19 Abs. 1 BayVwZVG, § 55 Abs. 1 VwVG NRW. Ausf. zum (fehlenden) Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen Grundverfügung und Vollstreckungsmaßnahme bei *Schweikert*, Der Rechtswidrigkeitszusammenhang im Verwaltungsvollstreckungsrecht, 2013, S. 51 ff.

⁷⁶ *Ruffert*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 21 Rdn. 11.

⁷⁷ Vgl. *Waldhoff*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III, 2. Aufl. 2013, § 46 Rdn. 178; *Ruffert*, in: Ehlers/Pünder (Anm. 76), § 21 Rdn. 11; allg. *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 Abs. 4 Rdn. 238 (Stand: 2020): „Weder Art. 19 Abs. 4 noch ein grundrechtsunmittelbarer Rechtsschutz gebieten es, dass ein Rechtsschutzsuchender alle Fragen wenigstens einmal in einem mit allen rechtsstaatlichen Garantien ausgestatteten gerichtlichen Verfahren überprüfen lassen können muss, wenn er in einem vorausgehenden Verfahren oder Verfahrensabschnitt *zurechenbar* die Verteidigung seiner Rechte unterlassen hat“.

sungskonforme *Auslegung* als tatbestandliche Differenzierung in diesen hinein-gelesen werden müssen⁷⁸.

Maßgeblich für die verfassungskonforme *Anwendung* des § 261 StPO und damit für die Entscheidung über die Verwertbarkeit eines konkreten Beweismittels ist die Wahrung der Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes („2. Stufe der Verhältnismäßigkeit“: Verhältnismäßigkeit der *Anwendung* der Eingriffsgrundlage)⁷⁹. Hier ist der spezifische Grundrechtseingriff (dazu oben IV. 1. a)) durch die Verwertung des *konkreten* Beweismittels⁸⁰ gegenüber dem Interesse an einer effektiven Strafverfolgung im *Einzelfall* abzuwägen⁸¹, wofür etwa Art und Schwere der verfolgten Straftat wie auch die Verfügbarkeit weiterer Beweismittel oder die Intensität des Tatverdachts relevant werden. Bei alledem ist zu bedenken, dass ein Anspruch auf Nicht-Verwertung sich allein ergibt, wenn die Verwertung selbst unverhältnismäßig wäre. Aus der Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit der *Erhebung* lassen sich dabei – wie oben durch Vergleich mit dem Verwaltungsvollstreckungsrecht bereits für die Auslegungsebene begründet – keine unmittelbaren Rückschlüsse ziehen⁸², vielmehr ist sie nur ein in die Verhältnismäßigkeitsprüfung der Verwertung einzustellender Faktor⁸³: Je intensiver der Grundrechtseingriff in der Erhebung, desto stärker wiegt in der Regel auch der informationelle Eingriff durch die Verwertung⁸⁴. Erweist sich die Verwertung als

78 Im Ergebnis auch BVerfGE 130, 1, 37, 39 f.; im Anschluss *Dautert*, Beweisverwertungsverbote (Anm. 53), S. 75. Vgl. zum analogen Problem bei § 244 Abs. 2 StPO *Jahn*, Verhandlungen (Anm. 29), C 71; allg. *Michael/Morlok*, Grundrechte, 7. Aufl. 2020, Rdn. 632: „Eine Norm ist nicht schon deshalb verfassungswidrig, weil sie etwas gebietet bzw. zu etwas ermächtigt, was in Einzelfällen unverhältnismäßig sein kann“.

79 Allg. zu den zwei Stufen der Verhältnismäßigkeitsprüfung *Epping*, Grundrechte, 9. Aufl. 2021, Rdn. 48 ff., 62 ff.; *Michael/Morlok*, Grundrechte (Anm. 78), Rdn. 632.

80 Die Eingriffsintensität der Verwertung ist (in der Regel) geringer, sofern die Öffentlichkeit von der Verhandlung ausgeschlossen ist. Dieser Gedanke ist insb. in §§ 171b Abs. 1 S. 1, 172 Nr. 2 GVG einfach-gesetzlich ausgeformt.

81 BVerfGE 130, 1, 29; auch *Störmer*, JURA 1994, 393, 395.

82 Vgl. auch BVerfGE 130, 1, 28 und 41. Zu weitgehend hingegen *Chao*, Einwirkungen der Grundrechte auf die Beweisverbote im Strafprozessrecht, 2009, S. 57, nach dem aus der Verletzung eines subjektiven öffentlichen Rechts bei der Beweiserhebung „generell“ ein Beweisverwertungsverbot resultiert; ebenso *Ransiek*, JR 2007, 436, 438: „Es gibt damit nichts mehr abzuwägen, wenn die Schranken der Informationsbeschaffung nicht eingehalten wurden“.

83 Auch BVerfGE 130, 1, 29. Im Rahmen der „Abwägungslehre“ i. Erg. auch BGHSt. 38, 214, 219 f.; 42, 15, 21 f.; 44, 243, 249 f.; 51, 285 Rdn. 20. Diesen Punkt verdeutlicht *Jäger*, Beweisverwertung, 2003, S. 137 f. – wenn auch in der Sache zu weitgehend (so auch *Ambos*, Beweisverwertungsverbote, 2010, S. 22 f.) – mit seiner Rede von einem Abstraktions- bzw. Trennungsprinzip zwischen Erhebungs- und Verwertungsverbot.

84 *Singelstein*, Festschrift für Eisenberg, S. 643, 651.

unverhältnismäßig, weil das betroffene (Grund-)Recht schon abwägungsfest ist oder jedenfalls in der Abwägung überwiegt, so begründet sich daraus ein Unterlassungsanspruch⁸⁵ des Betroffenen im Hinblick auf die Verwertung des Beweismittels⁸⁶.

2. Kennzeichen des Ansatzes – auch in Kontrastierung zur bisherigen Handhabung

Greift somit ein öffentlich-rechtlicher Anspruch auf Unterlassung einer Beweisverwertung, wenn diese einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht oder in das Recht auf ein faires Verfahren darstellt und wenn es für diesen Eingriff entweder keine Rechtsgrundlage gibt oder eine Anwendung dieser Rechtsgrundlage im konkreten Fall unverhältnismäßig wäre, so können ausgehend von dieser Erkenntnis die folgenden sieben Aspekte herausgehoben werden, die den hier verfolgten Ansatz – auch in Kontrastierung zur bisherigen Handhabung – kennzeichnen.

a) Anspruch und Reichweite des Ansatzes

Anspruch des hier niedergelegten Ansatzes ist es, Grenzen zu bestimmen, die die Grundrechte der strafprozessualen Beweisverwertung ziehen. Mit anderen Worten: Unter welchen Voraussetzungen anhand der Dogmatik des Unterlassungsanspruchs Beweisverwertungsverbote als Inhalt eines solchen Anspruchs zu formulieren sind. Dementsprechend geht es nicht darum, möglichst viele Beweisverwertungsverbote möglichst weitgehend als Ausdruck eines grundrechtlichen Verbots zu deuten⁸⁷. Ferner geht es nicht darum, lediglich eine überzeugende(re)

85 Auch bei rechtswidriger Erhebung ist für die Nicht-Verwertung ein öffentlich-rechtlicher Unterlassungs-, nicht ein Folgenbeseitigungsanspruch geltend zu machen (so indes *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte [Anm. 44], S. 39 ff.; *Müssig*, GA 1999, 119, 133; *Mittag*, Außerprozessuale Wirkungen strafprozessualer Grundrechtseingriffe, 2009, S. 175 f.; für das Verwaltungsverfahren *Südhoff*, Der Folgenbeseitigungsanspruch als Grundlage verwaltungsverfahrenrechtlicher Verwertungsverbote, 1993, S. 148 ff.). Denn der Anspruch ist nach hier vertretener Konzeption auf Unterlassen eines Eingriffs, nicht auf Beseitigung/Rückgängigmachung einer Erstverletzung eines Informationsbeherrschungsrechts (und ihrer Folgen) gerichtet.

86 Entsprechendes gilt für eine Beweisverwertung im Ermittlungsverfahren. Ebenso *Störmer*, Grundlagen (Anm. 49), S. 223; *ders.*, JURA 1994, 621, 626 f.

87 So lautete etwa ein – zu weitgehender – Vorwurf *Rogalls* (Festschrift für Grünwald, S. 523, 545) gegen *Amelungs* Ansatz, dazu *ders.*, Festschrift für Roxin, S. 1259, 1264.

wissenschaftliche Deutung strafprozessualer Beweisverwertungsverbote anzubieten. Vielmehr liegt der Fokus ausschließlich darauf, das *grundrechtlich geforderte Mindestmaß* an Beweisverwertungsverböten herauszuarbeiten⁸⁸. Dementsprechend geraten für diesen Ansatz im Ausgangspunkt Beweisverwertungen genau dann und insoweit in den Blick, wenn und als diese in obigem Sinne mit einem selbständigen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht oder das Recht auf ein faires Verfahren verbunden sind. In wessen Rechte der Eingriff erfolgt – des Angeklagten oder eines Dritten – ist dabei zunächst ohne Belang⁸⁹. Fälle hingegen, in denen eine Beweisverwertung unter keinem denkbaren Gesichtspunkt eine Verarbeitung personenbezogener Daten darstellt (etwa bestimmte Augenscheinsobjekte, Sachverständigengutachten, behördliche Auskünfte zur Wetterlage zum Tatzeitpunkt) und ein Eingriff in das Recht auf ein faires Verfahren mangels rechtswidriger Beweiserhebung von vornherein ausscheidet, bleiben hingegen als Einzige von vornherein außen vor.

b) Beweis„verwertungs“verbot

Verbunden damit ist eine Erweiterung des Blickfelds. Denn anders als für die Abwägungslehre ist Anknüpfungspunkt nicht ein enges dogmatisches Verständnis von „Beweisverwertung“ im Sinne der Berücksichtigung eines Beweismittels als „Indiz zum Nachweis der Tatschuld im Hauptverfahren bzw. im richterlichen Urteil“⁹⁰ (dazu bereits oben IV. 1. a)), das zu einer Konzentration der Lehre von den Beweisverwertungsverböten auf die *gerichtliche* Beweisverwertung verleitet⁹¹. Vielmehr bedingt der Grundrechtseingriff als zentrale Kategorie, dass grundsätzlich hinsichtlich jeder – untechnisch gesprochen – Verwendung eines

⁸⁸ Außer Betracht bleiben im Folgenden die zur Umsetzung der RL (EU) 2016/680 (siehe dazu noch Anm. 189) in (§ 500 Abs. 1 StPO i. V. m.) §§ 45 ff. BDSG eingeföhrten Regelungen zum Datenschutz (dazu etwa *Meyer-Mews*, StraFO 2019, 95 ff.; *Singelstein*, NStZ 2020, 639 ff.; *Safferling/Rückert*, NJW 2021, 287, 290). Aus diesen können sich in bestimmten Verfahrensabschnitten im Einzelfall weitergehende Anforderungen ergeben, sie vermögen aber die grundrechtliche Fundierung und die daraus resultierenden Anforderungen an Beweisverwertungsverböte nicht in Frage zu stellen.

⁸⁹ Der Sache nach wird diese Problematik unter dem Schlagwort der „Drittwirkung von Beweisverwertungsverböten“ diskutiert, dazu unten IV. 2. f).

⁹⁰ *Heghmanns*, ZIS 2016, 404, 404.

⁹¹ Zum Teil – weiter verengend – nur aus einer revisionsrechtlichen Perspektive: Als relevant für die Lehre von den Beweisverwertungsverböten werden Fehler der gerichtlichen Beweisverwertung hier nur insofern und insoweit angesehen, als ein Rechtsverstoß vom Angeklagten in der Revision erfolgreich gerügt werden kann, so z.B. auch der BGH mit der Rechtskreistheorie (dazu

einmal erhobenen Beweismittels im Verlauf des Ermittlungs-, Zwischen- oder Hauptverfahrens ein Unterlassungsanspruch gegeben sein kann, sofern sie einen Grundrechtseingriff bedeutet⁹². Dies betrifft etwa die Verwertung zum Zwecke und als Grundlage weiterer Beweiserhebungen (§ 161 Abs. 1 S. 1 StPO ggf. i. V. m. § 163 Abs. 1 S. 2 StPO, §§ 244 Abs. 2, 245 Abs. 1 S. 1 StPO), durch Angabe in der Anklageschrift (§ 200 Abs. 1 S. 2 StPO), Darstellung des wesentlichen Ergebnisses der Ermittlungen (§ 200 Abs. 2 S. 1 StPO) und Vorlage der Ermittlungsakten beim Gericht (§ 199 Abs. 2 S. 2 StPO) oder auch durch Stellung eines Beweisantrags (§§ 244 Abs. 3 S. 1, 245 Abs. 2 S. 1 StPO) oder die Heranschaffung von Beweismitteln durch die Staatsanwaltschaft (§§ 214 Abs. 4 S. 1, 245 Abs. 1 S. 1 StPO). Augenfällig ist die damit verbundene Perspektivenerweiterung besonders für die Entscheidung der Staatsanwaltschaft über die Anklageerhebung (§ 170 Abs. 1 StPO). Denn im Fokus steht hier dann nicht (ausschließlich) ein etwaiges gerichtliches Beweisverwertungsverbot, das die Beurteilung der Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung und damit das Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts⁹³ lediglich mittelbar und damit akzessorisch zur gerichtlichen Beweisverwertung beeinflusst⁹⁴ (Verurteilung nicht überwiegend wahrscheinlich, wenn der Tatverdacht auf Beweismitteln gründet, für die im gerichtlichen Verfahren [wahrscheinlich] ein Verwertungsverbot besteht). Vielmehr steht der in der Verwertung durch die Staatsanwaltschaft selbst liegende Eingriff im Mittelpunkt⁹⁵ und damit die Frage, ob *gegenüber dieser* ein Unterlassungsanspruch und damit *für diese* ein Verwertungsverbot besteht, aufgrund dessen sie ein Beweismittel ihrer Wahrscheinlichkeitsbeurteilung nicht zugrunde legen darf. Das Erfordernis einer gesetzlichen Eingriffsgrundlage⁹⁶ und die Beurteilung ihrer Verhältnismäßigkeit auch bei fehlender Differenzierung zwischen rechtmäßig und rechtswidrig erhobenen Beweismitteln sowie der Verhältnismäßigkeit der Anwendung der Ein-

oben III. 1.); ferner *Gössel*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, Bd. 1, 27. Aufl. 2016, Einl. L Rdn. 47, 248, 256 ff.; krit. etwa *Volk/Engländer*, Grundkurs StPO, 10. Aufl. 2021, § 28 Rdn. 9.

92 So auch *Dautert*, Beweisverwertungsverbote (Anm. 53), S. 78 f.; vgl. auch *Gössel*, in: Löwe/Rosenberg (Anm. 91), Einl. L Rdn. 17, insoweit weiter als an den in Anm. 91 nachgewiesenen Stellen; vgl. auch *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht (Anm. 9), § 24 Rdn. 21.

93 BGHSt. 15, 155, 158.

94 So aber für die Begründung des dringenden Tatverdachts als Voraussetzung des Erlasses eines Haftbefehls BGHSt. 36, 396, 398; für die Anklageerhebung etwa auch *Kölbel*, in: Münchener Kommentar StPO, Bd. 2, 2016, § 170 Rdn. 15; *Schlothauer*, Festschrift für Lüderssen, 2002, S. 761, 762 ff.

95 Zur Verwertung eines Beweismittels im Ermittlungsverfahren als eigenständigem Grundrechtseingriff vgl. BVerfGE 34, 238, 247.

96 Dazu *Jahn*, Verhandlungen (Anm. 29), C 68; *Dautert*, Beweisverwertungsverbote (Anm. 53), S. 80; *Gössel*, in: Löwe/Rosenberg (Anm. 91), Einl. L Rdn. 79.

griffsgrundlage⁹⁷ ist dabei strukturell entsprechend zur Situation, wie sie beispielhaft für die Beweisverwertung im Hauptverfahren dargestellt wurde (dazu oben IV. 1. b)).

c) Dogmatische Einteilung der Beweisverwertungsverbote

Die Formulierung von Beweisverwertungsverböten als Inhalt eines öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs führt daneben zu der Erkenntnis, dass zwischen geschriebenen und ungeschriebenen, selbständigen und unselbständigen Beweisverwertungsverböten kein kategorialer Unterschied besteht. Aus grundrechtlicher Warte stellen sich diese nämlich allesamt – soweit der hier verfolgte Ansatz reicht (dazu IV. 2. a)) – als Ausdruck eines Eingriffs in subjektive öffentliche Rechte dar, der nicht gerechtfertigt ist. Die fehlende Rechtfertigung und damit die kategoriale Gemeinsamkeit ist lediglich unterschiedlich zu begründen. Geschriebene Beweisverwertungsverböte zeichnen sich dadurch aus, dass bereits keine gesetzliche Eingriffsgrundlage für die Verwertung besteht, entweder weil überhaupt keine Eingriffsgrundlage gegeben ist oder weil durch umgekehrte Regelungstechnik eine gesetzliche Ausnahme von einer ansonsten bestehenden Verwertungsbefugnis angeordnet ist (z. B. § 100d Abs. 2 S. 1 StPO im Verhältnis zur grundsätzlich nach § 161 Abs. 1 S. 1 StPO ggf. i. V. m. § 163 Abs. 1 S. 2 StPO im Ermittlungsverfahren oder nach § 261 StPO im Hauptverfahren bestehenden Verwertungsbefugnis)⁹⁸. Ungeschriebene Beweisverwertungsverböte sind demgegenüber solche, die sich erst bei Anwendung einer an sich einschlägigen Eingriffsgrundlage aus Gründen der Verhältnismäßigkeit im Einzelfall ergeben („2. Stufe der Verhältnismäßigkeit“: Verhältnismäßigkeit der *Anwendung* der Eingriffsgrundlage⁹⁹). Ein selbständiges ungeschriebenes Beweisverwertungsverbot liegt hier dann vor, wenn sich die Unverhältnismäßigkeit einer Beweisverwertung bereits daraus ergibt, dass das hierdurch beeinträchtigte subjektive öffentliche Recht abwägungsfest ist oder als solches das Verwertungsinteresse überwiegt

⁹⁷ Vgl. *Störmer*, Grundlagen (Anm. 49), S. 95; *Dautert*, Beweisverwertungsverböte (Anm. 53), S. 81 ff.

⁹⁸ Dazu oben IV. 1. a). Insoweit ist also der Gedanke maßgeblich, der der Beweisbefugnislehre (insb. *Jahn*, Verhandlungen [Anm. 29], C 66 ff.) zugrunde liegt. Die Vorstellungen, die mit „absoluten Beweisverwertungsverböten“ verbunden werden, stimmen teilweise mit dem hiesigen Vorschlag zum Verständnis geschriebener Beweisverwertungsverböte überein, nämlich insoweit, als hierfür auf ausdrückliche Verwertungsverböte in der StPO abgestellt wird, dazu *Gössel*, in: *Löwe/Rosenberg* (Anm. 91), Einl. L Rdn. 19 ff. m. w. N.

⁹⁹ Dazu oben IV. 1. b).

(z. B. bei einem durch die Verwertung bewirkten Eingriff in die Intimsphäre)¹⁰⁰, während ein unselbständiges ungeschriebenes Beweisverwertungsverbot angenommen wird, wenn die Beweisverwertung unverhältnismäßig ist, da die Beweiserhebung rechtswidrig erfolgt ist¹⁰¹. Schließlich sind auch Verwendungsverbote – wie sie z. B. in § 160a Abs. 1 S. 2 StPO und § 97 Abs. 1 S. 3 InsO normiert sind – strukturell mit den Beweisverwertungsverboten identisch: Auch diese stellen sich in einer der eben genannten Ausprägungen als nicht-gerechtfertigter Eingriff in ein subjektives öffentliches Recht, nämlich das allgemeine Persönlichkeitsrecht dar¹⁰².

Die dogmatische Unterscheidung zwischen unterschiedlichen Formen an Beweisverwertungsverboten wird dadurch zwar nicht obsolet, da sie gleichwohl als Speicherbegriffe für unterschiedliche Schwerpunktsetzungen in der praktischen Prüfung des Vorliegens von Beweisverwertungsverboten dienen können¹⁰³: Bei „geschriebenen Beweisverwertungsverboten“ kann die Verhältnismäßigkeitsprüfung der 2. Stufe mangels Vorliegens einer Eingriffsgrundlage gänzlich unterbleiben, während sie für die Begründung eines „ungeschriebenen Beweis-

100 Auf die Rechtmäßigkeit der Beweiserhebung, die üblicherweise als Begriffsmerkmal des selbständigen Beweisverwertungsverbots angesehen wird (dazu nur *Volk/Engländer*, Grundkurs StPO [Anm. 91], § 28 Rdn. 5), kommt es dabei nicht an. Denn die Verwertung ist hier unabhängig davon, ob die Beweiserhebung rechtmäßig oder rechtswidrig war, unverhältnismäßig. Auch wenn die Beweiserhebung rechtswidrig erfolgte, spielt dies für die Abwägung also keine (entscheidende) Rolle (so auch *Jahn*, Verhandlungen [Anm. 29], C 36; *Eisenberg*, Beweisrecht [Anm. 28], Rdn. 362). Hieraus rechtfertigt sich, im hier vorgeschlagenen Sinne von einem selbständigen, d. h. *in der rechtlichen Begründung* von der Frage der Rechtmäßigkeit/Rechtswidrigkeit der Beweiserhebung *unabhängigen* Beweisverbots zu sprechen.

101 Wohlgermerkt: Beweisverwertungsverbot *nicht* als *Folge* der rechtswidrigen Beweiserhebung, sondern die Rechtswidrigkeit der Beweiserhebung als *maßgeblicher Grund für die Unverhältnismäßigkeit* der Beweisverwertung (dazu bereits oben IV. 1. b) und noch unten IV. 2. d)). Die hier dargelegte Konzeption unselbständiger Beweisverwertungsverbote weist Parallelen auf mit dem Verständnis „relativer Beweisverwertungsverbote“ bei *Gössel*, in: Löwe/Rosenberg (Anm. 91), Einl. L Rdn. 23 f. m. w. N.; eine andere Konzeption „relativer Beweisverbote“ liegt demgegenüber bei *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht (Anm. 9), § 24 Rdn. 15 zugrunde.

102 Eine fehlende kategoriale Unterscheidbarkeit von Verwertungs- und Verwendungsverboten wird i. Erg., wenn auch mit anderer Begründung, auch vertreten z. B. von *Pitsch*, Beweisverbote (Anm. 43), S. 273 ff.; *Ambos*, Beweisverwertungsverbote (Anm. 83), S. 23 f.; krit., allerdings mit dem Zugeständnis, die Verwertung erweise sich als Unterbegriff zum Oberbegriff der Verwendung *Gössel*, in: Löwe/Rosenberg (Anm. 91), Einl. L Rdn. 29–31. Einen Unterschied zwischen Verwertungs- und Verwendungsverboten betonen demgegenüber z. B. *Eisenberg*, Beweisrecht (Anm. 28), Rdn. 335; *Fischer*, in: KK StPO (Anm. 35), Einl. Rdn. 323.

103 Zur Speicherfunktion der Rechtsdogmatik allg. *Kahl*, Wissenschaft, Praxis und Dogmatik im Verwaltungsrecht, 2020, S. 82 ff.; für die Strafrechtsdogmatik *Kindhäuser*, in: Festschrift für Yamana, 2017, S. 443, 455 ff.

verwertungsverbots“ zu erfolgen hat¹⁰⁴. Dabei kann die zur Annahme eines „selbständigen Beweisverwertungsverbots“ führende Verhältnismäßigkeitsprüfung aufgrund der generellen Bedeutung des beeinträchtigten subjektiven öffentlichen Rechts oder des Gewichts seiner Beeinträchtigung im konkreten Fall tendenziell kurz ausfallen, bei „unselbständigen Beweisverwertungsverboten“ ist hingegen eine „umfassende Abwägung“ (dazu noch genauer unten IV. 2. e)) zur Ergebnisfindung erforderlich¹⁰⁵. Genauso wenig muss die dogmatische Abbildung der bereits im Gesetz angelegten Differenzierung zwischen Verwertungs- und Verwendungsverboten aufgegeben werden. Ins Bewusstsein gerufen ist durch die grundrechtsdogmatische Perspektive jedoch, dass diese Unterscheidungen keine kategorialen und damit keine begriffswesentlichen sind, sondern ausschließlich am Maßstab der Zweckmäßigkeit und damit daran zu messen sind, inwiefern und inwieweit sie die Abbildung und praktische Umsetzung der rechtlichen Anforderungen zu den Beweisverwertungs-/verwendungsverboten ermöglichen und erleichtern¹⁰⁶.

d) „Unselbständige“ Beweisverwertungsverbote

Vor diesem Hintergrund lassen sich weitergehende Maßgaben formulieren, bei deren Einhaltung nur die Rede von unselbständigen Beweisverwertungsverboten in diesem Sinne zweckmäßig ist. Versteht man nämlich unselbständige Beweis-

104 Nicht zweckmäßig ist aus dieser Perspektive damit die Rede von *geschriebenen* unselbständigen oder selbständigen Beweisverwertungsverboten (so etwa *Jahn*, Verhandlungen [Anm. 29], C 33, 36; *Kudlich*, in: MüKo/StPO [Anm. 29], Einl. Rdn. 450, 452, 473; *Volk/Engländer*, Grundkurs StPO [Anm. 91], § 28 Rdn. 4 f.), denn für die rechtliche Begründung eines geschriebenen Beweisverwertungsverbots spielt es keine entscheidende Rolle, ob die Verwertungsverbotsnorm tatbestandlich an eine rechtswidrige Beweiserhebung anknüpft oder nicht, solange die jeweiligen gesetzlich normierten Verwertungsvoraussetzungen gegeben sind und damit eine gesetzliche Eingriffsgrundlage besteht und konkret einschlägig ist.

105 Anders *Fezer*, Grundfragen der Beweisverwertungsverbote, 1995, S. 33 f.; *Eisenberg*, Beweisrecht (Anm. 28), Rdn. 385: Prüfung eines unselbständigen Beweisverwertungsverbots geht derjenigen eines selbständigen Verwertungsverbots vor. Grundrechtsdogmatisch lässt sich diese Ansicht allerdings nicht rekonstruieren, denn die Feststellung der Unabwägbarkeit geht der rechtlichen Möglichkeit wie auch der konkreten Durchführung einer „umfassenden Abwägung“ voraus.

106 Vgl. zu diesen Funktionen dogmatischer Begriffsbildung *Kahl*, Wissenschaft (Anm. 103), S. 80 ff. (Explikations-, Einordnungs-, Speicher- und Stabilisierung- sowie Entlastungsfunktion). Darauf, dass dogmatische Begriffsbildungen nicht vorgegeben und daher veränderlich sind, weist *Hilgendorf*, in: Handbuch des Strafrechts (Anm. 11), § 18 Rdn. 44 mit Fn. 123, hin.

verwertungsverbote als *Folge* einer Verletzung von Beweiserhebungsverboten¹⁰⁷, so wird dadurch die Möglichkeit eines grundsätzlich möglichen unmittelbaren Rückschlusses von der Rechtswidrigkeit der Beweiserhebung auf das Bestehen eines Beweisverwertungsverbots insinuiert, die erst den auf Grundlage der Abwägungslehre gesetzten Kontrapunkt durch die Rede von unselbständigen Beweisverwertungsverboten als „begründungsbedürftige[r] Ausnahme“¹⁰⁸ verständlich macht¹⁰⁹. Zwar erweisen sich unselbständige Beweisverwertungsverbote auch auf Grundlage des hiesigen Ansatzes im Ergebnis als begründungsbedürftige Ausnahme, jedoch ist der Bezugspunkt des Regel-Ausnahme-Verhältnisses ein anderer und zudem ein zweifacher. Es geht dann nämlich nicht darum zu begründen, dass die Rechtswidrigkeit der Beweiserhebung ausnahmsweise auf die Beweisverwertung „durchschlägt“. Vielmehr ist in einem ersten Schritt jeder in einer Beweisverwertung liegende Grundrechtseingriff systematisch gesehen rechtfertigungsbedürftige Ausnahme gegenüber einer unbeeinträchtigten Grundrechtsgewährleistung (dazu oben IV. 1. b)). Wenn und da die strafprozessual geregelten Verwertungsbefugnisse (insb. § 161 Abs. 1 S. 1 StPO ggf. i. V. m. § 163 Abs. 1 S. 2 StPO für das Ermittlungs-, § 261 StPO für das Hauptverfahren; aber auch alle weiteren Verwertungsbefugnisse, vgl. oben IV. 2. b)) die Beweisverwertung – ohne tatbestandliche Differenzierung zwischen rechtmäßig und rechtswidrig erhobenen Beweisen – grundsätzlich erlauben, ist dies im zweiten Schritt die Regel, deren Nicht-Anwendung die Ausnahme ist. Und die Begründung der Nicht-Anwendung setzt eine im Einzelfall bestehende Unverhältnismäßigkeit der Anwendung voraus („2. Stufe der Verhältnismäßigkeit“), bei deren Beurteilung die Rechtswidrigkeit der Erhebung lediglich einen einzustellenden Faktor darstellt (dazu oben IV. 1. b)) und es daher nicht an sich um die „Folge einer Verletzung von Beweiserhebungsverboten“ geht.

107 So begriffsprägend *Rogall*, in: ZStW 91 (1979), S. 1, 3; vgl. auch *Ambos*, Beweisverwertungsverbote (Anm. 83), S. 23; *Kudlich*, in: MüKo/StPO (Anm. 29), Einl. Rdn. 450; *Volk/Engländer*, Grundkurs StPO (Anm. 91), § 28 Rdn. 4.

108 BVerfGE 130, 1, 28; BVerfG NJW 2009, 3225, 3225; ebenso BGHSt. 54, 69 Rdn. 47; 58, 84 Rdn. 31.

109 Eine ausdrückliche Verneinung des Automatismus findet sich z. B. in BVerfGE 130, 1, 29 f.; BGHSt. 11, 213, 214; 38, 214, 219; in der Literatur etwa bei *Beulke*, JURA 2008, 653, 654; *Ambos*, Beweisverwertungsverbote (Anm. 83), S. 22; *Kudlich*, in: MüKo/StPO (Anm. 29), Einl. Rdn. 454 f.; *Heghmanns*, ZIS 2016, 404, 404.

e) Struktur der Verhältnismäßigkeitsprüfung

Nach dem bisher Gesagten ist für die Begründung selbständiger wie auch unselbständiger Beweisverwertungsverbote die entscheidende Frage, ob die Anwendung einer gesetzlichen Beweisverwertungsbefugnis im Einzelfall aus Gründen der Verhältnismäßigkeit ausscheiden muss. Wenn diese Frage durch die Abwägungslösung mit einer „umfassenden Abwägung“¹¹⁰ bzw. einer „Abwägung aller maßgeblichen Gesichtspunkte und widerstreitenden Interessen“¹¹¹ beantwortet wird, so ist dies zumindest missverständlich und läuft Gefahr, die zweistufige Struktur der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu verschleifen. Denn in diese „umfassende Abwägung“ werden für gewöhnlich unter anderem auch *allgemeine* Erwägungen zur „funktionstüchtigen Strafrechtspflege“¹¹² als maßgeblich eingestellt, nämlich das *allgemeine* Strafverfolgungsinteresse des Staates¹¹³ und der Gedanke, dass Verwertungsverbote *allgemein* die Möglichkeiten der Wahrheitserforschung beeinträchtigen¹¹⁴. Diese Erwägungen betreffen strukturell allerdings allein die 1. Stufe der Verhältnismäßigkeit: Die Verhältnismäßigkeit der gesetzlich geregelten Verwertungsbefugnis und damit die – zu verneinende (dazu oben IV. 1. b)) – Frage, ob diese aus Gründen der Verhältnismäßigkeit zwischen der Verwertung rechtmäßig und rechtswidrig erlangter Beweise differenzieren muss. Für die Verhältnismäßigkeit der *Anwendung* der gesetzlichen Verwertungsbefugnis, um die es für die Begründung eines selbständigen oder unselbständigen Beweisverwertungsverbots allein geht („2. Stufe der Verhältnismäßigkeit“), dürfen diese Gesichtspunkte hingegen nicht berücksichtigt werden. Denn hierfür kommt es allein darauf an, ob der *konkret* verfolgte Zweck außer Verhältnis zu Gewicht und Bedeutung des dadurch bewirkten *konkreten* Grundrechtseingriffs steht¹¹⁵. Daher dürfen hier allein der Zweck der *konkreten* Verwertung – die Realisierung des staatlichen Strafverfolgungsanspruchs *im konkreten Fall*¹¹⁶ – und dessen Gewicht – insbesondere die Verfügbarkeit weiterer Beweismittel, die Rechtmäßigkeit/Rechtswidrigkeit der Beweiserhebung, die Intensität des Tatverdachts und die Schwere der Straftat¹¹⁷ – ins

110 BGHSt. 38, 214, 215; 38, 372, 373.

111 BGHSt. 38, 214, 219 f.; 54, 69 Rdn. 47; 58, 84 Rdn. 31.

112 BVerfGE 130, 1, 25 ff.; BVerfG NJW 2009, 3225, 3225; 2011, 2417, 2418 f.; z. B. auch BGHSt. 38, 214, 220; 45, 342, 346; *Kudlich*, in: MüKo/StPO (Anm. 29), Einl. Rdn. 455.

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

114 BGHSt. 28, 122, 128; 37, 30, 32.

115 Zur für den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz prägenden Mittel-Zweck-Relation siehe nur *Hillgruber*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts (Anm. 66), § 201 Rdn. 51, 72 ff.

116 BVerfGE 130, 1, 29.

117 BVerfGE 130, 1, 29.

Verhältnis gesetzt werden zu Gewicht und Bedeutung des durch die Verwertung bewirkten *konkreten* Eingriffs in das jeweilige subjektive öffentliche Recht. Wenn sich auch für die daran anknüpfende Prüfung die in der öffentlich-rechtlichen Dogmatik etablierte „Feinmechanik (über-)rationalisierender Verhältnismäßigkeitskontrolle“¹¹⁸ in ihrer Dreistufigkeit (Geeignetheit, Erforderlichkeit, Angemessenheit) möglicherweise nur begrenzt übertragen lässt, vermag dieser gedankliche Ausgangspunkt gleichwohl Licht zu spenden, wo die gerichtliche „Abwägungslösung“ die Methodik bisher „weitgehend im Dunkeln lässt“¹¹⁹. Daran ändert auch der Einwand nichts, dass die in die Abwägung einzustellenden Topoi nicht in derselben „Währung“¹²⁰ auszudrücken sind und der Abwägungsvorgang daher auch von subjektiven Einordnungen abhängt. Dies mag zwar für das Strafrecht, wo besondere Bedürfnisse für eine Erwartungssicherheit bestehen, misslich sein, ist aber aus grundrechtsdogmatischer Sicht keine Besonderheit¹²¹.

f) „Drittwirkung“ von Beweisverwertungsverböten

Die Verhältnismäßigkeitsprüfung der 2. Stufe führt dabei nicht desto eher zum Ergebnis der Unverhältnismäßigkeit der konkreten Beweisverwertung, je weniger diese Beschuldigtenrechte bzw. je mehr diese (nur) subjektive öffentliche Rechte Dritter (z. B. Mitbeschuldigte, Zeugen, sonstige Personen, bezüglich derer eine Beweisverwertung eine Verarbeitung von deren personenbezogenen Daten darstellt) beeinträchtigt. Denn der Dritte kann – je nach Inhalt des konkreten Beweismittels – durch eine Beweisverwertung in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht genauso betroffen sein wie der Beschuldigte oder sogar stärker, wenn er z. B. mit dem konkreten Strafverfahren an sich nichts zu tun hat, seine personenbezogenen Daten aber gleichwohl zu dessen Gegenstand gemacht werden¹²². Damit hat der hier vertretene Ansatz auch Auswirkungen auf die Drittwirkung, also die

118 Gärditz, Staat (Anm. 9), S. 84.

119 So Heghmanns, ZIS 2016, 404, 404; ein Vorschlag zur weiteren Rationalisierung der Abwägung findet sich bei Neuber, Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, 2017, S. 91 ff.

120 Heghmanns, ZIS 2016, 404, 407. Zur Inkommensurabilitätskritik ferner Schlink, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976, S. 134 ff.

121 Vgl. BVerfGE 92, 277, 327: „Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne enthält [...] keine inhaltlichen Aussagen darüber, welche Auswirkungen und Bedingungen eines staatlichen Eingriffs in die Abwägung einzubeziehen sind [...]. Insoweit bedarf es einer wertenden verfassungsrechtlichen Entscheidung im jeweiligen Einzelfall.“ Hillgruber, JZ 2011, 861, 862, befindet die Angemessenheitsprüfung für „unvermeidlich subjektiv, voluntativ und dezisionistisch“; zust. P. Reimer, in: Jestaedt/Lepsius, Verhältnismäßigkeit, 2015, S. 60, 70.

122 VGH BW NVwZ-RR 2019, 901, 906, 907 f.; vgl. auch BVerfGE 107, 299, 320 f.

Erstreckung von Verwertungsverboten auf andere Verfahrensbeteiligte, der die Rechtsprechung – entgegen einiger Stimmen aus dem Schrifttum¹²³ – weitgehend ablehnend gegenübersteht¹²⁴.

Da die Grundrechtsbindung staatlicher Organe absolut gilt (Art. 1 Abs. 3 GG), darf ein Beweis aus grundrechtlicher Warte nicht verwertet werden, wenn diese Verwertung zwar nicht in subjektive öffentliche Rechte des Beschuldigten, aber eines Dritten (z. B. eines Zeugen oder Mitbeschuldigten) rechtswidrig eingreift¹²⁵. Wurde also etwa ein Mitangeklagter entgegen § 168c Abs. 5 S. 1 StPO ohne Benachrichtigung seines Verteidigers vernommen und stellt sich in der Folge der Eingriff in sein allgemeines Persönlichkeitsrecht durch die gerichtliche Verwertung als unverhältnismäßig dar, so gilt dies für eine Verwertung der Äußerungen zulasten des Hauptangeklagten gleichermaßen, wenn nicht die Verhältnismäßigkeitsprüfung hier z. B. wegen eines dem Hauptangeklagten gemachten deutlich schwereren Tatvorwurfs zum gegenteiligen Ergebnis führt¹²⁶. Die Beweisverwertung muss daher auch insoweit unterbleiben. Davon zu trennen ist die Frage, ob der Unterlassungsanspruch als solcher nur dem Dritten oder auch dem Beschuldigten zusteht, ob also im angeführten Beispiel nur der Mit- oder auch der Hauptangeklagte den *Anspruch* auf Unterlassung hat und (gerichtlich) geltend machen kann¹²⁷. Insofern muss die Drittwirkung als Zurechnungsfrage reformuliert werden: Ist die nicht-gerechtfertigte Beeinträchtigung subjektiver öffentlicher Rechte des Dritten dem Staat zugleich als Beeinträchtigung subjektiver öffentlicher Rechte des Beschuldigten zurechenbar? Nach moderner Grundrechtsdogmatik ist dies der Fall, wenn Letztere unmittelbar aus dem hoheitlichen Handeln resultiert (Unmittelbarkeit), das hoheitliche Handeln gerade auf die Beeinträchtigung der Rechte des Beschuldigten gerichtet ist (Finalität) *oder* diese anordnet (Imperativi-

123 Kühne, Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2015, Rdn. 913; auch Gless, NSTZ 2010, 98, 100; vgl. ferner Schwaben, Reichweite (Anm. 49), S. 164 ff.

124 Vgl. BGHSt. 47, 233, 234; 53, 191, 194 ff.; BGH NSTZ-RR 2016, 377, 377; auch Bruns, in: KK StPO (Anm. 35), § 100d Rdn. 41.

125 Singelstein, Festschrift für Eisenberg, S. 643, 651; Dautert, Beweisverwertungsverbote (Anm. 53), S. 93; i. Erg. auch Weichert, Selbstbestimmung (Anm. 53), S. 218.

126 Mit Zielrichtung auf die Abwägungslösung des BGH krit. zu einer solchen Differenzierung Dencker, Verwertungsverbote (Anm. 28), S. 37 ff.; Heghmanns, ZIS 2016, 404, 407. Nach hier vertretenen Konzeption ist ebenso denkbar, dass eine Verwertung gegenüber dem Hauptangeklagten gerade deshalb verhältnismäßig ist, weil es sich um einen maßgeblichen Entlastungsbeweis handelt.

127 Ebenso Müssig, GA 1999, 119, 135. In eine ähnliche Richtung geht die Frage, ob der Angeklagte selbst in den Schutzbereich einer Norm einbezogen ist, sodass ein Verwertungsverbot dann aus der Verletzung in einem eigenen subjektiven Recht folgt. In diese Richtung für § 168c Abs. 5 StPO z. B. Gless, NSTZ 2010, 98, 99.

tät)¹²⁸. Im Regelfall dürften diese Voraussetzungen – wie auch hier im Beispiel zu § 168c Abs. 5 S. 1 StPO – nicht gegeben sein, weswegen die Pflicht des Gerichts zur Durchführung eines insgesamt rechtmäßigen Strafverfahrens nicht unbedingt mit einem entsprechenden durchsetzbaren Anspruch des Beschuldigten – wohl aber des Dritten (dazu noch unten V. 3., 4.) – korrespondiert.

g) Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten

Der hier zugrunde gelegte Ansatz kann schließlich auch für die Diskussion um die Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten fruchtbar gemacht werden, über die durch die grundsätzliche Ablehnung in der Rechtsprechung¹²⁹ und die teilweise Befürwortung im Schrifttum¹³⁰ weiterhin eine Kontroverse besteht. Aus der grundrechtsbezogenen Perspektive lässt sich das Problem so fassen, dass ein Beweisverwertungsverbot Fernwirkung entfaltet, wenn ein bestehender Unterlassungsanspruch gegen die Verwertung von Beweismittel A dazu führt, dass die Verwertung von Beweismittel B einen nicht-gerechtfertigten Eingriff in subjektive öffentliche Rechte darstellt und daher auch hiergegen ein Unterlassungsanspruch gegeben ist – sei es, weil für die Verwertung von Beweismittel B bereits eine Eingriffsgrundlage fehlt (so z. B. ausdrücklich geregelt durch die Verwendungsverböte in § 160a Abs. 1 S. 2 StPO, § 97 Abs. 1 S. 3 InsO), sei es, weil dessen Verwertung unverhältnismäßig ist. Für die Verhältnismäßigkeitsprüfung ist auch hier wiederum eine individualisierte Betrachtung anzulegen, die allein den Zweck der Verwertung von Beweismittel B und dessen Gewicht ins Verhältnis setzt zu Gewicht und Bedeutung des dadurch bewirkten Eingriffs (dazu bereits oben IV. 2. e)), wobei das Verwertungsverbot bezüglich Beweismittel A in die Abwägung einzustellen ist. Denn auch hier geht es ausschließlich um die Frage der *Anwendung* einer an sich gegebenen gesetzlichen Verwertungsbefugnis („2. Stufe der Verhältnismäßigkeit“). Für die Einbeziehung übergeordneter Erwägungen – wie die Disziplinierungswirkung für die Strafverfolgungsbehörden, die allgemeine Effektivität der Strafrechtspflege oder spezialpräventive Effekte – in eine allgemeine Abwägung¹³¹

128 Vgl. *Michael/Morlok*, Grundrechte (Anm. 78), Rdn. 493ff. Zur Übertragung auf die Zurechnung beim Folgenbeseitigungsanspruch *Ellerbrok*, JURA 2016, 125, 130.

129 Vgl. nur BGHSt. 34, 362, 364 f.; 51, 1, 7 ff.; 55, 314, 318 f.; eine Fernwirkung annehmend aber – für § 7 Abs. 3 G 10 a. F. – BGHSt. 29, 244, 247 ff.; ferner OLG Düsseldorf NSTZ 2017, 177, 180.

130 Etwa *Haffke*, GA 1973, 65, 80; *Hüls*, ZIS 2009, 160, 167 f.; *Kühne*, Strafprozessrecht (Anm. 123), Rdn. 912.1; wohl auch *Ransiek*, JR 2007, 436, 438; ausf. *Mergner*, Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten, 2005. Allg. *Kasiske*, JURA 2017, 16, 16 ff. m. w. N.

131 Dafür etwa *Gössel*, in: Löwe/Rosenberg (Anm. 91), Einl. I Rdn. 177.

bleibt auch hier kein Raum, denn diese betreffen allein die Frage, ob die *gesetzlich* geregelte Verwertungsbefugnis in Fällen der Fernwirkung (und nicht ihre Anwendung) verhältnismäßig ist („1. Stufe der Verhältnismäßigkeit“). Im Ergebnis dürfte eine Fernwirkung aus der hier eingenommenen Perspektive jedenfalls weitreichender als in der bisherigen Rechtsprechung anzunehmen sein¹³².

Für diesen Problemzuschnitt zur Fernwirkung ist allerdings kennzeichnend, dass er hauptsächlich auf die gerichtliche Perspektive zugeschnitten zu sein scheint (dazu allgemein oben IV. 2. b)), indem die Fragestellung, ob ein Verwertungsverbot für Beweismittel A ein solches für Beweismittel B nach sich zieht, nur und erst relevant wird, wenn die unterschiedlichen Beweismittel als solche bereits erhoben worden sind. Für die Durchsetzung von Beweisverwertungsverböten interessanter ist jedoch die damit zusammenhängende Frage der Verwertung von Beweismittel A als Grundlage für die *Erhebung* von Beweismittel B, indem es als Spurenansatz oder zur Begründung des für eine Zwangsmaßnahme erforderlichen substantiierten Tatverdachts dient (dazu noch unten V. 3. b)). Die Antwort hierzu ist eindeutig: Besteht ein Unterlassungsanspruch gegen die Verwertung von Beweismittel A, darf es als Grundlage für weitere Beweiserhebungen nicht herangezogen werden, da dies bereits eine verbotene Verwertung darstellen würde (vgl. dazu oben IV. 2. b)).

V. Folgen für die (prozessuale) Durchsetzung von Beweisverwertungsverböten

1. Ausgangspunkt: Pflicht zu rechtmäßigem Handeln

Besteht nach Maßgabe des Vorstehenden ein Unterlassungsanspruch, der auf Nicht-Verwertung eines Beweismittels gerichtet ist, sind aufgrund der Grundrechtsbindung aller staatlichen Gewalt (Art. 1 Abs. 3 GG) alle am Ermittlungs-, Zwischen- und Hauptverfahren beteiligten Behörden und Gerichte von Amts wegen dazu verpflichtet, die entsprechende Verwertung zu unterlassen¹³³ – und damit grundsätzlich unabhängig von einer Geltendmachung durch den Anspruchs-

¹³² So auch *Müssig*, GA 1999, 119, 137; ferner *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte (Anm. 44), S. 50.

¹³³ Vgl. für das Ermittlungsverfahren BGHSt. 64, 89 Rdn. 26f.; für das Zwischenverfahren BGH NJW 2017, 1828, 1829; verallgemeinernd BGH NJW 2018, 2279, 2279: „in jeder Lage des Verfahrens“. Zur Berücksichtigung durch das Tatgericht auch *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte (Anm. 44), S. 84.

inhaber, von der Person des Anspruchsinhabers (Beschuldigter oder Dritter, dazu bereits oben IV. 2. f)) und davon, ob es sich (prognostisch) um einen Belastungs- oder Entlastungsbeweis handelt¹³⁴.

2. Disposition durch den Anspruchsinhaber

Da der grundrechtliche Schutz grundsätzlich disponibel ist¹³⁵, kann der Rechtsinhaber allerdings durch seine ausdrückliche oder konkludente¹³⁶ Einwilligung eine Verwertung des Beweismittels – dann be- wie entlastend¹³⁷ – ermöglichen (vgl. bereits oben IV. 1. b) a. A.)¹³⁸. Auch die Einwilligung in ein staatliches Verhalten, das andernfalls in die durch Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Menschenwürde eingreifen würde, ist dabei nicht strikt ausgeschlossen¹³⁹; ebenso wenig ist der Wesensgehalt eines Grundrechts (Art. 19 Abs. 2 GG) eine der Einwilligung entzogene Untergrenze¹⁴⁰.

134 Auch *Radtke*, in: ders./Hohmann, StPO, 2011, Einl. Rdn. 85. Anders, zugleich aber auch mit Hinweis auf die sogleich unter 2. behandelte Dispositionsbefugnis *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht (Anm. 9), § 24 Rdn. 29 m. w. N.: „[g]lewichtige Argumente [sprechen] dafür, ein Verwertungsverbot nur bei *Belastungsbeweisen* in Betracht zu ziehen“ (Hervorh. im Orig.).

135 *Muthorst*, Beweisverbot (Anm. 43), S. 67, weist zu Recht darauf hin, dass die Disponibilität weder Voraussetzung noch Folge der Anerkennung eines subjektiven öffentlichen Rechts ist. Die vollständige Disponibilität besteht zudem nur, soweit durch die Beweisverwertung nicht auch (Grund-)Rechte Dritter betroffen sind.

136 Vgl. auch *Merten*, in: ders./Papier (Anm. 65), § 73 Rdn. 19.

137 A. A. *Jahn*, Verhandlungen (Anm. 29), C 114.

138 Ebenso *Wohlers*, JR 2012, 389, 391. Weitergehend für eine Pflicht zur Berücksichtigung von Entlastungsbeweisen unabhängig vom Willen des Beschuldigten *Amelung*, NJW 1990, 1753, 1758; *Roxin/Schäfer/Widmaier*, in: Festschrift zu Ehren des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer, 2006, 435, 443.

139 Ebenso *Amelung*, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, 1981, S. 46 ff.; *Kloepfer*, Verfassungsrecht, Bd. II, 2010, § 55 Rdn. 65; *Michael/Morlok*, Grundrechte (Anm. 78), Rdn. 536; vgl. ferner BVerfG NVwZ 2016, 1804 Rdn. 57; BGHSt. 50, 206, 215; *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/ders., GG, 7. Aufl. 2018, Art. 1 Abs. 1 Rdn. 114.

140 A. A. *Amelung*, Einwilligung (Anm. 139), S. 54.

3. Prozessuale Durchsetzung während des Ermittlungsverfahrens

a) Unterlassungsanspruch

Ein eigenes Rechtsschutzsystem zur prozessualen Durchsetzung eines auf zukünftiges Unterlassen zielenden Anspruchs während des Ermittlungsverfahrens hat die Strafprozessordnung mit ihrer Konzentration auf nachträglichen Rechtsschutz (insb. § 98 Abs. 2 S. 2 StPO [ggf. analog], § 304 StPO) bisher nicht aufgespannt. Ob die Sonderzuweisung des § 23 EGGVG die Statthaftigkeit einer Unterlassungsklage vor dem Oberlandesgericht im Hinblick auf drohende Maßnahmen der Staatsanwaltschaft begründet, ist aus gleich mehreren Gründen fraglich. Uneinheitlich beurteilt wird bereits, inwiefern und inwieweit auf die Aufklärung von Straftaten gerichtete Maßnahmen der Staatsanwaltschaft (und Polizei) im Ermittlungsverfahren als Prozesshandlungen vom isolierten Rechtsschutz nach §§ 23 ff. EGGVG ausgenommen sind¹⁴¹. Der Wortlaut ermöglicht und Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG gebietet, jedenfalls außenwirksame, grundrechtsrelevante Maßnahmen als Maßnahme i. S. d. § 23 Abs. 1 S. 1 EGGVG (sog. Justizverwaltungsakte) einzuordnen und damit einem isolierten Rechtsschutz zugänglich zu machen¹⁴². Dann aber ergibt sich die weitere Problematik, dass die §§ 23 ff. EGGVG die für die Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs notwendige Möglichkeit der Erhebung einer Leistungsklage nicht vorsehen¹⁴³. Daraus lässt sich der Schluss ziehen, dass es insoweit *de lege lata* gem. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO bei einer Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte verbleibt¹⁴⁴, die sodann in einem „Nebenprozess“ agieren. Freilich resultiert daraus eine „Rechtswegzersplitterung“. Dies wird vermieden, soweit man *innerhalb* der Sonderzuweisung der §§ 23 ff. EGGVG über den Gesetzeswortlaut hinaus eine Leistungsklage in Gestalt einer vorbeugenden Unterlassungsklage für statthaft befindet. Dafür wird teilweise ein gesetzgeberischer Wille zur „Rechtswegeseinheitlichkeit“ angeführt¹⁴⁵. Anderweitig wird insbesondere das Grundrecht des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG auf einen effektiven Rechtsschutz

141 So etwa – für eine Blutentnahme – OLG Karlsruhe NJW 1976, 1417, 1418; vgl. dazu ferner *Ellbogen*, in: Münchener Kommentar StPO, Bd. 3/2, 2018, § 23 EGGVG Rdn. 65; *Kissel/Mayer*, GVG, 10. Aufl. 2021, § 23 EGGVG Rdn. 31 ff.

142 Auch *Böttcher*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, Bd. 10, 26. Aufl. 2010, § 23 EGGVG Rdn. 57 f.; *Sodan*, in: ders./Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 40 Rdn. 609; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/ders., StPO, 65. Aufl. 2022, § 23 EGGVG Rdn. 10.

143 Für Unstatthaftigkeit daher OLG Hamm NSTZ-RR 1996, 209, 210; NSTZ 2017, 663, 664; *Kissel/Mayer*, GVG (Anm. 141), § 28 EGGVG Rdn. 13; *Mayer*, in: KK StPO (Anm. 35), § 28 EGGVG Rdn. 13.

144 So OLG Hamm NSTZ 2017, 663, 664.

145 *Conrad*, Der sogenannte Justizverwaltungsakt, 2011, S. 91 ff., 212.

gegen Akte öffentlicher Gewalt fruchtbar gemacht¹⁴⁶. Über seinen Wortlaut hinaus („Wird [...] verletzt“) erfordert Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG die Möglichkeit eines *vorbeugenden* und isolierten Rechtsschutzes allerdings auch bei Realakten nur, soweit ein Zuwarten – bis zur Erlangung nachträglichen Rechtsschutzes – nicht zumutbar wäre¹⁴⁷, insbesondere weil die Grundrechtsbeeinträchtigung irreversibel ist¹⁴⁸. Entsprechend wird eine vorbeugende Unterlassungsklage vor dem Oberlandesgericht nach überwiegender Ansicht gerade in diesen Fällen für statthaft erachtet¹⁴⁹. Dabei bleibt allerdings offen, inwiefern Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG eine verfassungskonforme Ausweitung der §§ 23 ff. EGGVG erforderlich machen sollte, soweit es nicht um die Rechtsschutzeröffnung als solche, sondern allein um die Zuweisung an die ordentliche Gerichtsbarkeit – anstatt über die Grundregel des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO an die Verwaltungsgerichtsbarkeit – geht.

Stehen Eingriffsbefugnisse unter Richtervorbehalt, so kann auch gegenüber dem Ermittlungsrichter ein öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch bestehen, wenn und soweit dieser für die Zwecke der Anordnung einer Ermittlungsmaßnahme rechtswidrig ein Beweismittel verwertet (insbesondere zur Begründung des Tatverdachts). Die prozessuale Durchsetzung im Wege der Beschwerde scheitert zwar nicht an § 305 S. 1 StPO („erkennenden Gerichte“), wirft aber insofern Probleme auf, als eine Entscheidung nach § 304 StPO eine bereits erlassene Maßnahme („Verfügungen [...] des Richters im Vorverfahren“) voraussetzt¹⁵⁰. Hier kann aber Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG, dem auch die richterliche Tätigkeit im Rahmen von Richtervorbehalten unterfällt¹⁵¹, bei einer drohenden Grundrechtsverletzung die Öffnung der Beschwerde für einen vorbeugenden Rechtsschutz erfordern.

146 Etwa *Paeffgen*, in: Systematischer Kommentar zur StPO, Bd. IX, 5. Aufl. 2016, § 23 EGGVG Rdn. 74 f.

147 Vgl. – betreffend vorbeugenden Rechtsschutz – BVerfGK 2, 27, 28; SächsOVG DÖV 2021, 276 (276); ferner BVerfGE 152, 345 Rdn. 68; – betreffend isolierten Rechtsschutz – BVerwGE 165, 65 Rdn. 23.

148 *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 19 IV Rdn. 172; *Huber*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 19 Rdn. 467 („Vermeidung schwerer und irreparabler Rechtsverletzungen“); *Ernst*, in: von Münch/Kunig, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 19 Rdn. 172. Geringere Anforderungen stellt *Schenke*, in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 19 Abs. 4 Rdn. 654 (Stand: 2020): „sofern [...] zum Schutz erforderlich“.

149 OLG Stuttgart Beschl. v. 15.11.2012 – 4a VAs 3/12; OLG Karlsruhe NSTZ 2015, 606, 607; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/ders. (Anm. 142), Vor § 23 EGGVG Rdn. 2; *Köhnlein*, in: BeckOK GVG, § 23 EGGVG Rdn. 72, 15. Ed. (Stand: 2022).

150 BGH NSTZ 2000, 154, 154; OLG Naumburg NSTZ 2013, 543, 543; *Matt*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, Bd. 7/1, 26. Aufl. 2014, § 304 Rdn. 12; *Cirener*, in: Graf, StPO, 4. Aufl. 2021, § 304 Rdn. 1.

151 BVerfGE 107, 395, 406; *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Anm. 77), Art. 19 Abs. 4 Rdn. 100 (Stand: 2020); a. A. *Schenke*, in: BK GG (Anm. 148), Art. 19 Abs. 4 Rdn. 460 f.

b) Folgenbeseitigungsanspruch

Ein Folgenbeseitigungsanspruch, gerichtet auf Wiederherstellung des *status quo ante*, kommt einem Rechtsinhaber zu, soweit durch die Erhebung eines Beweismittels in ein subjektives öffentliches Recht eingegriffen wurde und dieser Eingriff rechtswidrig war, weil er ohne eine oder außerhalb einer bestehende/n Rechtsgrundlage erfolgt ist oder den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht gewahrt hat. Daraus kann sich konkret gegenüber der Ermittlungsbehörde, solange sie über das Beweismittel verfügt, ein Anspruch auf die Herausgabe eines rechtswidrig erlangten Beweismittels – etwa von Datenträgern, Kleidungsstücken oder eines Tagebuchs – ergeben¹⁵². Bei nicht-körperlichen und duplizierbaren Gütern, insbesondere elektronisch gespeicherten Daten, kann der Anspruch auf Folgenbeseitigung durch die Löschung rechtswidrig erlangter Informationen befriedigt werden¹⁵³. Um mit Durchsetzung dieses Folgenbeseitigungsanspruchs eine (weitere) Beweisverwertung gewissermaßen präventiv ausschließen zu können¹⁵⁴, muss jedoch – soweit vorhanden¹⁵⁵ – zugleich die *Anordnung* der Beweiserhebung beseitigt werden. Denn andernfalls bietet diese als – wenn auch rechtswidriger – Rechtsgrund der Beweiserhebung nach der allgemeinen Dogmatik des Folgenbeseitigungsanspruchs den Rechtsgrund für das Behalten¹⁵⁶, der dem Anspruch auf Wiederherstellung des vorherigen Zustands entgegensteht¹⁵⁷.

Liegt der Beweiserhebung eine *richterliche* Anordnung zugrunde, so steht dem Beeinträchtigten die Beschwerde (§ 304 StPO) offen. Es liegt nahe, im Wege der Beschwerdeentscheidung dann auch eine Verpflichtung zur Folgenbeseitigung auszusprechen¹⁵⁸. Problematisch ist insoweit die überkommene Annahme, dass sich richterliche Anordnungen durch ihren Vollzug erledigen und sich die nach der Beeinträchtigung eingelegte Beschwerde daher dem Einwand der prozessualen Überholung entgegenseht. In der Rechtsprechung wird allerdings eine

152 Vgl. auch *Menges*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, Bd. 3/1, 27. Aufl. 2019, § 98 Rdn. 66.

153 *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte (Anm. 44), S. 46; *Störmer*, Grundlagen (Anm. 49), S. 217.

154 Auch *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte (Anm. 44), S. 46.

155 Bei einer Beweiserhebung ohne vorherige formale Anordnung kann unmittelbar ein Folgenbeseitigungsanspruch im Wege der Leistungsklage geltend gemacht werden. Zum Rechtsweg gelten die Ausführungen zur vorbeugenden Unterlassungsklage entsprechend.

156 Dies gilt grds. auch dann, wenn die Art und Weise der Durchführung der Beweiserhebung rechtswidrig war. Denn der Folgenbeseitigungsanspruch setzt einen rechtswidrigen Zustand voraus, insofern ist das Erfolgsunrecht maßgeblich (vgl. *Mehde*, JURA 2017, 783, 786). Wie hier i. Erg. auch *Amelung*, NJW 1991, 2533, 2535.

157 KG NJW-RR 1991, 1085, 1085; *Schenke*, NJW 2011, 2838, 2844; dazu allg. bereits oben II.

158 Vgl. – für eine Beschlagnahme – LG Nürnberg-Fürth Beschl. v. 22.12.2017, 18 Qs 49/17.

nachträgliche „Feststellungsbeschwerde“ zumindest bei einem hinreichenden Feststellungsinteresse, insbesondere einem tiefgreifenden Grundrechtseingriff, für zulässig erachtet¹⁵⁹. Durch eine bloße *Feststellung* der Rechtswidrigkeit kann indes – mangels Gestaltungswirkung – der Rechtsgrund für das Behalten nicht beseitigt werden. Das Gebot effektiven Rechtsschutzes des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG spricht zumindest bei Grundrechtseingriffen dafür, dass auch eine Aufhebung in Betracht kommen muss, solange die richterliche Anordnung Rechtsgrund für bestimmte Folgen, etwa den Besitz einer auf Grundlage des § 81a StPO entnommenen Blutprobe, bleibt. Denn insoweit besteht die durch die Anordnung vermittelte Beschwer auch nach ihrem Vollzug fort.

Besteht eine *nicht-richterliche* Anordnung, bedarf es differenzierter Betrachtung: Im Hinblick auf *verdeckte Ermittlungsmaßnahmen* kann nach Beendigung der Maßnahme gem. § 101 Abs. 7 S. 2 StPO eine gerichtliche Überprüfung ersucht werden; bei Erfolg sind erlangte personenbezogene Daten im Anschluss grundsätzlich gem. § 101 Abs. 8 S. 1 StPO zu löschen. Die nicht-richterliche Anordnung einer noch andauernden *Beschlagnahme* kann nach § 98 Abs. 2 S. 2 StPO angefochten werden; zur Durchsetzung des Folgenbeseitigungsanspruchs kann als Annex die Herausgabe des jeweiligen Beweismittels beantragt werden¹⁶⁰. Bei anderen Ermittlungsmaßnahmen ist die nicht-richterliche Anordnung bei Geltendmachung eines Folgenbeseitigungsanspruchs regelmäßig bereits vollzogen. Dies wirft die Frage auf, ob und wie eine Aufhebung der Anordnung im Wege „nachträglichen“ Rechtsschutzes erlangt werden kann. In ständiger Rechtsprechung wird dabei die die Beschlagnahme betreffende Regelung des § 98 Abs. 2 S. 2 StPO nicht nur auf andere Ermittlungsmaßnahmen angewandt¹⁶¹, sondern zudem – in einer weiteren Analogie – ein Antrag auch dann als statthaft erachtet, wenn die angeordnete Maßnahme bereits abschließend durchgeführt wurde¹⁶². Folgt man dem, so ist der Frage nachzugehen, ob nur die Feststellung der Rechtswidrigkeit

159 Vgl. etwa LG Bonn NZI 2017, 410, 411; LG Limburg NStZ 2018, 622, 622.

160 *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte (Anm. 44), S. 75; *Mittag*, Wirkungen (Anm. 85), S. 214; *Böse*, Festschrift für Amelung, 2009, S. 565, 571.

161 Für eine Festnahme BGHSt. 44, 171 ff.; für eine Durchsuchung BGHSt. 45, 183 ff.; für eine Erkenntnisanfrage BGH NStZ-RR 2021, 52, 53. Vgl. ferner BVerfGE 96, 44, 50. Aus dem Schrifttum zust. etwa *Krause*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, Bd. 2, 27. Aufl. 2017, § 81a Rdn. 91; *Kissel/Mayer*, GVG (Anm. 141), § 23 EGGVG Rdn. 34; *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt (Anm. 142), § 98 Rdn. 23.

162 Für eine solche (doppelt) analoge Anwendung des § 98 Abs. 2 S. 2 StPO BGHSt. 37, 79, 82; 44, 171, 174; BGH StV 1981, 597, 598 f.; aus dem Schrifttum *Amelung*, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, 1976, S. 49 ff.; *Greven*, in: KK StPO (Anm. 35), § 98 Rdn. 22; *Bachmann*, Probleme des Rechtsschutzes gegen Grundrechtseingriffe im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, 1994, S. 214, sieht die nachträgliche Rechtmäßigkeitskontrolle als noch durch eine teleologische Auslegung des § 98 Abs. 2 S. 2 StPO erfasst an.

oder im Wege einer Anfechtung bei Grundrechtseingriffen auch – zwecks Beseitigung des Rechtsgrunds für das Behalten – eine nachträgliche Aufhebung der Anordnung durch den Ermittlungsrichter in Betracht kommt¹⁶³. Ist Letzteres der Fall, kann auch hier als Annex die Folgenbeseitigung, etwa die Herausgabe, Löschung oder Vernichtung des jeweiligen Beweismittels, beantragt werden. Richtigerweise fehlt es indes sowohl für die Anwendung auf andere Ermittlungsmaßnahmen¹⁶⁴ als auch für die Anwendung des § 98 Abs. 2 S. 2 StPO *nach* Vollzug der Ermittlungsmaßnahme¹⁶⁵ an der für den Analogieschluss notwendigen Regelungslücke. Denn §§ 23 ff. EGGVG sehen – aus praktischer Sicht freilich wenig sachgerecht – einen entsprechenden Rechtsschutz vor dem Oberlandesgericht vor. Dort ist die Möglichkeit des Ausspruchs der Pflicht zur Folgenbeseitigung explizit normiert (§ 28 Abs. 1 S. 2 EGGVG). § 28 Abs. 1 S. 2 EGGVG lässt sich zudem die Auffassung des Gesetzgebers entnehmen, dass eine Aufhebung auch noch in Betracht kommt – und eine Anordnung mithin nicht als erledigt einzuordnen ist –, solange ihr Vollzug noch rückgängig gemacht werden kann. Dabei ist ein weites Verständnis zugrunde zu legen: Der Vollzug erfasst nicht nur die unmittelbar angeordnete Maßnahme (Blutabnahme), sondern auch deren kausal-adäquaten Folgen (z. B. Besitz des Analyseergebnisses einer Blutprobe)¹⁶⁶. Ein gesondertes Fortsetzungsfeststellungsinteresse ist insoweit nicht notwendig.

In allen Fällen – bei der Beschwerde (§ 304 Abs. 1 und 2 StPO)¹⁶⁷ sowie den Anträgen nach § 101 Abs. 7 S. 2 StPO, § 98 Abs. 2 S. 2 StPO¹⁶⁸ und §§ 23 ff. EGGVG – steht der Rechtsschutz grundsätzlich sowohl dem Beschuldigten als auch einem Dritten (Zeugen, Sachverständige etc.) zu, soweit dieser durch die Anordnung bzw. Beweiserhebung beschwert ist.

163 Bejahend wohl Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt (Anm. 142), § 98 Rdn. 23.

164 Auch Schenke, NJW 2011, 2838, 2839 ff.; Ehlers/Schneider, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, § 40 VwGO Rdn. 593 (Stand: 2015); Paeffgen, in: SK-StPO (Anm. 146), § 23 EGGVG Rdn. 94 f.

165 Auch KG JR 1972, 297, 298; Dörr, NJW 1984, 2258, 2260; Glaser, Der Rechtsschutz nach § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO, 2008, S. 330 und passim.

166 Es kommt daher regelmäßig nicht darauf an, ob nach Erledigung ausschließlich eine Feststellung nach § 28 Abs. 1 S. 4 EGGVG (dafür z. B. KG NJW-RR 1991, 1085, 1085; Schmitt, in: Meyer-Goßner/ders. [Anm. 142], § 28 EGGVG Rdn. 6 m. w. N.) oder bei fortbestehender Beschwer weiterhin eine Aufhebung verlangt werden kann (dafür z. B. Böttcher, in: Löwe/Rosenberg [Anm. 142], § 28 EGGVG).

167 Matt, in: Löwe/Rosenberg (Anm. 150), § 304 Rdn. 46 ff.; Frisch, in: SK-StPO (Anm. 146), Bd. VI, § 304 Rdn. 40 ff.

168 Hauschild, in: MüKo/StPO (Anm. 29), § 98 Rdn. 26; Wohlers/Greco, in: SK-StPO (Anm. 146), Bd. II, § 98 Rdn. 48; Gercke, in: ders. u. a., StPO, 6. Aufl. 2019, § 98 Rdn. 34.

c) Schlussfolgerungen

Der (ohne Anfechtung zunächst bestehende) Rechtsgrund für das Behalten durch die Ermittlungsbehörde stellt zugleich den tieferen strukturellen Grund dafür dar, dass die Rechtswidrigkeit einer Beweiserhebung nicht automatisch auf die Beweisverwertung „durchschlägt“. Umgekehrt eröffnet diese Erkenntnis dem Betroffenen aber auch weitgehende Gestaltungsmöglichkeiten hinsichtlich der Frage, wann und in welchem Umfang ein Unterlassungsanspruch und damit ein Beweisverwertungsverbot besteht. Beseitigt er durch den vorgenannten Rechtsschutz nämlich den Rechtsgrund für das Behalten des Beweismittels und erreicht er eine Herausgabe des Beweismittels, so führt dies im Ergebnis dazu, dass ihm gegen jegliche Verwertung dieses Beweismittels ein Unterlassungsanspruch zusteht und nicht nur dann und erst, wenn eine solche Verwertung – im Sinne eines unselbständigen Verwertungsverbots – unverhältnismäßig wäre. Denn für eine Verwertung eines überhaupt nicht vorhandenen Beweismittels besteht keine Rechtsgrundlage. In der bisherigen Terminologie „wandelt“ sich das Verwertungsverbot in der typischen Konstellation eines unselbständigen ungeschriebenen somit zu einem „geschriebenen“ Beweisverwertungsverbot, das sich durch den Mangel einer Rechtsgrundlage für die Verwertung auszeichnet. Zu berücksichtigen ist freilich, dass das Gericht der Hauptsache eine rechtliche Neubewertung vornehmen darf, sofern man der Beschwerdeentscheidung gem. § 309 Abs. 2 StPO mit der überwiegenden Meinung¹⁶⁹ eine Bindungswirkung für das Hauptverfahren abspricht.

4. Prozessuale Durchsetzung im Haupt- oder Rechtsmittelverfahren

Wird ein im Ermittlungsverfahren erhobener Beweis zum Anknüpfungspunkt für die gerichtliche Beweiserhebung im Haupt- oder Rechtsmittelverfahren gemacht und in diesem Sinne verwertet oder soll – unabhängig von einer bereits zuvor erfolgten Erhebung im Ermittlungsverfahren – im Haupt- oder Rechtsmittelverfahren ein Beweis erhoben werden, in Bezug auf den ein gerichtliches Beweisverwertungsverbot besteht, so ist nächstliegende Rechtsschutzmöglichkeit die Beanstandung der Anordnung der Beweiserhebung nach § 238 Abs. 2 StPO¹⁷⁰. Als „bei

¹⁶⁹ *Neuheuser*, in: MüKo/StPO (Anm. 94), § 309 Rdn. 37; ausf. *Schmidt*, NSTz 2009, 243 ff. Für eine Bindungswirkung hingegen *Frisch*, in: SK-StPO (Anm. 146), § 309 Rdn. 30.

¹⁷⁰ Anders ist dies, wenn die Beweiserhebung einen Gerichtsbeschluss erfordert, § 251 Abs. 4 StPO. Gegen einen solchen Gerichtsbeschluss bietet – mit den unten im Haupttext genannten Maßgaben – die Beschwerde eine Rechtsschutzmöglichkeit.

der Verhandlung beteiligte Person“ i. S. v. § 238 Abs. 2 StPO kann ein Angeklagter wie auch ein Dritter wie z. B. ein Mitangeklagter, Zeuge oder Sachverständiger, sofern er Inhaber eines Unterlassungsanspruchs und somit durch die Anordnung beschwert ist¹⁷¹, von diesem „Zwischenrechtsbehelf“ Gebrauch machen, ein sonstiger Dritter hingegen nicht. Erhebt und verwertet das Gericht den Beweis gleichwohl und verletzt so den Unterlassungsanspruch, so wandelt sich dieser grundsätzlich in einen Anspruch auf Folgenbeseitigung (dazu oben II.). Diesen kann ein Angeklagter im Rahmen der Regelungen der StPO zu den Rechtsmitteln durch Berufung und/oder Revision geltend machen, wobei die Revision – im Sinne der sog. Widerspruchslösung¹⁷² – oftmals nur dann zum Erfolg führt, wenn er der Beweisverwertung in der Hauptverhandlung widersprochen hat. Die damit verbundene und vielfach kritisierte¹⁷³ Rügepräklusion dürfte im Ergebnis mit Blick auf die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG jedenfalls dann unproblematisch sein, wenn wie in aller Regel bereits im Ermittlungsverfahren zureichender Rechtsschutz besteht, mit dem die gerichtliche Beweisverwertung schon präventiv verhindert werden kann (dazu oben 3.). An der Verhandlung beteiligten Dritten steht demgegenüber nach § 304 Abs. 1, 2 StPO grundsätzlich die Beschwerde gegen den nach § 238 Abs. 2 StPO erfolgten Gerichtsbeschluss zu, da sie ihre diesbezüglich bestehende Beschwer nicht durch Anfechtung des Urteils geltend machen können und es sich daher nach § 305 S. 2 StPO um eine beschwerdefähige Entscheidung handelt¹⁷⁴. Im Ergebnis gilt dies auch für den Mitangeklagten, der die zu Lasten des Hauptangeklagten erfolgende gerichtliche Beweiserhebung bzw. -verwertung, gegen die ihm ein Unterlassungsanspruch zusteht, verhindern möchte („Drittwirkung von Beweisverwertungsverböten“). Denn die Überprüfung dieser Beweiserhebung bzw. -verwertung¹⁷⁵ ist dem Mitangeklagten im Rahmen der Berufung oder Revision gerade nicht möglich, da er insoweit nicht anfechtungsbefugt ist: Er kann hier nicht die zu Lasten des Hauptangeklagten erfolgte Beweisverwertung rügen. Das Telos des Beschwerdeausschlusses nach § 305 S. 1 StPO greift daher insoweit nicht, vielmehr ist der Mitangeklagte gerade auch im Lichte des Gebots des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG nach einer effektiven Rechtsschutz-

171 Vgl. *Schneider*, in: KK StPO (Anm. 35), § 238 Rdn. 16, 18; *Gorf*, in: BeckOK StPO, 43. Ed. (Stand: 2022), § 238 Rdn. 11.

172 Dazu zuletzt *Wachter*, JR 2019, 437 ff. Gebilligt von BVerfGE 130, 1, 31.

173 Abl. etwa *Dudel*, Das Widerspruchserfordernis bei Beweisverwertungsverböten, 1999, S. 205 ff.; *Grube*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO, 4. Aufl. 2020, § 238 Rdn. 52f.

174 Vgl. *Cirener*, in: BeckOK StPO, 43. Ed. (Stand: 2022), § 305 Rdn. 2; *Hoch*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO, 4. Aufl. 2020, § 305 Rdn. 21.

175 Hinsichtlich der seine eigene Verurteilung betreffenden Beweiserhebung und -verwertung besteht diese Beschwerdemöglichkeit wegen § 305 S. 1 StPO hingegen nicht, vgl. auch *Grüner*, Revisibilität und Beweisverwertungsverböte im Strafprozess, 1997, S. 31.

möglichkeit insoweit als „dritte Person“ i. S. v. § 305 S. 2 StPO anzusehen. Die Beschwerde nach §§ 304 Abs. 1, 2, 305 S. 2 StPO steht im Ergebnis auch sonstigen, nicht an der Verhandlung beteiligten Dritten zu, die vom Zwischenrechtsbehelf des § 238 Abs. 2 StPO keinen Gebrauch machen können und die Beschwerde daher unmittelbar gegen die Anordnung der Beweiserhebung durch den Vorsitzenden zu richten haben.

VI. Schadensersatzanspruch

Kann die Unterlassung oder zumindest Beseitigung einer Grundrechtsbeeinträchtigung durch eine rechtswidrige Beweiserhebung und/oder -verwertung nicht (mehr) erreicht werden, so folgt aus den grundrechtlichen Gewährleistungen eine Verpflichtung des Staates (zumindest) zu finanzieller Kompensation¹⁷⁶. Dem Ansatz einer solchen grundrechtlichen Staatsunrechtshaftung entspricht es, dass in der strafverfahrensrechtlichen Diskussion *Rogall*¹⁷⁷ und zuletzt *Greco*¹⁷⁸ über die Einführung von Schadensersatzpflichten bei rechtswidriger Beweisverwertung nachgedacht haben.

1. Anspruch betreffend das Ermittlungsverfahren

Betreffend das Verhalten der Staatsanwaltschaft als Ermittlungsbehörde kann ein solcher Schadensersatzanspruch nach § 839 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 34 S. 1 GG bestehen. Denn in der Wahrung grundrechtlicher Positionen liegt eine drittgerichtete Amtspflicht, deren verschuldete Verletzung durch eine rechtswidrige Beweisverwertung den Tatbestand des Amtshaftungsanspruchs erfüllt. Besteht ein Beurteilungsspielraum, zieht sich die Rechtsprechung allerdings auf eine Vertretbarkeitsprüfung des staatsanwaltschaftlichen Handelns zurück¹⁷⁹. Die richterliche Anordnung einer Ermittlungsmaßnahme kraft eines Richtervorbehalts steht einer Haftung nicht entgegen. Denn mit einer Weisung, die die Amtspflichtwidrigkeit des Handelns des Angewiesenen auch bei objektiver Rechtswidrigkeit entfallen lässt¹⁸⁰, ist die Ermittlungsanordnung insofern nicht vergleichbar, als die Beantra-

176 BVerfG JZ 2021, 142 Rdn. 25.

177 *Rogall*, JZ 2008, 818, 829.

178 *Greco*, Festschrift für Rogall, S. 485, 514 f.

179 Vgl. etwa BGHZ 213, 200 Rdn. 14; BGH NJW 2003, 3693, 3694; NJW 2019, 227, 228; OLG Saarbrücken NJW-RR 2019, 1112, 1114; *Wöstmann*, in: Staudinger, BGB, Bearb. 2013, § 839 Rdn. 329; krit. *Ziehm*, NJW 2017, 1276 ff.

gung und die Durchführung der Beweiserhebung in eigener Verantwortung der Staatsanwaltschaft erfolgen und die Erhebung auch nach der Anordnung in deren Ermessen steht¹⁸¹.

Schwierigkeiten bestehen im Hinblick auf die Bestimmung der Rechtsfolge. Dem deutschen Amtshaftungsanspruch liegt ein – aus vorkonstitutioneller Zeit stammender – Haftungsanspruch gegenüber Beamten zugrunde (§ 839 Abs. 1 BGB), der auf die das Amt anvertrauende Körperschaft verlagert (Art. 34 S. 1 GG) und damit zur indirekten Staatshaftung wird. Da dem primär verpflichteten Beamten die Naturalrestitution unmöglich ist, dient diese Überleitungskonstruktion der ständigen, obgleich nicht unumstrittenen Rechtsprechung als Begründung, dass der Anspruch gem. § 251 Abs. 1 BGB stets auf Geldersatz gerichtet ist¹⁸². Ein geldwerter Schaden kann dabei etwa aus der Nicht-Verfügbarkeit beschlagnahmter Gegenstände resultieren. Die Rechtsprechung hat zudem in anderen Konstellationen bei Eingriffen in das Recht auf ein rechtsstaatlich faires Verfahren¹⁸³ und bei schwerwiegenden Eingriffen in das allgemeine Persönlichkeitsrecht, etwa bei sachlich falschen Äußerungen eines Pressesprechers der Staatsanwaltschaft, über § 253 Abs. 1 BGB hinausgehend einen Anspruch auf Geldentschädigung angenommen, weil die Verletzung sonst „sanktionslos“ bleiben und der „Persönlichkeitsrechtsschutz gewissermaßen leerlaufen würde“¹⁸⁴. Dieser Gedanke lässt sich auf die hiesige Konstellation einer rechtswidrigen Beeinträchtigung grundrechtlich geschützter Positionen im Ermittlungsverfahren übertragen¹⁸⁵. Neben¹⁸⁶ den Amtshaftungsanspruch tritt zudem der maßgeblich vom EuGH entwickelte¹⁸⁷ uni-

180 Vgl. – zur Weisung im Einzelfall – nur BGHZ 205, 63 Rdn. 18; 223, 72 Rdn. 23; BGH NVwZ-RR 2009, 363, 363 f.; *Wöstmann*, in: Staudinger, BGB, Bearb. 2013, § 839 Rdn. 66.

181 BGH NJW 2003, 3693, 3695; zust. *Gusy*, JZ 2004, 459, 459 f.

182 Vgl. nur BGHZ 121, 367, 374; *Breuer*, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 183; *Grzeszick*, in: Ehlers/Pünder (Anm. 22), § 44 Rdn. 42; *Maurer/Waldhoff*, Verwaltungsrecht (Anm. 21), § 26 Rdn. 47; a. A. *Hartmann/Tieben*, JA 2014, 401, 406; *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 34 Rdn. 75.

183 Vgl. LG Wiesbaden NJW 2015, 2975 Rdn. 125 ff.

184 LG Wiesbaden NJW 2015, 2975 Rdn. 97.

185 Für einen Schmerzensgeldanspruch wegen eines Eingriffs in das allg. Persönlichkeitsrecht durch rechtswidrige Abhörmaßnahmen auch LG Freiburg Urt. v. 19.4.2001, 1 O 332/99; gebilligt durch BGH NJW 2003, 3693, 3697.

186 BGHZ 134, 30, 33 ff.; 205, 63 Rdn. 23 ff.; *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht (Anm. 19), S. 628 f.; *Wieland*, in: Dreier, GG, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 34 Rdn. 27; für eine Einordnung als unionsrechtliche Modifikation des deutschen Amtshaftungsanspruchs hingegen *Papier/Shirvani*, in: Münchener Kommentar BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 839 Rdn. 159; *Gurlit*, in: von Münch/Kunig, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 34 Rdn. 18.

187 Ausgehend von EuGH, C-6/90, ECLI:EU:C:1991:428 – *Francovich*.

onsrechtliche Staatshaftungsanspruch, der bei der Verletzung dritgerichteter unionsrechtlicher Bestimmungen durch mitgliedstaatliche Stellen eine unmittelbare Staatshaftung vorsieht. Im Unterschied zum Amtshaftungsanspruch ist ein Verschulden des Amtswalters dabei nicht konstitutiv, es findet aber im Erfordernis einer „hinreichenden Qualifikation“¹⁸⁸ der Pflichtverletzung Berücksichtigung. Die Bedeutung dieses Anspruchs dürfte indes gering sein, denn eine unionsrechtliche (Über-)Formung im Strafverfahrensrecht besteht bisher nur in geringem Ausmaß¹⁸⁹. Beide Ansprüche sind ferner durch den Vorrang des Primärrechtsschutzes (§ 839 Abs. 3 BGB)¹⁹⁰ beschränkt.

2. Anspruch betreffend das Hauptverfahren

Im Hinblick auf einen Amtshaftungsanspruch betreffend das Verhalten des erkennenden Gerichts im Hauptverfahren ist das Spruchrichterprivileg des § 839 Abs. 2 S. 1 BGB zu berücksichtigen. Zweck der Haftungsprivilegierung ist dabei zuvörderst, die Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen nicht zu gefährden bzw. zu unterlaufen¹⁹¹. In der Rechtsprechung¹⁹² wird dabei unter Berufung auf den Wortlaut („bei dem Urteil“, nicht „durch das Urteil“) das Privileg auch auf amtspflichtwidrige Maßnahmen erstreckt, die auf die Schaffung der Grundlagen für

188 Zu diesem Erfordernis EuGH, C-46/93 u. a., ECLI:EU:C:1996:79 Rdn. 56 – Brasserie du pêcheur u. a.; C-283/94 u. a., ECLI:EU:C:1996:387 Rdn. 50 – Denkavit u. a.; C-118/00, ECLI:EU:C:2001:368 Rdn. 39 – Larsy.

189 Übersichten bei Kühne, in: Löwe/Rosenberg, StPO, Bd. 1, 27. Aufl. 2016, Einl. D Rdn. 35 ff.; Kuhli, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts, Bd. 7, 2020, § 7 Rdn. 45 ff. Die für die hier dargestellte Thematik relevante Richtlinie (EU) 2016/680 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung [...], ABl L 119/89, wurde in (§ 500 Abs. 1 StPO i. V. m.) §§ 45 ff. BDSG umgesetzt. Krit. und für eine unionsrechtliche Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung zur Einwilligung in die Datenverarbeitung im Strafverfahren Anders, JZ 2022, 397, 399 ff.

190 Für den unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch auch BGHZ 156, 294, 297 f.; 181, 199 Rdn. 23; Dörr/Lenz, Europäischer Verwaltungsrechtsschutz, 2. Aufl. 2019, Rdn. 608.

191 Vinke, in: Soergel, BGB, Bd. 12, 13. Aufl. 2005, § 839 Rdn. 213; Zantis, Das Richterspruchprivileg in nationaler und gemeinschaftsrechtlicher Hinsicht, 2010, S. 27 ff.; Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht (Anm. 19), S. 102; Papier/Shirvani, in: MüKo/BGB (Anm. 186), § 839 Rdn. 382; Dörr, in: BeckOGK BGB, § 839 Rdn. 652 (Stand: 2022).

192 BGHZ 50, 14, 16 f.; 187, 286 Rdn. 13; zust. BVerfG NJW 2013, 3630, 3632; krit. Breuer, Staatshaftung (Anm. 182), S. 243 ff.

die Entscheidung durch ein Urteil gerichtet sind. Insbesondere sind damit Rechtsverstöße im Verfahren von der Privilegierung erfasst, die erst im Zusammenhang mit dem Urteil zu einem Eingriff in die Rechtssphäre des Betroffenen führen¹⁹³. Demgegenüber sind angesichts des Zwecks des § 839 Abs. 2 S. 1 BGB prozessuale Handlungen in Gestalt der Beweiseinbringung und -verwertung dem Privileg nicht zu unterstellen, soweit sie eine eigenständige Rechtsverletzung des Angeklagten oder eines Dritten darstellen und in einem Haftungsprozess ihre isolierte Würdigung möglich ist, ohne dass durch eine „Quasi-Revision“ des abschließenden Urteils Rechtskraft und Rechtsfrieden in Frage gestellt werden¹⁹⁴. Vor dem Hintergrund der besonderen Bedeutung der Unabhängigkeit von Richtern (Art. 97 Abs. 1 GG)¹⁹⁵ sind allerdings mit der Rechtsprechung erhöhte Anforderungen an die Evidenz der Rechtswidrigkeit zu stellen¹⁹⁶. Zu beachten ist ferner der Vorrang des Primärrechtsschutzes (§ 839 Abs. 3 BGB), der – sofern möglich – durch Widerspruch gegen die Beweiserhebung/-verwertung ins Werk zu setzen ist¹⁹⁷. Der Bundesgerichtshof hat demgegenüber eine andere Möglichkeit für eine Schadensersatzgewährung bei rechtswidriger Beweisverwertung angedacht, indem er ausgeführt, letztlich aber offen gelassen hat, ob für rechtswidrige Beeinträchtigungen subjektiver Rechte „geringerer Schwere“ im strafgerichtlichen Verfahren eine finanzielle Entschädigung „in analoger Anwendung des Gesetzes über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen oder durch Kostennachlass, etwa analog § 465 Abs. 2 StPO“¹⁹⁸ möglich ist.

Die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs im Wege der Amtshaftungsklage bezüglich einer auf einem Verfahrensverstoß beruhenden, strafge-

193 BGHZ 10, 55, 62; *Wöstmann*, in: Staudinger, BGB, Bearb. 2013, § 839 Rdn. 329.

194 Vgl. *Vinke*, in: Soergel (Anm. 191), § 839 Rdn. 214; *Papier/Shirvani*, in: MüKo/BGB (Anm. 186), § 839 Rdn. 387; jeweils unter Ablehnung von BGHZ 50, 14, 16f., wo der BGH unter Berufung auf § 839 Abs. 2 S. 1 BGB den Haftungsanspruch eines am Prozess unbeteiligten *Dritten* wegen Verletzung eines in sein Persönlichkeitsrecht eingreifenden BKA-Berichts ablehnte.

195 Als Hauptzweck des § 839 Abs. 2 S. 1 BGB verortet dies – anders als hier – *Grunsky*, Festschrift für Raiser, 1974, S. 141, 151 ff.; diff. *Blomeyer*, Schadensersatzansprüche des im Prozeß Unterlegenen wegen Fehlverhaltens Dritter, 1972, S. 92 ff.; eine „untergeordnete Rolle“ misst der Unabhängigkeit *Kluth*, in: Wolff/Bachof/Stober/ders., Verwaltungsrecht, Bd. II, 7. Aufl. 2010, § 67 Rdn. 122, bei. Angesichts der Haftungsüberleitung durch Art. 34 GG krit.-abl. *Breuer*, Staatshaftung (Anm. 182), S. 174 ff.

196 Vgl. BGHZ 155, 306, 309 f.; 187, 286 Rdn. 14; OLG Frankfurt NJW 2001, 3270, 3271; OLG Stuttgart NZI 2008, 102, 103. Krit. dazu *Breuer*, Staatshaftung (Anm. 182), S. 241 ff.

197 Der Begriff des Rechtsmittels i. S. d. § 839 Abs. 3 BGB ist weit zu verstehen und umfasst auch formlose Rechtsbehelfe, solange sie geeignet sind, den Schadenseintritt abzuwenden, vgl. BVerwGE 162, 253 Rdn. 26.

198 BGHSt. 52, 48 Rdn. 30.

richtlichen *Verurteilung* und den daraus unmittelbar resultierenden Folgen¹⁹⁹ scheidet demgegenüber am Spruchrichterprivileg (§ 839 Abs. 2 S. 1 BGB). Abweichend zur deutschen Rechtslage lässt der EuGH für *letzstinstanzliche* Gerichtsentscheidungen den Einwand der Gefährdung der Rechtskraft nicht gelten²⁰⁰. Entsprechend findet für den unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch das Spruchrichterprivileg dort keine Anwendung²⁰¹. Dies öffnet Raum für eine staatliche Haftung für judikatives Unrecht durch eine Verurteilung, setzt allerdings voraus, dass – was kaum einmal der Fall sein dürfte – durch die Verurteilung in offenkundiger Weise gegen eine Vorschrift des Unionsrechts verstoßen wurde²⁰².

VII. Fazit

Der Beitrag hat aufgezeigt, dass die Anknüpfung an die öffentlich-rechtliche Dogmatik zu einer berechenbareren, konsistenteren und transparenteren Dogmatik der Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren führen kann²⁰³, die in den letzten Jahrzehnten zwar ganz erhebliche Fortschritte erfahren hat, die Charakterisierung als „bruchstückhaft“²⁰⁴ aber dennoch nicht vollends ablegen konnte. Häufig korrespondieren die Ergebnisse, das praktizierte Strafverfahrensrecht trägt den in der öffentlich-rechtlichen Dogmatik ausformulierten Anforderungen an den Grundrechtsschutz allerdings nicht vollumfänglich Rechnung. Dies mag aus umgekehrter Perspektive zugleich ein Fingerzeig sein, dass richterliche Rechtsfortbildung (hier: durch Begründung und Anerkennung eines öffentlich-rechtlichen Unterlassungs- und eines Folgenbeseitigungsanspruchs durch die Verwaltungsgerichte) zu problematischen Inkonsistenzen führen kann, sofern sie sich – naturgemäß – auf die Grenzen der spezifischen Gerichtsbarkeit beschränkt.

199 Ein entsprechendes Gedankenexperiment unternimmt *Blomeyer*, JR 1971, 142, 144 f., um für einen Gleichlauf der Zurechnungsdogmatik im Amtshaftungsrecht und bei der strafprozessualen Revision zu plädieren.

200 Vgl. EuGH, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513 Rdn. 37 ff. – Köbler; C-168/15, ECLI:EU:C:2016:602 Rdn. 36 – Tomášová.

201 *Dörr*, in: BeckOGK BGB, § 839 Rdn. 878 (Stand: 2022).

202 Vgl. EuGH, C-620/17, ECLI:EU:C:2019:630 Rdn. 41 – Hochtief Solutions.

203 Auch *Störmer*, Grundlagen (Anm. 49), S. 233.

204 *Gropp*, StV 1989, 216, 216.