

Hypothetischer Ersatzeingriff als Lauterkeitsargument

Zur Beweislast als Umgehungsschranke strafprozessualer Garantien

Von Akad. Rat a.Z. Dr. Markus Abraham, Hamburg*

Besonders im Strafprozess erfreut sich das Argument vom hypothetisch rechtmäßigen Geschehensverlauf reger Beliebtheit: selbst wenn der Ermittlungsfehler unterblieben wäre, hätte man doch ebenfalls das Beweismittel erlangt.

Anlässlich neuerer Entscheidungen zum Richtervorbehalt präsentiert der vorliegende Beitrag Ansätze, die darauf zielen, den hypothetischen Ermittlungseingriff in rechtsstaatlichen Bahnen zu halten.

Eine Rekonstruktion des Arguments vom hypothetisch rechtmäßigen Ersatzeingriff zeigt, dass es sich dabei um eine Überlegung der Lauterkeit handelt. Ausgehend von dieser Analyse entwickelt der Beitrag einen vermittelnden Vorschlag, der der Plausibilität des Arguments Rechnung trägt, seine Anwendung aber gleichzeitig an Voraussetzungen der Beweislast knüpft. Der Vorschlag wird abschließend auf praktische Szenarien angewendet.

Especially in criminal procedural law, the argument of hypothetically lawful course of events enjoys great popularity. "Even if the error of investigation had not occurred, the evidence would have been obtained." After presenting recent decisions, which are concerned with this thought with regard to the requirement of judicial approval of investigative measures, the article examines approaches that try to keep the hypothetical consideration within the rule of law.

A reconstruction of the hypothetical argument shows that it constitutes an argument of integrity. Based on this analysis, the article proposes a mediating approach, which takes into account the strength of the argument, but at the same time clearly limits its scope by tying it to preconditions of the burden of proof. Finally, the proposal is applied to practical scenarios.

I. Denken in irrealen Hypothesen – Tücke und Tu-quoque

Gerade im Strafrecht hantieren wir laufend mit kontrafaktischen, hypothetischen Überlegungen: Wenn wir den Messerstich hinwegdächten, wäre der Tod in seiner konkreten Gestalt auch dann eingetreten? Wie wäre es, wenn der Lastwagenfahrer den vorgeschriebenen Mindestabstand eingehalten hätte: wäre die Radfahrerin selbst dann unter die Räder gekommen? Oder aber: Wenn die Ärztin den Patienten vollumfassend über die Risiken des Eingriffs aufgeklärt hätte, hätte dieser dann nicht in die Operation mit Sicherheit eingewilligt?

Dieses Denken in Hypothesen geschieht im Modus des Irrealis der Vergangenheit. Wir unterstellen irrealer Ereignisse als gegeben und überlegen, welche Konklusionen aus diesen irrealen Prämissen zu folgern wären. Sind die Folgen identisch mit denjenigen, die aus den Prämissen der realen Ereignisse resultierten, dann kann es – so das „hypothetische Argument“¹ – doch nicht darauf ankommen, ob nun der reale

oder aber der unterstellte Akt vollzogen wurde: Die gegenwärtige Lage wäre ja ohnehin eingetreten. Also: Ob du nun den Sicherheitsabstand eingehalten hättest oder nicht, es wäre auf dasselbe hinausgelaufen, nämlich darauf, dass die Radfahrerin unter die Räder gekommen ist.

Die Überlegung des hypothetischen Arguments lässt sich wie folgt formalisieren. P sei ein vergangenes Ereignis, und zwar entweder ein reales oder ein hypothetisches. K sei der Zustand der Welt. Es gilt: Wenn erstens entweder das reale oder das hypothetische Ereignis eintritt, wenn zweitens das reale Ereignis den Weltzustand K zur Folge hätte, und wenn drittens auch das hypothetische Ereignis den Weltzustand K zur Folge hätte, dann trifft der Weltzustand K zu – und zwar unabhängig davon ob P real oder nur hypothetisch der Fall ist.²

Was bedeutet das hypothetische Argument rechtspraktisch? Wäre das schädigende Ereignis, also etwa das Unterdie-Räder-Kommen, auch bei einem rechtmäßigen Alternativverhalten eingetreten, so bewirkt das hypothetische Argument den Schutz des Beschuldigten, indem es die Zurechnung des Erfolges zu seiner Verantwortungssphäre unterbindet. Allerdings kann das kontrafaktische Hypothesieren für den Beschuldigten auch nachteilig ausgehen, etwa: „Gleich wie die Ermittlungsbehörden vorgegangen wären, ob rechtmäßig oder rechtswidrig, sie hätten die Beweismittel ohnehin erlangt.“ In derartigen Fällen führt die irrealer Hypothese dazu, dass die Rechtswidrigkeit der Ermittlung deswegen unbeachtlich wird, weil auch der rechtmäßige Weg zur gegenwärtigen Beweislage geführt hätte.³

¹ Mit dem „hypothetischen Argument“ meine ich hier und im Folgenden die argumentative Heranziehung hypothetischer Geschehensabläufe.

² Oder nach den Regeln der formalen Aussagenlogik:

1	(1) P (real) V P (hypoth.)	Annahme
2	(2) P (real) → K	Annahme
3	(3) P (hypoth.) → K	Annahme
1,2,3	(4) K	1,2,3 <i>vel</i> -Beseitigung

Die Pointe daran ist, dass die Aussage „K“ unter den getroffenen Annahmen zutrifft, und zwar ganz unabhängig von der Frage, ob nun „P (real)“ der Fall ist oder ob „P (hypoth.)“ der Fall ist. Denn die drei Annahmen, von denen „K“ abhängt, beziehen sich allesamt nicht auf den tatsächlichen Eintritt eines Ereignisses, sondern behaupten lediglich Zusammenhänge. Mit der *vel*-Beseitigungsregel wird freilich eine Regel eines logischen Kalküls angewandt, dessen Überzeugungskraft vorausgesetzt wird – das Kalkül ist allerdings unumstritten, s. nur *Lehmann*, *Beginning Logic*, 1978 (mit komplexeren Anwendungsbeispielen der Regel bei S. 22 ff.).

³ Siehe zu einer Parallelisierung der Kriterien der objektiven Zurechnung mit unselbständigen Beweisverboten (hinsichtlich der Argumentationslast) *Kudlich*, in: *Zöller/Hilger/Küper*/

* Der Verf. ist Habilitand am Lehrstuhl für Rechtsphilosophie und Strafrecht (Prof. Dr. Jochen Bung), Universität Hamburg.

So wie die schützende Variante hypothetischen Denkens großmütig anmutet, so haftet der belastenden Variante intuitiv etwas Tückisches an.⁴ Die Bereinigung eines Ermittlungsfehlers durch eine rein „gedankliche Operation“⁵ erweckt den Eindruck, die Verfahrensvorschriften seien für die ohnehin strukturell überlegenen Strafverfolger lediglich als Appelle zu verstehen. Das fehlerhafte Vorgehen als hypothetisch rechtmäßig auszuweisen scheint damit allein Frage gesetzgeberischer Kunst zu sein: Denn solange das Gesetz nur genügend Ermittlungsbefugnisse eröffnet, lässt sich retrospektiv nahezu jedes Beweismittel hypothetisch rechtmäßig erlangen.

Dieser erste Eindruck staatlicher Tücke setzt grundlegend an, stellt nämlich die Legitimität wie auch die Effektivität staatlichen Strafens in Frage. Besonders pointiert findet sich dieser Zusammenhang bei *Nietzsche*:

„Unterschätzen wir nämlich nicht, inwiefern der Verbrecher gerade durch den Anblick der gerichtlichen und vollziehenden Prozeduren selbst verhindert wird, seine That, die Art seiner Handlung, *an sich* als verwerflich zu empfinden: denn er sieht genau die gleiche Art von Handlungen im Dienst der Gerechtigkeit verübt und dann gut geheissen, mit gutem Gewissen verübt: also Spionage, Überlistung, Bestechung, Fallenstellen, die ganze knifflige und durchtriebene Polizisten- und Anklägerkunst, [...] – Alles somit von seinen Richtern keineswegs *an sich* verworfen und verurtheilte Handlungen, sondern nur in einer gewissen Hinsicht und Nutzenanwendung.“⁶

Nietzsche freilich freut die Abhärtung und Distanzierung, die der Strafvorgang bei der verurteilten Person auslöst. Denn die Institution, die Schuldgefühl und schlechtes Gewissen in ihr erwecken soll, erreicht genau das Gegenteil: Durch die Tu-quoque-Empfindung härtet die Strafe den Verbrecher ab. Der Staat scheint um keinen Deut besser, sondern bedient sich offenbar derselben Gaunereien. Die Entwicklung des schlechten Gewissens, das bei *Nietzsche* negativ konnotiert für die zu überwindende internalisierte Triebunterdrückung steht, ist demzufolge durch das Institut des staatlichen Strafens nicht befördert, sondern vielmehr aufgehalten worden.⁷

Roxin (Hrsg.), Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension, Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013, 2013, S. 995.

⁴ Grundlegende Bedenken äußert *Jahn*, der die Figur als unzulässige Analogie zu Lasten des Beschuldigten betrachtet und für eine (über §§ 161 Abs. 2, 477 Abs. 2 S. 2 StPO hinausgehende) gesetzgeberische Kodifikation strenge Anforderungen, die sich aus dem verfassungsrechtlichen Prinzip der Erforderlichkeit ergeben, anmahnt, siehe *Jahn*, Gutachten C für den 67. Deutschen Juristentag 2008, 2008, C S. 77 f. Kritisch dazu *Rogall*, JZ 2008, 818 (825 f.).

⁵ *Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozess, 1977, S. 82 (der für eine hypothetische Wiederholbarkeitsprüfung eintritt, S. 84). An diese Charakterisierung erinnert *Rogall*, NStZ 1988, 385 (387).

⁶ *Nietzsche*, in: Colli/Montinari (Hrsg.), Kritische Studienausgabe, Bd. 5, 11. Aufl. 2010, S. 319 f. (*Hervorhebungen* im Original).

⁷ *Nietzsche* (Fn. 6), S. 318 ff.

Auch wenn man *Nietzsches* angesteuertem Vorschlag, nämlich aus dem Spiel der sanktionalen Verantwortungszuschreibung vollständig auszusteigen, bis auf weiteres nicht folgen sollte,⁸ so überzeugt doch seine Analyse in der Tendenz: Zielt die Strafverfolgung darauf, ein Urteil sozial-ethischer Missbilligung auszusprechen, so darf sie doch nicht den nachvollziehbaren Eindruck erzeugen, sich ebenso verwerflicher Methoden zu bedienen wie die verbrecherisch handelnde Person.⁹

Im Folgenden möchte ich ausgehend von neueren Entscheidungen zum Richtervorbehalt (II.) Ansätze nachzeichnen, mit denen der hypothetische Ersatzeingriff in rechtsstaatlichen Bahnen gehalten werden soll (III.). Die Rekonstruktion der Figur des hypothetischen Ersatzeingriffs als Argument der Lauterkeit (IV.) bringt mich anschließend zu einem eigenen Vorschlag (V.), den ich sodann auf verschiedene Szenarien anwende (VI.).

II. Aktuelle Entscheidungen zum Richtervorbehalt

Besonders virulent¹⁰ wird die die Frage des hypothetischen Ersatzeingriffs¹¹, wenn die Zuständigkeit des Richters ausgehebelt wird, indem dessen fehlende Durchsuchungsanordnung durch spätere hypothetische Überlegung ersetzt wird. Die Frage, auf die ich mich im Folgenden konzentriere, wengleich die Überlegungen auf andere Ermittlungsfehler übertragbar sind, lautet also: Genügt es für Verwertung eines Beweismittels, dass ein richterlicher Durchsuchungsbeschluss erlassen worden wäre?¹² Zu dieser Frage lässt derselbe *Strafsenat* des Bundesgerichtshofs unterschiedliche Tendenzen erkennen.

So erteilte der 2. *Senat* des Bundesgerichtshofs der Figur des hypothetischen Ersatzeingriffs eine Absage, indem er im

⁸ Siehe *Abraham*, Sanktion, Norm, Vertrauen, 2018, S. 175 Fn. 18 und S. 204 ff.

⁹ Das gilt nicht nur für den prozessualen Strafnachweis, sondern auch für die materielle Strafe.

¹⁰ Vgl. zu einem Überblick über die Berücksichtigung hypothetischer Ermittlungsverläufe generell *Jahn/Dallmeyer*, NStZ 2005, 297.

¹¹ Mangels Entwicklung von Grundsätzen die Figur des hypothetischen Ersatzeingriffs insgesamt ablehnend *Fezer*, NStZ 2003, 625 (629); dem zustimmend *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2015, Rn. 909.1; *Gercke*, in: Gercke/Julius/Temming/Zöller (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl. 2019, Vor § 94 Rn. 32 (fehlende „dogmatische Berechtigung“) m.w.N.

¹² Guter Überblick über die vertretenen Positionen bei *Park*, Durchsuchung und Beschlagnahme, 4. Aufl. 2018, Rn. 389 ff. Den hypothetischen Ersatzeingriff bei Verkenntung des Richtervorbehalts ablehnend *Hauschild*, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar Strafprozessordnung, Bd. 1, 2014, § 105 Rn. 39 m.w.N., wobei bei geringfügigen Verstößen gegen den Richtervorbehalt nicht ohne weiteres ein Beweisverwertungsverbot folgen soll (Rn. 37).

Szenario des vorbefassten Ermittlungsrichters¹³ den Richtervorbehalt stärkte: Dort (Fall 1) hatte die ehemalige Lebensgefährtin des Angeklagten die Polizei über einen hinter der Küchenleiste versteckten Koffer informiert – diesen herbeizuschaffen hatte der Angeklagte aus der Untersuchungshaft von ihr erbeten. Nachdem der Richter des Bereitschaftsdienstes den Erlass eines Durchsuchungsbeschlusses mangels Vorlage der Akte abgelehnt hatte, ordnete die Staatsanwältin die (wiederholte) Wohnungsdurchsuchung an. Der *Senat* bejaht hier ein Beweisverwertungsverbot bezüglich des Kofferinhalts – einem hypothetisch rechtmäßigen Ermittlungsverlauf könne hier keine Bedeutung zukommen.¹⁴

Nicht nur die bereits in der Erstfassung der Strafprozessordnung verankerte Schutzwürdigkeit der Wohnung streitet für eine solche Stärkung des Richtervorbehalts. Auch dessen verfassungsrechtlich verankerte Bedeutung, die sich daraus ergibt, dass dem Betroffenen bei derartigen Ermittlungsmaßnahmen präventiver Rechtsschutz unmöglich ist, spricht dafür, von der Rechtswidrigkeit der Maßnahme auf ein Beweisverwertungsverbot zu schließen. Denn es ist gerade die Funktion des Ermittlungsrichters – gewissermaßen angestoßen durch das mutmaßliche Interesse des Betroffenen – als neutrale Instanz sicherzustellen, dass der Grundrechtseingriff klar definiert, messbar und kontrollierbar bleibt.¹⁵ Dass die Strafverfolgungsbehörden im Eilfall über die Voraussetzungen ihrer Zuständigkeit selbst entscheiden, ist nach verfassungsgerichtlicher Einschätzung zwar unausweichlich, erfordert im Gegenzug jedoch besondere Vorkehrungen: Die im Eilfall zulässige Selbstbescheinigung von Zuständigkeit muss unbeschränkt gerichtlich überprüfbar sein,¹⁶ wodurch sich Dokumentations- und Begründungspflichten ergeben, ex Art. 19 Abs. 4 GG.¹⁷ Insbesondere wird gezieltes Kompetenz-Shopping untersagt: Die Behörden dürfen nicht einfach solange „zuarbeiten, bis die Gefahr eines Beweismittelverlustes tatsächlich eingetreten ist“.¹⁸

Diese rechtsstaatliche Funktion des Richtervorbehalts wird von der Rechtsprechung nun allerdings nicht dahingehend verstanden, dass ein Verstoß hiergegen *stets* ein Be-

weisverwertungsverbot nach sich zieht. Heilende Wirkung wurde dem hypothetischen Ersatzeingriff von eben demselben *Senat* in folgendem Fall zuerkannt (Fall 2): An einem Ort, an dem es bereits öfter zu Verstößen gegen das Betäubungsmittelgesetz gekommen war, kontrollierten Beamte ein verdächtig erscheinendes Fahrzeug. Beim Aussteigen leuchteten sie mit Taschenlampen in Richtung des Angeklagten, der sich zum Beifahrersitz wendet und dort hantiert. Als der Beamte die Papiere verlangt, flüchtet der Angeklagte, verriegelt im Laufenden das Fahrzeug und entkommt. Später versucht dessen Freundin den im Fahrzeug befindlichen Rucksack von der Verwahrstelle abzuholen. Noch in der Nacht öffnen die Beamten gewaltsam das Fahrzeug und entnehmen den Rucksack, in dem sie den Entlassungsschein der Justizvollzugsanstalt mitsamt den Personaldaten des Angeklagten finden. Nach Rücksprache mit dem Staatsanwalt des Bereitschaftsdienstes wird schließlich auch die im Rucksack entdeckte Geldkassette aufgebrochen und es werden darin relevante Beweismittel gefunden. Die Durchsuchung von Fahrzeug und Rucksack sei rechtmäßig erfolgt, um die Identität des Verdächtigen festzustellen (siehe § 163b Abs. 1 S. 3 StPO). Bezüglich der Durchsuchung der Geldkassette habe der Staatsanwalt jedoch fälschlich seine Eilkompetenz nach § 105 Abs. 1 S. 2 StPO angenommen. Jedoch scheide, so der 2. *Senat* hier, ein Beweisverwertungsverbot dennoch aus, da die hypothetisch rechtmäßige Beweiserlangung möglich erscheint.¹⁹

III. Ansätze zur Begrenzung des hypothetischen Ersatzeingriffs

Während der zweite Fall zeigt, dass die Nichtbeachtung des Richtervorbehalts nicht stets zu einem Beweisverwertungsverbot führen soll, belegt der erste Fall die Absicht der Rechtsprechung, die heilende Wirkung des hypothetischen Ersatzeingriffs nicht voraussetzungslos anzuerkennen. Das erscheint nur folgerichtig, könnte doch bei geschickter Unterlegung hypothetischer Prämissen so gut wie jede Konklusion gefolgert werden – und das gilt umso mehr, je weiter man sich realitätsgenötigt der probabilistischen Logik anvertraut: Würde man diesen Ermittlungseingriff hinwegdenken, ist es dennoch nicht unwahrscheinlich, dass man das Beweismittel ohnehin erlangt hätte.²⁰ Wie lässt sich also das „hegemoniale“²¹ Potential der hypothetischen Überlegung einhegen?

1. Die Formel von der Gleichgewichtigkeit

Eine Strategie, um den Wirkungsbereich des hypothetischen Ersatzeingriffs zu begrenzen, findet sich in der Rechtsprechung des 2., 3. und 5. *Strafsenates*: Zwar sei dem Strafprozess, der auf Ermittlung der materiellen Wahrheit zielt, so die klassi-

¹³ Siehe zum vorbefassten Ermittlungsrichter bereits die Analyse von BVerfG, Beschl. v. 16.6.2015 – 2 BvR 2718/10, bei *Jahn*, JuS 2015, 1135.

¹⁴ BGH, Urt. v. 6.10.2016 – 2 StR 46/15 = BGHSt 61, 266 (276) = NSTZ 2017, 367 m. Anm. *Basdorf*. Vgl. zur vom *Senat* (hier abgelehnten) Frage nach der Erforderlichkeit eines Widerspruchs *Kudlich*, JA 2017, 390 (392 f.). Kritisch zur Ablehnung des Widerspruchserfordernisses die Anm. von *Basdorf*, und nachfolgend auch BGH, Urt. v. 9.5.2018 – 5 StR 17/18; *Greven*, in: Hannich (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 8. Aufl. 2019, Vor § 94 Rn. 11.

¹⁵ BVerfGE 103, 142 (151).

¹⁶ BVerfGE 103, 142 (155).

¹⁷ Dazu BVerfGE 103, 142 (160 f.).

¹⁸ BVerfGE 103, 142 (155). Siehe zur Notwendigkeit des Bereitschaftsdienstes *Beulke*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Hrsg.), *Kommentar zur Strafprozessordnung*, 4. Aufl. 2020, Einl. Rn. 316.

¹⁹ BGH, Urt. v. 17.2.2016 – 2 StR 25/15 = NSTZ 2016, 551 m. Anm. *Schneider*.

²⁰ Ein Blick auf § 214 BauGB, der Elemente des hypothetischen Heilungsgedankens enthält, zeigt wie sich ein Regime der Fehlerimmunität expansiv entwickeln kann.

²¹ Diese zutreffende Charakterisierung stammt von *Schneider*, NSTZ 2016, 552 (556).

sche Formel, eine Konstruktion fremd, die aus jedem Rechtsfehler ein Beweisverwertungsverbot folgert. Angezeigt sei ein Verbot aber „bei schwerwiegenden, bewussten oder willkürlichen Verfahrensverstößen, bei denen die grundrechtlichen Sicherungen planmäßig oder systematisch außer Acht gelassen worden sind“.²²

Liegt der Verfahrensverstoß noch unter der bezeichneten Schwelle, wird der hypothetische Ersatzeingriff innerhalb der Abwägung²³ zwischen Beschuldigten- und Strafverfolgungsinteressen als Faktor berücksichtigt.²⁴ Wird ein schwerwiegender Verstoß hingegen bejaht, kommt der hypothetischen Erlangbarkeit keine Bedeutung zu. Der Grund für die Strenge der Folge liegt in der Rechtsstaatlichkeit des Ermittlungsverfahrens begründet, welches bedinge, „dass Beweise nicht unter bewusstem Rechtsbruch oder gleichgewichtiger Rechtsmissachtung“ gewonnen werden.²⁵ Wichtig ist hierbei also, dass die Folge des Ausschlusses hypothetischer Verläufe nicht erst bei planvoller Umgehung greift, es vielmehr bereits genügen soll, dass die Rechtsverletzung dem Gewicht nach einer bewussten Umgehung gleichkommt.²⁶

²² Zurückgehend auf BVerfG, Beschl. v. 12.4.2005 – 2 BvR 1027/02 = BVerfGE 113, 29 (61), findet die Formel sich etwa bei BGHSt 61, 266 (275 f.); BGH, Beschl. v. 21.4.2016 – 2 StR 394/15 m. Anm. Jäger, JA 2016, 710.

²³ Zur Kritik an der Abwägungslösung generell *Hegmanns*, ZIS 2016, 404 (406 ff.).

²⁴ Siehe *Schneider*, NStZ 2016, 552 (554, Anm. zu BGH, Urt. v. 17.2.2016 – 2 StR 25/15); sich anschließend OLG Zweibrücken, Urt. v. 18.6.2018 – 1 OLG 2 Ss 3/18 = BeckRS 2018, 14448 = NStZ 2019, 301 (verkürzt) Rn. 12 f.

²⁵ BGHSt 51, 285 (296) = BGH, Urt. v. 18.4.2007 – 5 StR 546/06 = NJW 2007, 2269 m. Anm. *Brüning*, HRRS 2007, 250, *Roxin*, NStZ 2007, 616; *Mosbacher*, NJW 2007, 3686; BGH, Beschl. v. 30.8.2011 – 3 StR 210/11 = NStZ 2012, 104 (105); BGH, Beschl. v. 21.4.2016 – 2 StR 394/15 Rn. 16.

²⁶ Nach *Radtke*, NStZ 2017, 180 (181), nehmen die Gerichte bei der Schwerebeurteilung „eine eigene Bewertung der Zweckmäßigkeit ermittelungsbehördlichen Handelns bezogen auf die ex-ante-Situation vor“, in Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23.6.2016 – III-3 RVs 46/16 = NStZ 2017, 177. Das OLG hatte hier eine (jedenfalls) gleichgewichtige Missachtung des Richtervorbehalts angenommen, da die Polizeibeamten sehenden Auges durch Klopfen an der Wohnungstür eine Situation herbeiführten, die entweder zu einer freiwilligen Öffnung oder aber zu drohendem Beweisverlust – und somit eigener Eilkompetenz – führen musste (a.a.O., 179). Zudem nahm das OLG eine Fernwirkung des Beweisverwertungsverbotes bzgl. der bei der Durchsuchung getätigten Aussage an, da die Situation mit derjenigen zu vergleichen sei, in der Aussagen unter dem Eindruck des Vorhalts von unverwertbaren Erkenntnissen gewonnen wurde (BGHSt 32, 68). Dies lehnt *Radtke*, a.a.O., unter anderem aufgrund fehlender Darlegungen zur Auswirkung ab; dem zustimmend *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, Kommentar, 62. Aufl. 2019, § 105 Rn. 19; siehe zur Reichweite der Beweisverwertungsverbote *Roxin/Schünemann*, Straf-

Für den Einhebungsversuch der Rechtsprechung kommt es entscheidend darauf an, wie die Formel zu operationalisieren ist: Wann ist also von einer solchen, der planvollen Umgehung gleichgewichtigen Rechtsmissachtung auszugehen?²⁷ Als erste Antwort lassen sich die Subsumtions-Formulierungen der einschlägigen Entscheidungen heranziehen: So wurde eine gleichgewichtig grobe Verkenning bejaht, wenn die Anordnung der Wohnungsdurchsuchung „objektiv willkürlich“²⁸ erfolgte, die Annahmen der Ermittlungsbehörden „nicht nachzuvollziehen“ sind, deren Begründungsversuche „offensichtlich keine Verbindlichkeit beanspruchen“²⁹ oder deren Vorgehen „eine grundlegende Verkenning der Bedeutung des Richtervorbehalts“³⁰ erkennen lässt.

Weitere Erläuterung der Formel lässt sich aus der Begründung ziehen, die der Absage an den Gedanken des hypothetischen Ersatzeingriffs folgt: Würde man selbst grobe Missachtungen des Richtervorbehalts dulden, könnte auf diese Weise die gesetzliche Kompetenzregelung „stets unterlaufen werden und [...] sogar letztlich sinnlos werden“. Es entstünde gar „ein Ansporn, die Ermittlungen ohne Einschaltung des Ermittlungsrichters einfacher und möglicherweise erfolgsversprechender zu gestalten“.³¹ Die Rechtsprechung beabsichtigt demnach zu verhindern, durch die Figur des hypothetischen Ersatzeingriffs einen Anreiz für Missbrauch zu setzen. Denn, so scheint die Befürchtung zu gehen, würden die Ergebnisse fehlerhafter Ermittlungen gleich wie die Ergebnisse rechtmäßiger Ermittlungen berücksichtigt, wären – vom Berufsethos abgesehen – die Gründe dafür, den Fehler von vornherein zu vermeiden, in ihrer motivationalen Kraft reduziert.³²

Durch die Formel der „bewussten oder gleichgewichtigen Rechtsmissachtung“ gelingt es der Rechtsprechung somit, bei schweren Verfahrensfehlern den Gedanken des hypothetischen Ermittlungsverlaufs auszuschließen, ohne eine Prüfung des Missbrauchs oder der Böswilligkeit anzustellen. Im Fall des vorbefassten Ermittlungsrichters (Fall 1) gelangt der 2. Strafsenat zu einem Beweisverwertungsverbot, indem er

verfahrensrecht, 29. Aufl. 2017, § 24 Rn. 59 ff. (Fortwirkung bei Rn. 61).

²⁷ Für den Fall der Willkür verweist *Hegmann*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafprozessordnung, Stand: 1.1.2020, § 105 Rn. 29, auf die Rechtsprechung des Verfassungsgerichts, das Willkür annimmt, wenn eine offensichtlich einschlägige Norm nicht berücksichtigt oder der Inhalt in krasser Weise missdeutet wird und sich daher der Schluss aufdrängt, dass die Entscheidung auf sachfremden Erwägungen beruht (BVerfG, Beschl. v. 29.10.2015 – 2 BvR 388/13 = NStZ-RR 2016, 159, 159).

²⁸ BGHSt 51, 285 (294).

²⁹ BGH NStZ 2012, 104 (105, beide Zitate).

³⁰ BGHSt 61, 266 (276).

³¹ Siehe die Nachweise bei Fn. 25.

³² Zur Disziplinierung der Ermittlungsbehörden, die im Einklang mit dem deutschen, an der materiellen Wahrheit orientierten Strafprozess statt durch Beweisverbote eher durch effektive strafrechtliche Sanktionierung anzustreben sei, *Roxin/Schünemann* (Fn. 26), § 24 Rn. 27.

eine ebensolche gleichgewichtige Rechtsmissachtung konstatiert: Die Staatsanwältin habe die Bedeutung des Richtervorbehalts grundlegend verkannt, als sie nach der Befassung des Eilrichters in der Sache die eigene Eilkompetenz erneut aufleben ließ, obwohl sich keinerlei neue Umstände ergeben hatten. Ein nachvollziehbarer Grund, weshalb nichts unternommen wurde, um die vom Richter bedungenen Akten beizubringen, sei nicht zu erkennen.³³

Im Fall der Geldkassette (Fall 2) hingegen lehnt der *Senat* ein Beweisverwertungsverbot ab, ohne auf die dargelegte Formel auch nur hinzuweisen.³⁴ Eine hypothetisch rechtmäßige Beweiserlangung, so die Begründung, erscheine möglich, für eine bewusste Missachtung des Richtervorbehalts gebe es keine Anhaltspunkte.³⁵ Womöglich ist der Fall der Geldkassette allerdings als ausbrechende Abweichung vom Einhegungsbestreben zu verstehen. Nach der dargestellten Formel wäre zu prüfen gewesen, ob nicht, trotz des Fehlens von Indizien für eine bewusste Missachtung, von einer gleichgewichtigen Missachtung auszugehen war. Für den ausbrechenden Charakter der Entscheidung spricht darüber hinaus, dass derselbe *Senat* kurze Zeit später bei einem ähnlichen Fall in Anwendung der Formel ein Beweisverwertungsverbot bejahte:³⁶ Der Oberstaatsanwalt, so die Begründung dort, habe „noch nicht einmal den Versuch unternommen [...], an einem Werktag zu dienstüblichen Zeiten einen richterlichen Durchsuchungsbeschluss zu erlangen, zumal der Angeklagte sich in Untersuchungshaft befunden hatte“. Das Vorbringen, er habe nicht gewusst, dass die Tat bereits zehn Tage zurücklag, ändere daran nichts – und sei ohnehin der Verantwortungssphäre der Ermittlungsbehörden zuzurechnen. Es handle sich daher um einen schwerwiegenden Verstoß.³⁷

Wengleich sich der Fall der Geldkassette demnach als ausbrechende Entscheidung interpretieren ließe, erscheint es auch denkbar, dass dort die erforderliche Schwere des Verstoßes implizit verneint wurde, möglicherweise erst im Lichte der festgestellten Höchstwahrscheinlichkeit³⁸ eines erfolgreichen hypothetischen Vorgehens.

Man kann die Formel der Rechtsprechung auf Grund dieser und ähnlicher Unklarheiten, die sich bei ihrer Anwendung

ergeben, als allzu „weiche Formulierung“³⁹ kritisieren: Wann erfüllt eine nicht-bewusste Missachtung das Kriterium der Gleichgewichtigkeit? Welche Rolle spielen Irrtums-Vorbringen seitens der Strafverfolgungsbehörden?⁴⁰ Man mag auch fragen, warum die Schwere des Verstoßes, ob nun bewusst oder gleichgewichtig, darüber entscheiden sollte, ob überhaupt in die Abwägung über ein Beweisverwertungsverbot eingetreten werden darf – und nicht etwa der Schutzzweck der verletzen Norm. Denn dort im Schutzzweck, so ließe sich mit *Beulke* vorbringen, scheint die gesetzgeberische Entscheidung auf, wann eine Abwägung über die Verwertung von vornherein unterbleiben muss.⁴¹

2. Informationelles Handlungsunrecht

Eine andere Kritik der Formel „bewusster oder gleichgewichtiger Rechtsmissachtung“ setzt bei der Parallelität der Fehlerfolge an, also daran, planvolle Umgehung und gleichgewichtige Verstöße gleichermaßen als eine Interessensabwägung ausschließend, und damit als der Rettung durch hypothetische Überlegungen unzugänglich zu behandeln. Die Sorten von Verstößen, so *Schneider*, seien vielmehr analog zur Differenz von Vorsatz und Fahrlässigkeit zu bewerten, sodass sich eine Gleichsetzung verbiete.⁴² Auch bei grob fehlerhaften, quasi-fahrlässigen Formalverstößen sei daher in eine Abwägung einzutreten, die tendenziell zugunsten der Berücksichtigung

³⁹ So *Mosbacher*, der die aus der Formel der „gleichgewichtig grobe[n] Verkennung“ resultierende Rechtsunsicherheit bemängelt, die sich noch dazu daraus ergebe, dass das Gewicht des Rechtsfehlers aus einer Gesamtschau einzelner Ermittlungshandlungen geschlossen wird, *Mosbacher*, NJW 2007, 3686 (3687).

⁴⁰ Nach *Brunns*, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung (Fn. 14), § 105 Rn. 22, begründet die irrtümliche Annahme von Gefahr im Verzug kein Verwertungsverbot – in der dazu angeführten Stelle (BGHSt 51, 285 [293]) wird allerdings lediglich ausgeführt, dass es „nicht tragbar wäre“, würde man „bei jeglichem Irrtum“ der Strafverfolgungsbehörden ein Verwertungsverbot annehmen. Bei BGH, Beschl. v. 21.4.2016 – 2 StR 394/15, wird der Aspekt, dass dem Oberstaatsanwalt „nicht bewusst gewesen sei, dass die den Ermittlungen zu Grunde liegende Straftat bereits zehn Tage zurücklag“ als den Ermittlungsbehörden zurechenbare Fehlvorstellung bewertet, wobei allerdings für die Bejahung eines schwerwiegenden Verstoßes noch weitere Überlegungen angeführt werden (a.a.O., Rn. 15). Auch bei irrtümlicher Annahme von Gefahr in Verzug für ein allgemeines Verwertungsverbot *Tsambikakis*, in: Erb/Esser/Franke/Graalmann-Scheerer/Hilger/Ignor (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 3, 26. Aufl. 2014, § 105 Rn. 141.

⁴¹ So *Beulke*, ZStW 103 (1991), 657 (672 f.); *ders.* (Fn. 18), Einl. Rn. 284. Wenn der Schutzzweck die Korrektur durch hypothetische Überlegungen zulasse, seien lediglich rechtliche, nicht aber tatsächliche Fehler in der Vorgehensweise der Strafverfolgungsorgane korrigierbar (a.a.O.).

⁴² *Schneider*, NSTZ-Sonderheft 2009, 46 (52); vgl. auch *ders.*, NSTZ 2016, 552 (554).

³³ BGHSt 61, 266 (276). Die Akten waren mit dem Antrag auf Erlass eines Beschlagnahmebeschlusses beim Amtsgericht – die Überwindung von „organisatorischen Schwierigkeiten“ sei zur Wahrung des präventiven Rechtsschutzes angezeigt gewesen (a.a.O., 273 f.).

³⁴ Erwähnt wird lediglich, dass für eine bewusste Missachtung keine Anhaltspunkte vorliegen, BGH, Urt. v. 17.2.2016 – 2 StR 25/15 = NSTZ 2016, 551 (552).

³⁵ BGH NSTZ 2016, 551. Vgl. auch BGH NSTZ 2004, 449: Der Staatsanwalt hatte die Wohnungsdurchsuchung ohne Anrufung des Ermittlungsrichters angeordnet. Der *1. Strafsenat* sah darin keinen besonders schwerwiegenden Fehler.

³⁶ Darauf verweist auch *Schneider*, NSTZ 2016, 552 (554).

³⁷ BGH, Beschl. v. 21.4.2016 – 2 StR 394/15.

³⁸ BGH, Urt. v. 17.2.2016 – 2 StR 25/15 = NSTZ 2016, 551 (552).

hypothetisch erlangbarer Beweismittel offen sei.⁴³ Für diese verwertungsfreundliche⁴⁴ Tendenz spreche folgende versuchsdogmatische Überlegung: Durch den rechtswidrigen Ermittlungseingriff verwirklichten die Behörden zwar informationelles Handlungsunrecht. Da ihnen materiell gesehen der informationelle Anspruch auf das Ermittlungsergebnis jedoch zustehe, fehle es am entsprechenden Erfolgsunrecht. Und wie die versuchte Tat mangels Erfolgsunrechts milder als ihre Vollendung bestraft werden dürfe und dies in aller Regel auch werde, so streite das entsprechend verminderte Unrecht bei rechtswidrig gewonnenen Beweismitteln für deren Verwertung. Das aufgrund der hypothetischen Erwägungen fehlende Erfolgsunrecht „dürfte den Stellenwert des [...] Handlungsunrechts bei wertender Gesamtbetrachtung der beurteilungsrelevanten Faktoren vielfach derart absenken, dass die Annahme eines Beweisverwertungsverbots rechtsstaatlich nicht mehr ohne weiteres gerechtfertigt ist“.⁴⁵

Obgleich das Argument vom fehlenden informationellen Erfolgsunrecht einleuchtet, lässt sich daraus strenggenommen lediglich ableiten, dass die Verwertung rechtswidrig erlangter, aber hypothetisch rechtmäßig erlangbarer Beweismittel in geringerem Maße ins Unrecht setzt als es die Verwertung von solchen Beweismitteln tun würde, die nicht einmal hypothetisch rechtmäßig beschafft hätten werden können. Darüber hinaus zeigt bereits der für die Argumentation herangezogene § 23 Abs. 2 StGB, dass auch der Versuch sanktionswürdiges Unrecht hinterlässt. Es ist lediglich die Binarität der prozessualen Verwertungsfrage – verwertbar oder nicht-verwertbar –, die dazu verleitet, diesem Unterschied kategoriale Bedeutung beizumessen. Ob allerdings die Differenz im Erfolgsunrecht dazu hinreicht, um die Schwelle vom Unverwertbaren zum Verwertbaren hin überschritten zu sehen, ist damit noch nicht überzeugend dargelegt.

3. Nichtigkeitslehre

Eine weitere, dem öffentlichen Recht entlehnte Lösung zur Einhegung des hypothetischen Ersatzeingriffs wurde speziell für die Frage der Durchsuchung von *Jäger* vorgeschlagen: In Anlehnung an die Nichtigkeitslehre des Verwaltungsrechts⁴⁶ soll die Figur des hypothetischen Eingriffes immer dann unberücksichtigt bleiben, wenn die Behörde, die die Durchsuchung anordnete, absolut unzuständig war. Bei relativer Zuständigkeit soll die Heilung durch Hypothese hingegen nur ausscheiden, falls die Voraussetzungen der Eilzuständigkeit offensichtlich fehlten.⁴⁷

⁴³ Zustimmend *Hegmann* (Fn. 27), § 105 Rn. 31.

⁴⁴ Zu beachten ist allerdings der wichtige Hinweis *Schneiders*, dass – bei Anwendung seiner Systematik – die Bewertung als *bewusster* Verstoß „häufiger als bisher“ anzubringen sei (*Schneider*, NStZ-Sonderheft 2009, 46 [52 Fn. 44]).

⁴⁵ *Schneider*, NStZ-Sonderheft 2009, 46 (48 f.).

⁴⁶ Siehe allgemein zur Übertragung der verwaltungsrechtlichen Fehlerlehre auf das Strafprozessrecht *Popp*, *Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren*, 2005, S. 389 ff.

⁴⁷ *Jäger*, JA 2016, 710 (712). Diese Differenzierung kann anknüpfen an BGHSt 51, 285 (291), wo – bezugnehmend auf

Das Kriterium absoluter Unzuständigkeit markiert eine praktikable Grenze zulässigen Hypothesisierens: Dass die Ermittlungsbehörden durch die Anordnung einer völlig unzuständigen Behörde Beweismittel gewinnen, erscheint rechtsstaatlich unerträglich. Auch die Überlegung, dass bei Anordnung durch die Staatsanwaltschaft oder ihren Ermittlungspersonen die Offensichtlichkeit der Verknennung über eine Heilung entscheiden soll, ist an sich überzeugend. Offen bleibt bei diesem Vorschlag, ob damit die Offensichtlichkeit für die Anordnenden oder aber die Offensichtlichkeit für die Beobachtenden, also unter anderem die Richtenden, zu verstehen ist. Vieles spricht, so möchte ich unten darlegen, für die zweite Interpretationsmöglichkeit. Folgt man dieser Interpretationsweise, so scheint die Lösung entlang der Nichtigkeitslehre allerdings nicht berücksichtigen zu können, ob die Anordnenden einem – rechtlichen oder tatsächlichen – Irrtum unterlagen.

4. Faktoren der Wahrscheinlichkeit

Während die bisherigen Einhegungsvorschläge sich am Kriterium der Schwere des behördlichen Unrechts orientierten,⁴⁸ kommt als weitere Stellschraube der Gesichtspunkt der Wahrscheinlichkeit des hypothetischen Aktes in Betracht. Hier lassen sich geringere oder strengere Anforderungen stellen – und das gilt für mehrere Aspekte. *Jahn* hat hier drei Parameter herausgestellt, die eine Theorie des hypothetischen Ersatzeingriffs klären muss.⁴⁹

Der erste Parameter betrifft den Bezugspunkt des hypothetischen Alternativverlaufs. Was genau muss hypothetisch gelingen: Die Überführung des Beschuldigten, das Zustandekommen eines identischen Gesamtergebnisses der Beweisaufnahme oder aber die Erlangung des konkreten Beweismittels? Der zweite Aspekt berührt den Konkretisierungsgrad der Verlaufshypothese: Wie konkret muss die Hypothese gebildet werden: Abstrakt, konkret oder muss der alternative Ermittlungsweg sogar bereits angelegt gewesen sein?⁵⁰ *Kudlich* entwickelt hier in Anlehnung an Kriterien der objektiven Zurechnung, dass sich die hypothetische Erlangung eng am konkreten Einzelfall zu orientieren habe.⁵¹ Der dritte Faktor

Roxin, NStZ 1989, 376 (379) – der *absoluten* Unzuständigkeit eine erhöhte rechtsstaatliche Bedenklichkeit attestiert wird.

⁴⁸ Kritisch zum Schwerekriterium aber *Jäger*, der darauf hinweist, dass der Hypothesengedanke erst einmal unabhängig von der Schwere des Verstoßes ist, *Jäger*, JA 2016, 710, (712).

⁴⁹ *Jahn* (Fn. 4), C S. 75 ff. mit zahlreichen Nachweisen. *Jahn* sieht die Unklarheit in sämtlichen Parametern als Argument für die Unzulässigkeit. Die Figur stelle eine unzulässige Analogie zulasten des Angeklagten dar. Sollte der Gesetzgeber sich zur Normierung entscheiden, sei die jeweils strengste Variante der Ausgestaltung der Parameter vorzugswürdig.

⁵⁰ Im Sinne der dritten Variante etwa *Rogall*, NStZ 1988, 385 (392). Kritisch dazu *Pelz*, *Beweisverwertungsverbote und hypothetische Ermittlungsverläufe*, 1993, S. 154 f.

⁵¹ Er fordert dieselbe Ermittlungsart, siehe *Kudlich* (Fn. 3), S. 1006.

betrifft das Maß der Wahrscheinlichkeit:⁵² Wie wahrscheinlich muss die Erlangung des Beweismittels sein: Möglich, wahrscheinlicher als die Nichterlangung, höchstwahrscheinlich oder gar quasi-sicher? Beachtenswert ist hier die Differenzierung *Eisenbergs*, der zwischen der Frage der Tatsachen, die der Verlaufshypothesenbildung zugrunde liegen, und der Frage des Eintritts der Hypothese trennt: Die erste Frage fordere Sicherheit, die zweite höchste Wahrscheinlichkeit, wobei der Nachweis der Nichtursächlichkeit des Fehlers bei den Behörden liegen soll.⁵³

Diese drei Parameter – Bezugspunkt, Konkretisierungsgrad, Wahrscheinlichkeitsgrad – eignen sich dazu, die Figur des hypothetischen Ersatzeingriffs rechtsstaatlich zu begrenzen.⁵⁴ Auf der einen Seite betreffen die Parameter normative Festlegungen, deren Ausgestaltung rechtspolitisch zu diskutieren ist.⁵⁵ Auf der anderen Seite handelt es sich um epistemische Fragen, also Fragen danach, was zu wissen möglich ist. Was diese Aspekte betrifft, dürfte es attraktiv sein, wie ich hier nur andeuten kann, Überlegungen aus der Erkenntnistheorie fruchtbar zu machen: So gibt es dort bei der Frage, wie man auf die Haltung des radikalen Skeptikers reagieren kann, eine Argumentationslinie, die mit dem Modell „näherer und entfernterer Welten“ arbeitet – die näheren Welten sind der aktuellen Welt verwandter und insofern ist auch deren Existenz naheliegender.⁵⁶

Wenn ich auch die normativen und epistemischen Fragen des Wahrscheinlichkeitskriteriums an dieser Stelle nicht weiterverfolgen kann, mahnt doch deren weitgehende Offenheit zur Vorsicht bei der Heranziehung des hypothetischen Ermittlungseingriffs. So wird man wohl, das soll hier als Arbeitshypothese dienen, eben dieselbe richterliche Überzeu-

gungsgewissheit dafür verlangen müssen,⁵⁷ dass die Beweismittel auch bei rechtmäßigem, zu erwartendem Vorgehen der Ermittlungsbehörden erlangt worden wären, wie sie § 261 StPO für das Ergebnis der Beweisaufnahme fordert.⁵⁸

5. Ergebnis zu den dargestellten Lösungsvorschlägen

Neben den hohen Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des hypothetischen Ersatzeingriffs wird für dessen Zulässigkeit vor allem die Schwere des Verstoßes als relevant erachtet.⁵⁹ Ausschließlich bei planvoller Umgehung die geforderte Schwere und damit ein Verwertungsverbot anzunehmen, ist dabei nicht zwingend. Die Erweiterung des Verwertungsverbots durch die Rechtsprechung auf „gleichgewichtige Rechtsmissachtungen“ ist daher prinzipiell plausibel.⁶⁰ Die angeführten Urteile zeigen allerdings, dass die Formel der gleichgewichtigen Rechtsmissachtung zumindest der Konkretisierung bedarf.⁶¹

⁵² *Heghmanns*, ZIS 2016, 404 (411), weist darauf hin, dass der Vergleich mit den Anforderungen der Beruhensprüfung nach § 337 StPO nicht überzeugt: Im Gegensatz zur Möglichkeit der Fehlerheilung in einem neuen Verfahren nach Zurückverweisung ist die Unverwertbarkeitsentscheidung regelmäßig endgültig.

⁵³ *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Spezialkommentar, 10. Aufl. 2017, Rn. 410.

⁵⁴ Einen konkreten Anwendungsfall liefert *Schneider*, der im Fall der Geldkassette die Erlangung des Durchsuchungsbeschlusses nicht als hochwahrscheinlich, sondern für lediglich möglich hält (und insofern die hypothetische Erwägung ausschließt). Er stellt also darauf ab, ob der zuständige Ermittlungsrichter allein aus Persönlichkeit und strafbarem Vorleben sowie aus Ort und Zeit des gegebenen Geschehens geschlossen hätte, dass der Vorfall (der Flucht vor der Fahrzeugkontrolle) ausreichende Anhaltspunkte für ein BtMG-Delikt liefert, siehe *Schneider*, NStZ 2016, 552 (556).

⁵⁵ *Jahn/Dallmeyer*, NStZ 2005, 297, 303, weisen darauf hin, dass mit Blick auf die Wesentlichkeitstheorie die strafprozessualen Eingriffe in die informationelle Selbstbestimmung unbedingt klar zu regeln sind. Siehe zu dieser Beweisbefugnislehre ausführlich *Jahn* (Fn. 4), C S. 66 ff.

⁵⁶ *Pritchard*, International Journal of Philosophical Studies 10 (2002), 283 (295 ff.).

⁵⁷ *Heghmanns* möchte zur Ablehnung eines Beweisverwertungsverbot genügen lassen, dass „das Auffinden des Beweismittels bzw. ein anderweitiger Tatnachweis bei alternativem Vorgehen wahrscheinlicher als sein Nichtauffinden bzw. die Unbeweisbarkeit des Geschehens wäre“ *Heghmanns*, ZIS 2016, 404 (411). Überzeugend ist die – unter Hinweis auf *Pelz* (Fn. 50), S. 153 getroffene – Ergänzung, dass bei Unaufklärbarkeit die Beweislast die Strafverfolgungsbehörden treffe.

⁵⁸ Insbesondere hinsichtlich des zu fordernden Wahrscheinlichkeitsgrades folge ich hier *Beulke*, ZStW 103 (1991), 657, (670 f.). *Beulke* gelangt auf diesem Wege allerdings zu einer sehr restriktiven Position: Da richterliche Entscheidungen (und damit auch diejenige des Ermittlungsrichters) nie eindeutig prognostizierbar seien, könne der hypothetische Kausalverlauf den Verfahrensverstoß nur dann neutralisieren, sofern bereits alternative Ermittlungswege angelegt waren. So wären – im Fall Weimar (BGH NStZ 1989, 375 m. Anm. *Roxin*) – die bei einer rechtswidrigen Durchsuchung gefundenen kompromittierenden Kleidungsstücke dann verwertbar gewesen, wenn bereits vorher die Reinigung informiert war, sodass man die Kleidungsstücke ohnehin gefunden hätte, *Beulke*, a.a.O., 674 f.

⁵⁹ Es findet sich auch die Überlegung, die Schwere des verfolgten Delikts miteinzubeziehen. Zur Verteidigung dieser Überlegung im Rahmen der Gesamtabwägung über die Verwertung *Schneider*, NStZ 2016, 552 (555).

⁶⁰ Hingegen fragt *Wohlers*, StV 2008, 434 (440), weshalb es überhaupt relevant sein sollte, zwischen bewussten, willkürlichen und schlicht fehlerhaften Missachtungen des Richtervorbehalts zu differenzieren – betrachtet man Grundrechtsschutz durch Verfahren als dessen Funktion (a.a.O.), ist diese Kritik (sofern man auf den konkreten Einzelfall fokussiert) nur folgerichtig.

⁶¹ Der Formel zustimmend und in Bezug auf die grob rechtsfehlerhafte Annahme von Gefahr in Verzug Fallgruppen erörternd *Brüning*, HRRS 2007, 250 (253 f.). Auch *Wohlers*, StV 2008, 434 (436 ff.), erkennt durchaus eine gewisse Systematisierung in den Fallgruppen der Rechtsprechung.

Das Kriterium der Offensichtlichkeit weist insofern die richtige Richtung. Es hat nämlich den Vorzug, bei der Verwertbarkeitsentscheidung die nachträgliche, subjektive Sichtweise der Strafverfolgungsbehörden als zentrales Kriterium zu verdrängen.⁶² Das Kriterium der Offensichtlichkeit rückt die Frage ins Zentrum, wie das Vorgehen der Ermittlungsbehörden aus der Beobachterperspektive (berechtigterweise) wahrgenommen wird. Weshalb diese Perspektivenverschiebung überzeugt, dürfte klarer werden, wenn man sich die argumentative Kraft der Figur des hypothetischen Ersatzeingriffs vor Augen führt.

IV. Hypothetischer Ersatzeingriff als Argument der Lauterkeit

Was macht das Argument vom hypothetischen Ersatzeingriff zu einem attraktiven Argument und was setzt es voraus?⁶³ In den einschlägigen Fällen haben wir es mit einem Eingriffsakt zu tun, der der Genehmigung bedarf. Diese Genehmigung wurde zwar nicht eingeholt, doch wäre sie erteilt worden, so sie beantragt worden wäre. Kurz: Es handelt sich also um einen genehmigungspflichtigen und ungenehmigten, jedoch genehmigungsfähigen Akt.

Der Hypothetiker fokussiert nun die Genehmigungsfähigkeit, also die materielle Sicht, und bringt realistisch vor: „Jetzt ist es so wie es ist. Auch tadelloses Vorgehen hätte uns in den gegenwärtigen Stand versetzt.“ Die Gegenseite betont die Seite der Genehmigungspflicht und kann vorbringen, dass nicht allein die materielle Lage interessiert. Denn es fehlte gerade die Genehmigung, deren Einholung formal vorgeschrieben war.⁶⁴

Das Fehlen der Genehmigung betrachtet der Hypothetiker dagegen als *Petitesse*: Jede formale Anforderung muss einen Zweck verfolgen, der außerhalb der formalen Anforderung selbst liegt und in der Sicherung materieller Rechtspositionen besteht. Sich auf eine formale Anordnung ungeachtet der materiellen Lage zurückzuziehen, droht Rechtsförmigkeit mit Rechtsförmelerei zu verwechseln.

⁶² Kritisch diesbezüglich auch *Tsambikakis* (Fn. 40), § 105 Rn. 140 (beim Fehlen einer wirksamen Durchsuchungsanordnung).

⁶³ Vgl. zu einem Überblick über die Spielarten der Argumente bei *Rogall*, NStZ 1988, 385 (387 ff.). *Rogall* selbst kommt zu einer grundsätzlichen Befürwortung hypothetischer Ermittlungsverläufe: „Die individualschützenden Funktionen der Verwertungsverbote erscheinen in einem anderen Licht, wenn das zu schützende Gut ohnehin dem legalen staatlichen Zugriff offensteht.“ Dies gelte jedoch nicht, sofern das präventive Rechtsschutzinteresse oder das faire Verfahren betroffen sind. (a.a.O., 392). Auch *Volk/Engländer*, Grundkurs StPO, 9. Aufl. 2018, § 28 Rn. 14, halten das Argument für „prinzipiell vernünftig“.

⁶⁴ Nachdrückliches Plädoyer gegen die Herabsetzung von Verfahrensvorschriften zur bloßen Formsache bei *Ransiek*, StV 2002, 566 (567); noch weitere Nachweise bei *Park* (Fn. 12), Rn. 390. Auf die Umgehung der vom Gesetzgeber vorgeschriebenen ex-ante-Prüfung hinweisend *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 14. Aufl. 2018, Rn. 233d m.w.N.

Gewiss, so die Erwidrerung der Gegenseite, dient jede formale Anforderung besagtem Zweck. Andernfalls wäre sie schikanös und daher abzuschaffen. Doch es ist eine wesentliche Legitimationsvoraussetzung staatlicher Strafe, dass die Strafverfolgung einem genau bestimmten Verfahren folgt – und dessen Einhaltung ist es, die im Recht auf ein faires Verfahren als materielle Rechtsposition verankert ist und sich in der Genehmigungspflichtigkeit niederschlägt.⁶⁵ So lässt sich etwa der Richtervorbehalt, wie oben gesehen, als unabdingbare Voraussetzung dafür rekonstruieren, dass Strafverfolgungsmaßnahmen überhaupt kontrollierbar bleiben.⁶⁶ Wenn der Hypothetiker darüber hinaus suggeriere, dass das formfokussierte Ergebnis den billig und gerecht Denkenden vor den Kopf stößt, so würde er das Argument der Form für kleine Münze verkaufen: Die Methode rechtsförmiger Behandlung impliziert die Möglichkeit, dass rechtliche Beurteilung der Gerichte und intuitive Bewertung der übrigen Rechtsadressaten auseinanderfallen.

Dem Hypothetiker bleibt noch ein Manöver: Er wirft dem Befürworter des Verwertungsverbots vor, der Verweis auf das verletzte Verfahren sei unredlich. Zwar sei das Verfahren fehlerhaft durchgeführt und das Beweisergebnis lasse sich so darstellen, als stünde es in relevanter Beziehung zum fehlerhaften Vorgehen. Eine solche Darstellung erfasse die Situation jedoch in unangemessener Weise, denn es scheint unerhört, sich auf den Schutz materiell-rechtlicher Positionen mittels Verfahrensvorschriften zu berufen, wenn doch auch die Einhaltung der Verfahrensvorschriften mit hoher Wahrscheinlichkeit zu keinem anderen Ergebnis geführt hätte: Die Formvorschrift dient eben der Kontrollierbarkeit, nicht selbstgenügsam der Dokumentation des Fehlers. Sich also auf Verfahrensvorschriften zu berufen, die zwar Rechtspositionen schützen sollen, im konkreten Fall jedoch realiter höchstwahrscheinlich zu keiner Schutzmaßnahme geführt hätten, misrepräsentiert die Realität.⁶⁷ Sich auf ein theoretisches Gedankenspiel („vielleicht wäre die Genehmigung nicht erteilt worden“) zu berufen, so der argumentative Stachel des Hypothetikers, ignoriert die Lage, die sich nach allem Anschein ergeben hätte, betont Fernliegendes, ist unlauter.⁶⁸

⁶⁵ Vgl. etwa *Jahn/Dallmeyer*, NStZ, 2005, 297 (304), gegen das – vorläufige – Argument bei *Amelung*, NStZ 2001, 337 (341), wonach das Vorliegen der materiellen Eingriffsvoraussetzungen des Gesetzes wertungsmäßig die Beeinträchtigung des geschützten Grundrechts gestatte. Ähnlich zur Position *Amelungs* siehe *Pelz* (Fn. 50), S. 144, der mit Blick auf die informationelle Selbstbestimmung darauf abstellt, dass der Beschuldigte keinen „normativ anzuerkennenden Nachteil“ erleide.

⁶⁶ Zum materiell-rechtlichen Einschlag von Kompetenznormen siehe *Popp* (Fn. 46), S. 333.

⁶⁷ Dagegen betont *Park*, dass es die nachträgliche hypothetische Überlegung ist, die spekulativ sei und im Interesse der Rechtssicherheit und -klarheit fragwürdig erscheine, siehe *Park* (Fn. 12), Rn. 393.

⁶⁸ Die Argumentationsweise liegt insofern ähnlich zum Fall der Rügeverkümmern: Wenn das Protokoll offensichtlich

V. Anscheinwiderlegung zum Ansehenserhalt

Aus der Rekonstruktion des hypothetischen Ersatzeingriffs als Argument der Lauterkeit lässt sich nun entwickeln, wie die hegemoniale Figur handhabbar zu machen ist. Der Gedanke ist einfach: er besteht in der Überlegung, dass die Person, die bezüglich einer bestimmten Sache den Vorwurf der Unlauterkeit erhebt, jedenfalls in Bezug auf diese Sache selbst lauter sein muss.⁶⁹ Wirft der Hypothetiker der Gegenseite also vor, die Berufung auf Verfahrensfehler sei unlauter, erfordert dies, dass sie ihrerseits bezogen auf das Geschehen um den Verfahrensfehler lauter ist.⁷⁰ Im Szenario des hypothetischen Ersatzeingriffs liegt es nun so, dass sich ein Verfahrensfehler ereignete, der dem Verantwortungsbereich des Hypothetikers zuzurechnen ist, insofern geeignet ist, den Anschein der Unlauterkeit zu erwecken. Sofern der Hypothetiker nun in Bezug auf eben diesen Punkt selbst ein Argument der Lauterkeit vorbringen will, obliegt es ihm, den sich aus dem Fehler ergebenden Anschein auszuräumen.

Bei der Wiederlegung eines Anscheins handelt sich offensichtlich um eine Überlegung zur Beweislast – damit knüpft der hiesige Vorschlag an eine Überlegung von *Amelung/Mittag* an. Diese hatten darauf hingewiesen, dass bei Eingriffen ohne richterliche Präventivkontrolle die Beweislast dafür, dass die Durchsuchungsvoraussetzungen vorlagen, die Verfolgungsbehörden treffen müsse. Denn es wäre der Angeklagte, der sonst, so er sich gegen die Beweisverwertung wenden will, das Fehlen der Eingriffsvoraussetzungen zu beweisen hätte. Und das würde dem „allgemeinen Grundsatz [zuwiderlaufen], wonach die Unerweislichkeit einer Tatsache zu Lasten desjenigen geht, der aus dieser Tatsache eine für ihn günstige Rechtsfolge herleitet“.⁷¹ Augenscheinlich geht es *Amelung/Mittag* um den Nachweis der Eingriffsvoraussetzungen, dem hiesigen Vorschlag hingegen um den Nachweis,

fehlerhaft erstellt wurde, soll selbst die starke Förmlichkeit der Beweiskraft des Protokolls – zugunsten der materiellen Lage – ausgehebelt werden können. Wer in einem solchen Fall seine Revision auf den aus der Protokollierung ergebenden Verfahrensfehler stützt, muss sich gefallen lassen, dass das Protokoll nachträglich – in einer abgesicherten Prozedur – korrigiert wird und seine Rüge somit verkümmert. Auch das Argument zugunsten dieser Rügeverkümmern funktioniert als Vorwurf der Unlauterkeit.

⁶⁹ Zwar ist das kein logisch-zwingendes Argument, es ist aber auch mehr als ein einfacher Tu-quoque-Vorwurf, wie sich aus der nachfolgenden Erläuterung ergibt: „Du kannst nicht sagen, ich sei unlauter bzgl. X, wenn der Anschein gegen deine eigene Lauterkeit bzgl. X streitet.“

⁷⁰ In dieselbe Richtung geht die Überlegung von *Amelung*, der das Argument vorbringt, „dass der Staat die Legitimation zum Strafen verliert, wenn seine Repräsentanten auf einen Rechtsbruch mit einem Rechtsbruch reagieren“, siehe *Amelung*, NStZ 2001, 337 (341 f.).

⁷¹ *Amelung/Mittag*, NStZ 2005, 614 (616 f.). Zur Beweislastumkehr bei fehlender schriftlicher Darlegung der für die Durchsuchungsanordnung maßgeblichen Gründe – in Anm. zu BGH, Beschl. v. 13.1.2005 – 1 StR 531/04 – bereits *Mittag*, JR 2005, 386 (389).

dass trotz Rechtswidrigkeit des Eingriffs keine bewusste Umgehung der Eingriffsvoraussetzungen vorlag. Gemeinsam ist allerdings das Thema, nämlich die Lösung in der Beweislastverteilung zu suchen. Dadurch wird nämlich einerseits verhindert, dass den Strafverfolgungsbehörden „sachlich ungerechtfertigte Beweisvorteile zuwachsen“, andererseits wird die starre Konsequenz vermieden, aus jedem Verstoß gegen Ermittlungsbefugnisse ein Beweisverwertungsverbot zu folgern.⁷²

Die Überlegung zur Beweislast trifft sich spiegelbildlich mit einem Gedanken, der der *Nietzscheschen* Kritik vom Beginn sehr nahe kommt: Zwar ergibt sich das Prinzip der maximalen Verwertbarkeit von gefundenen Beweismitteln aus der Ausrichtung auf die materielle Wahrheit und dient so den ultimativen Zielen des Strafprozesses, nämlich Rechtsfrieden und Gerechtigkeit anzustreben. Doch wird dieses Streben geradezu vereitelt, wenn durch einen großzügigen Gebrauch von Figuren wie derjenigen des hypothetischen Ersatzeingriffs das Ansehen der Strafverfolgung als rechtsstaatliche Institution Schaden zu nehmen droht. So argumentiert der BGH mit folgender wirksamkeitsbezogener Formulierung:

„Die Sorge um einen Effektivitätsverlust wird vorliegend [...] schon deshalb relativiert, weil bei Duldung eines bewussten oder gleichgültig schweren Rechtsbruchs durch Ermittlungsbeamte ein Ansehensverlust des rechtsstaatlichen Ermittlungsverfahrens bei der rechtstreuen Bevölkerung zu befürchten wäre, den es zu verhindern gilt und der seinerseits etwa durch verändertes Anzeige- oder Aussageverhalten infolge schwindenden Vertrauens in die Lauterkeit der Ermittlungsorgane zu Effektivitätsverlusten führen könnte.“⁷³

Der Gedanke des drohenden Ansehensverlustes⁷⁴ der staatlichen Behörden komplementiert die Überlegung der Lauter-

⁷² *Amelung/Mittag*, NStZ 2005, 614 (617).

⁷³ BGHSt 51, 285 (297). Zustimmung *Mosbacher*, NJW 2007, 3686 (3688), der neben einer Disziplinierungsfunktion vor allem auf generalpräventive Überlegungen und damit auf die Legitimation von Strafe überhaupt hinweist: „Nur in einem Rechtsstaat, der sich an seine selbst gesetzten Regeln hält (oder dies wenigstens ernsthaft erstrebt), ist staatliche Strafe letztlich legitimierbar. Ein Strafverfahren kann diese Legitimation nur dann effektiv einlösen, wenn gravierende Regelverstöße des Staates nicht ohne Folgen bleiben.“ Ebenso den Ansehensverlust – in Bezugnahme auf *Vofßkuhle*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. 5, 2013, § 131 Rn. 114 Fn. 493 – betonend *Park* (Fn. 12), Rn. 393.

⁷⁴ Man mag mit *Wohlens* gegenüber der „pseudo-empirischen Begründung“, dass ein bewusster Rechtsverstoß der Strafverfolgungsbehörden für die Bevölkerung die Legitimation zur strafrechtlichen Verwertung entfallen lasse, skeptisch sein und hinter dem Verwertungsverbot bei krassen Verstößen stattdessen Disziplinierungsmotive vermuten, siehe *Wohlens*, StV 2008, 434 (440). Die Beobachtung, dass die Nichtverwertung allein wegen eines Formfehlers unabhängig von der

keit. Während das Argument des rechtsstaatlichen Ansehens aus der Logik der funktionstüchtigen Strafrechtspflege folgt, ergibt sich das Argument der Lauterkeit aus der Struktur argumentativer Diskursregeln. Zusammen motivieren sie folgenden Vorschlag:

Ein Verfahrensfehler bei der Beweiserhebung führt nicht zu einem Beweisverwertungsverbot, wenn

1. das Beweismittel nach der Überzeugung des Gerichts (§ 261 StPO) auch bei dem zu erwartenden, rechtmäßigen Ermittlungsvorgehen erlangt worden wäre,
2. die Strafverfolgungsbehörden den – durch die rechtswidrige Ermittlungsmaßnahme gesetzten – Anschein, das Beweismittel unter bewusster Nichtbeachtung von Verfahrensgarantien erlangt zu haben, widerlegen.

Dabei ist zu beachten, dass es sich um die Wiederlegung eines *Anscheins* handelt. Es wird also nicht unterstellt, die Behörden hätten die Eingriffsregeln absichtlich umgangen. Vielmehr kommt es darauf an, dass ihr fehlerhaftes Vorgehen dazu geeignet ist, beim außenstehenden Beobachter *den Eindruck* bewusster Nichtbeachtung hervorzurufen.⁷⁵ Zu erhehlen, dass dieser Eindruck täuscht, obliegt den handelnden Akteuren. Und hier kommen die vom Bundesverfassungsgericht angemahnten Dokumentationspflichten ins Spiel, aus denen sich Indizien ergeben können, dass es sich statt bewusster Umgehung lediglich um eine bedauerliche Nachlässigkeit der Strafverfolgungsbehörden handelt.⁷⁶

Während sich die Aspekte der wahrscheinlichen Erlangung (1.) und der Anscheinswiderlegung (2.) unmittelbar aus der bisherigen Überlegung folgen, ist der Vorschlag noch um eine weitere Überlegung (3.) zu ergänzen, die die Folgen der Anwendung des hypothetischen Arguments mit Blick auf die fehlerhafte Ermittlungsmaßnahme erläutert: Führt der Gedanke der hypothetisch rechtmäßigen Ermittlungsmaßnahme unter den Voraussetzungen (1.) und (2.) auch nicht zu einem Beweisverwertungsverbot, ändert dies doch nichts daran, dass die tatsächlich durchgeführte Ermittlungsmaßnahme

Schwere des Verstoßes auf öffentliches Unverständnis stößt, überzeugt; stärker wird das Argument des Ansehensverlusts allerdings, wenn man es die über den Einzelfall hinausgehend auf die Strafjustizpraxis im Ganzen bezieht.

⁷⁵ Insofern ist die – mit Blick auf die Aktenwahrheit und -vollständigkeit – getätigte Bemerkung des 5. *Senats* hervorzuheben, dass „in einem Rechtsstaat schon der bloße Anschein, die Ermittlungsbehörden wollten etwas verbergen, vermieden werden [muss]“, siehe BGH, Urt. v. 11.12.2013 – 5 StR 240/13, Rn. 46 = StV 2014, 321. Zustimmend aufgenommen wurde dies von BVerfG, Beschl. v. 14.6.2016 – 2 BvR 2474/14, Rn. 21 = StV 2017, 361.

⁷⁶ Auf den „guten Glauben“ der Strafverfolgungsbehörden als Voraussetzung für die Berücksichtigung hypothetischer Ermittlungsverläufe verweist – in Besprechung des Falls Weimar (Fn. 58) – bereits *Roxin*, NStZ 1989, 376 (379, drittes Kriterium), wobei dieser nach *Roxins* Konzept wohl vermutet wird („In unserem Falle aber spricht nichts für einen bewussten Rechtsbruch“).

rechtswidrig war. Die rechtswidrige Ermittlungsmaßnahme darf nicht nachträglich ex tunc geheilt werden. Denn eine derartige Heilung liefe darauf hinaus, dass die Schutzfunktion der Voraussetzungen, welche die jeweilige Ermittlungsmaßnahme fordert, aber auch die Rechtsmittel, die explizit gegen eine rechtswidrige Ermittlungsmaßnahme vorgesehen sind, ausgehebelt würden. Diese Argumentation wurde vom Bundesverfassungsgericht bei der Frage der Heilbarkeit eines rechtswidrigen Durchsuchungsbeschlusses entwickelt: Ein unzureichend bestimmter Durchsuchungsbeschluss lasse sich nicht durch nachträgliches Hypothesieren des Beschwerdegerichts heilen. Denn das Rechtsmittel, das explizit zur Beanstandung des Durchsuchungsbeschlusses vorgesehen ist, liefe sonst leer.⁷⁷ Daraus folgt, dass die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Ermittlungsvorgehens weiterhin möglich bleiben muss.

Während es nun nicht unplausibel erscheint, die Unheilbarkeit des Ermittlungsfehlers als Argument für die Unverwertbarkeit der dadurch gewonnenen Beweise anzuführen (insbesondere mit Blick auf die Gewährleistung einer effektiven Kontrolle durch den Ermittlungsrichter),⁷⁸ entspricht dem hiesigen Grundgedanken eine andere Lösung: Der Ermittlungsfehler wird zwar nicht geheilt, die Feststellung seiner Rechtswidrigkeit bleibt also nach wie vor möglich; allerdings wird der Fehler – bei Vorliegen der Bedingungen unter (1.) und (2.) – nicht als Auslöser eines Beweisverwertungsverbots betrachtet. Das Ausbleiben eines Verwertungsverbots bedeutet nun jedoch nicht, dass neben der Feststellung der Rechtswidrigkeit nicht auch zusätzlich Folgen an die Rechtswidrigkeit des Ermittlungseingriffs geknüpft werden könnten: Wenn man auch bestreiten mag, dass entgangene Rechtsschutzmöglichkeiten einer Kompensation schlichtweg unzugänglich sind, wäre hier zu überlegen, ob nicht die Anwendung der Vollstreckungslösung eine angemessene Reaktion auf eine rechtswidrige Ermittlungsmaßnahme abgeben könnte.⁷⁹

Zusätzlich zur nach wie vor feststellbaren Rechtswidrigkeit ist zu beachten, dass dem Beschuldigten aus dem Einsatz des hypothetischen Arguments über die Verwertung des hypothetisch rechtmäßig erlangbaren Ergebnisses hinaus keine weiteren Nachteile entstehen dürfen. Solche Nachteile sind vorstellbar,⁸⁰ wenn sich der Beschuldigte unter dem irrtümlichen Eindruck der Rechtmäßigkeit der Ermittlungs-

⁷⁷ BVerfG, Beschl. v. 8.4.2004 – 2 BvR 1821/03 = StV 2005, 643 m. zust. Anm. *Putzke/Scheinfeld*.

⁷⁸ So *Putzke/Scheinfeld*, StV 2005, 644 (646), die darüber hinaus darauf aufmerksam machen, dass eine Heilung durch hypothetische Überlegungen des Rechtsmittelgerichts nicht nur das Grundrecht auf rechtliches Gehör, sondern auch das Recht auf den gesetzlichen Richter verletzt.

⁷⁹ *Gaede*, JZ 2008, 422 (424); abl. *Köhler* (Fn. 26) § 105 Rn. 21.

⁸⁰ Siehe dazu BGH, Urt. v. 3.5.2018 – 3 StR 390/17 = NStZ 2019, 227, der die Unverwertbarkeit der Aussage zwar anführt (Beeinträchtigung der freien Entscheidung zur Einlassung, Rn. 27), sich im konkreten Fall jedoch mangels „Stoßrichtung der Revision“ einer Überprüfung enthält (Rn. 32).

maßnahme zu belastenden Aussagen veranlasst sieht, etwa indem ihm die in der rechtswidrigen Durchsuchung gefundenen Beweismittel vorgehalten werden.⁸¹ Wenn das hypothetische Argument die Verwertung des in der rechtswidrigen Durchsuchung Gefundenen gestattet, dann dürften diejenigen Einlassungen, die infolge des unzutreffenden Eindrucks der Rechtmäßigkeit getätigt wurden, dem Beschuldigten nicht zum Nachteil gereichen. Sie wären also unverwertbar.

Diese folgenbezogenen Überlegungen, dass nämlich die Ermittlungsmaßnahme nach wie vor rechtswidrig ist, und dass dem Beschuldigten keine zusätzlichen nachteiligen Konsequenzen aus der hypothetischen Argumentation entstehen dürfen, erfasst der anzufügende dritte Aspekt:

3. Es muss sichergestellt sein, dass dem Beschuldigten abgesehen von der Verwertung des Beweismittels, das sich aus der rechtswidrigen, bloß hypothetisch rechtmäßigen Ermittlungsmaßnahme ergab, keine weiteren Nachteile entstehen.

Insgesamt betrachtet besteht der Vorzug des vorgeschlagenen Prüfungsvorgehens darin, dass es sich auf der einen Seite grundsätzlich offen für die verwertungsfreundliche Figur des hypothetischen Ersatzeingriffs zeigt und somit der Überzeugungskraft des zugrundeliegenden Gedankens Rechnung trägt (1.). Auf der anderen Seite markiert es das Vorbringen des hypothetischen Verlaufs als Argument der Lauterkeit und stärkt durch die Obliegenheit, den Anschein bewusster Umgehung zu widerlegen, nicht nur die verfassungsgerichtlich angemahnten Dokumentationspflichten⁸², sondern bindet die Frage der Verwertbarkeit zugleich mittels des Gedankens der Transparenz an das lautere Ansehen der Strafverfolgungsbehörden (2.). Indem die bloß hypothetische Rechtmäßigkeit nicht zur Heilung, sondern lediglich zum Ausschluss des Verwertungsverbotes führt, wird sichergestellt, dass die beschuldigte Person keine weiteren Nachteile, insbesondere keine Verkürzung ihres Rechtsschutzes, erleidet (3.).

⁸¹ Nach *Roxin/Schünemann* (Fn. 26), § 24 Rn. 61, führt der Vorhalt eines kontaminierten Beweisergebnisses zur Unverwertbarkeit des Geständnisses (wegen der Täuschung über die Verwertbarkeit, § 136a StPO).

⁸² Dies kommt dem Argument *Schneiders* (gegen die Aushöhung des Richtervorbehalts durch rechtmäßige Alternativhypothesen) durchaus nahe, dass sich „Dokumentationsdefizite rechtspraktisch häufig dahingehend aus[wirken], dass hypothetischen Erwägungen in Fällen nicht eindeutiger Voraussetzungen für das Vorliegen der Ausnahmekompetenz zu Recht überaus skeptisch begegnet wird, zumal wenn dem Beschwerdevorbringen der Verteidigung von den Strafverfolgungsbehörden nichts Tatsachenfundiertes entgegengesetzt wird“, siehe *Schneider*, NSTZ-Sonderheft 2009, 46 (50, wo auch auf die weitergehende Ansicht von *Amelung/Mittag*, NSTZ 2005, 614 [616], hingewiesen wird). Im Unterschied dazu fordert der hiesige Vorschlag weder Dokumentationsdefizite noch das Tätigwerden der Verteidigung, sondern sieht die Beweislast auf Seiten der Strafverfolgungsbehörden.

VI. Anwendungen

Was ergäbe sich aus diesem Prüfungsregime für die Rechtspraxis? Wendet man die skizzierte Formel auf konkrete Fälle an, wird man wohl in etlichen Fällen zu einem die Urteile bestätigenden Ergebnis gelangen.

Das dürfte nicht nur für die eingangs geschilderten Fälle des vorbefassten Ermittlungsrichters und der Geldkassette gelten (Fälle 1 und 2, s.o. II.): Bei der Eröffnung der Kassette erscheint die – erforderliche und zu plausibilisierende – Berufung auf einen Rechtsfehler denkbar (sofern die Beamten darlegen können, dass sie sich im guten Glauben nicht nur zur Öffnung des Autos, sondern auch der Kassette berechtigt hielten), beim vorbefassten Ermittlungsrichter scheint die Anscheinswiderlegung dagegen schwer vorstellbar.

Parallel zur Rechtsprechung wäre wohl auch folgende Entscheidung des 5. *Strafsenats* zu beurteilen (Fall 3): Hier wurde der Angeklagte, nachdem man seinen Komplizen festgesetzt hatte, am Nachmittag des Folgetages in der Wohnung eines Zeugen festgenommen. Wie die Polizei wusste, hatte er sich dort bereits die letzten Wochen aufgehalten. Wiederum einige Stunden später hatte der Staatsanwalt die Wohnungsdurchsuchung angeordnet, ohne einen Ermittlungsrichter einzuschalten. Für die bei der Durchsuchung sichergestellten Betäubungsmittel bejaht der *Senat* ein Beweisverwertungsverbot mit der Begründung, dass die Eilkompetenz fälschlicherweise angenommen worden sei: Nur durch die alsbaldige Suche (hier aber: Stunden später) am gewöhnlichen Aufenthaltsort wäre auszuschließen gewesen, dass mögliche Mittäter etwaiges Rauschgift beseitigten. Schon weil die Anordnung also zu spät kam, könne sie nicht auf Gefahr in Verzug gestützt werden. Zudem sei der Aufenthaltsort bereits über Wochen bekannt gewesen und die – nach der Festnahme des Komplizen bestehende – Notwendigkeit der alsbaldigen Wohnungsdurchsuchung nicht überraschend entstanden. Die Gesamtschau mehrerer Umstände ergebe, dass der Staatsanwalt den Richtervorbehalt bewusst ignoriert oder gleichgültig gröblich missachtete: Er habe unter anderem auf die zeitliche Diskrepanz zwischen Festnahme und Durchsuchung nach eigener Aussage „nicht geachtet“. Zudem habe er ausweislich seiner Aussage, die Polizei würde „autark“ ermitteln, seine Leitungsfunktion gegenüber den ermittelnden Hilfsbeamten ignoriert und sich, ohne die Anrufung eines Ermittlungsrichters überhaupt nur zu erwägen, sachlich unbegründet sowie ohne Dokumentation auf seine Eilkompetenz berufen. Die Missachtung führe daher zu einem Beweisverwertungsverbot.⁸³ Auch der hiesige Vorschlag würde hier ein Beweisverwertungsverbot nahelegen: Es ist nämlich nicht zu erkennen, wie die Erklärungen des Staatsanwalts in der Lage sind, den durch die rechtswidrige Durchsuchung gesetzten Anschein zu widerlegen, die Beweismittel unter bewusster Nichtbeachtung von Verfahrensgarantien erlangt zu haben.

In anderen Fällen hingegen würde die vorgeschlagene Prüfungsweise wohl abweichende Ergebnisse produzieren,

⁸³ BGHSt 51, 285 (294 f.).

etwa beim Urteil des OLG Zweibrücken⁸⁴ (Fall 4): Hier hatten Polizeibeamte, als sie den Angeklagten im betrunkenen Zustand angetroffen und zur Eigensicherung durchsuchten, einen Joint und eine kleine Menge an Marihuana gefunden. Daraufhin hatte der Polizeihauptkommissar die Durchsuchung der 500m entfernten Wohnung angeordnet. Das Landgericht hatte ein Verwertungsverbot bezüglich der dort aufgefundenen Drogen bejaht, zumal sich der Polizeibeamte bewusst über den Richtervorbehalt hinweggesetzt habe. Der *I. Strafsenat* des Oberlandesgerichts Zweibrücken beanstandet hieran, dass die Kammer unterlassen habe, sich „mit der naheliegenden Möglichkeit auseinanderzusetzen, dass diese [die Polizeibeamten] sich zum Zeitpunkt der Anordnung in der konkreten Situation über die Voraussetzungen von Gefahr im Verzug geirrt haben könnten“. Die Beweggründe seien unaufgeklärt geblieben, obwohl sich eine weitere Untersuchung wegen der geringen Entfernung zwischen Kontrollort und Wohnung aufgedrängt habe.

„Eine nachvollziehbare Begründung dafür, weshalb ein [...] im Betäubungsmittelbereich erfahrener Polizeibeamter eigenmächtig – unter bewusster Umgehung des Richtervorbehalts – wegen Gefahr im Verzug die Durchsuchung [...] angeordnet haben soll, obwohl möglicherweise auch ein entsprechender richterlicher Beschluss auf Antrag hätte ergehen können, ist den Feststellungen nicht zu entnehmen.“⁸⁵

Die Möglichkeit einer hypothetischen rechtmäßigen Beweiserlangung, so der *Strafsenat* weiter, sei verkannt worden. Für die Annahme einer bewussten Umgehung reiche „[d]as wechselhafte Aussageverhalten der Polizeibeamten allein“ nicht hin.⁸⁶

Die vorgeschlagene Formel würde hier ebenfalls zur Frage nach den Beweggründen des anordnenden Polizisten gelangen, allerdings mit anderer Vermutungsregel: Die Möglichkeit eines Irrtums würde nicht gegen die Annahme einer bewussten Umgehung streiten. Vielmehr obläge es den Strafverfolgungsbehörden darzulegen, weshalb nicht von einer bewussten Umgehung auszugehen ist. Noch dazu gehen unstimme, lückenhafte oder verspätete Dokumentation zu Lasten eines solchen Nachweises. Das OLG Zweibrücken zeigt sich einer derartigen Sichtweise selbst nicht abgeneigt, wenn es abschließend auf die Dokumentationspflichten hinweist: Diese Pflichten führten dazu, dass der handelnde Beamte „im Falle der Nachprüfung [...] auf dokumentierte Tatsachen wird verweisen können, die sein Handeln erklären. Auf der Grundlage dieser Dokumentation haben die Strafver-

folgungsbehörden ihre Durchsuchungsanordnung in einem späteren gerichtlichen Verfahren zu begründen“.⁸⁷

Während das besagte Urteil also in die Richtung des hiesigen Vorschlages weist, liegt das für folgenden, jüngst abgeschlossenen Fall anders (Fall 5): Dort fehlte bereits bei der Anordnung der Durchsuchung der Tatverdacht hinsichtlich des zugrunde gelegten Markenrechtverstoßes, sodass die Durchsuchung rechtswidrig erfolgte. Die zufällig gefundenen Betäubungsmittel wurden als Beweismittel für die Verurteilung nach Betäubungsmittelgesetz verwertet. Das Bundesverfassungsgericht bestätigte die fachgerichtlichen Verurteilungen: Die Ablehnung eines Verwertungsverbots sei nicht zu beanstanden, da die Gerichte zu Recht davon ausgegangen seien, „dass keine Anhaltspunkte für einen bewussten oder willkürlichen Verstoß gegen Verfahrensvorschriften vorlagen“. Zwar sei, so das Bundesverfassungsgericht weiter, die Darstellung im Ermittlungsbericht fehlerhaft gewesen, „jedoch ohne dass man daraus auf eine bewusst rechtswidrige oder willkürliche Rechtsanwendung durch den Ermittlungsrichter schließen könnte“.⁸⁸ Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hielt diese Linie: Es „deutet nichts darauf hin“, dass die Polizeibeamten bösgläubig vorgingen oder Verfahrensvorschriften vorsätzlich verletzen. Daher gehe die Verwertung nach bewusster Abwägung durch die Gerichte in Ordnung.⁸⁹ Mit dem hier vorgeschlagenen Prüfungsregime dürfte man diesbezüglich eher zum Ergebnis gelangen, dass die Fehlerhaftigkeit des Ermittlungsberichts nicht dazu beigetragen hat, den Anschein bewusster Umgehung zu entkräften, sondern ihn erst noch verstärkte. Ein Beweisverwertungsverbot liegt daher nahe.⁹⁰

Die Formel der Widerlegung des Umgehungsanscheins könnte überdies auch in einem anders gelagerten Szenario hilfreich sein, nämlich beim Phänomen sog. legendierter Kontrollen. Dort werden gezielt Anordnungsbefugnisse des Gefahrenabwehrrechts herangezogen, die gewonnenen Erkenntnisse anschließend jedoch für die Strafverfolgung genutzt. Auch dies ist eine Version der unrealen Hypothese, denn es wird für dieses Vorgehen vorausgesetzt, dass auch ein Eingriff nach den strafprozessualen Maßstäben rechtmäßig gewesen wäre.

Im konkreten Fall unterließen die Ermittler die Einholung eines Durchsuchungsbeschlusses gem. § 105 StPO und führten eine polizeirechtliche Routinekontrolle durch, die wie geplant in eine Durchsuchung mündete. Dadurch wollte man

⁸⁴ OLG Zweibrücken, Urt. v. 18.6.2018 – 1 OLG 2 Ss 3/18 = BeckRS 2018, 14448 = NStZ 2019, 301 (gekürzt).

⁸⁵ OLG Zweibrücken, Urt. v. 18.6.2018 – 1 OLG 2 Ss 3/18 = BeckRS 2018, 14448 = NStZ 2019, 301 (gekürzt), Rn. 17.

⁸⁶ OLG Zweibrücken, Urt. v. 18.6.2018 – 1 OLG 2 Ss 3/18 = BeckRS 2018, 14448 = NStZ 2019, 301 (gekürzt), Rn. 17.

⁸⁷ OLG Zweibrücken, Urt. v. 18.6.2018 – 1 OLG 2 Ss 3/18 = BeckRS 2018, 14448 = NStZ 2019, 301 (gekürzt), Rn. 20.

⁸⁸ BVerfG, Beschl. v. 2.6.2009 - 2 BvR 2225/08 Rn. 19 = BVerfGK 16, 22 (29).

⁸⁹ EGMR, Urt. v. 3.3.2016 – 7215/10 (Prade/Deutschland) = EGMR NJW 2017, 2811 (2812 f.).

⁹⁰ Vgl. auch die Argumentation von *Schwabenbauer* in Anm. zu BVerfG NJW 2009, 3207: Der Verstoß sei ein verfassungsrechtlich relevanter Eingriff und als solcher angesichts des fehlenden großen Unrechtsgehalts unverhältnismäßig (die Verhältnismäßigkeit müsse bei Zufallsfunden regelmäßig ausscheiden). Aus der Verfassungswidrigkeit des Verstoßes müsse regelmäßig ein Beweisverwertungsverbot folgen.

vermeiden, dem Angeklagten Ermittlungsergebnisse offenbaren zu müssen und dadurch, so die Befürchtung der Ermittler, die Ergreifung eines anderen Verdächtigen zu vereiteln. Dem BGH zufolge soll für eine Umwidmung der gewonnenen Beweismittel hinreichen, dass die Erkenntnisse polizeirechtlich rechtmäßig erhoben wurden, sie zur Aufklärung einer Straftat dienen und die materiellen Voraussetzungen nach der Strafprozessordnung vorgelegen haben.⁹¹ Der Gesetzgeber habe sich, wie sich aus der Begründung zu § 161 Abs. 2 StPO ergebe, bewusst gegen eine formale und für eine materielle Lösung entschieden: Er habe die Gefahr der Umgehung der Voraussetzungen der strafprozessualen Eingriffsbefugnis „gesehen, aber ersichtlich hingenommen (vgl. BR-Drs. 275/07, 148⁹²)“. Eine rechtsmissbräuchliche Umgehung strafprozessualer Voraussetzungen, die den Rückgriff auf hypothetische Überlegungen hindern würde, sei im Fall „nicht ersichtlich“. Eine solche Umgehung würde nur drohen, wenn in Wahrheit gar keine Gefahrenabwehr bezweckt wird oder aber die gefahrenabwehrrechtliche Maßnahme nur deswegen herangezogen wird, weil eine vergleichbare strafprozessuale Maßnahme praktisch nicht erfolgsversprechend gewesen wäre.⁹³

Die vorgeschlagene Formel (s.o. V.) passt zwar nicht direkt, da es hier gerade an einem Eingriff fehlt, der durch seine Fehlerhaftigkeit den Anschein der Umgehung erweckt, zumal der Eingriff nach gefahrenabwehrrechtlichen Maßstäben rechtmäßig war. Es liegt jedoch nahe, in solchen Fällen, in denen die Umwidmung von vornherein angelegt ist, in gleicher Weise den Anschein einer bewussten Umgehung begründet zu sehen.⁹⁴ Dann wäre auch in diesen Fällen entscheidendes Kriterium für die Zulässigkeit der strafprozessualen Verwertung⁹⁵ der Beweismittel, dass die Ermittlungsbe-

hörden diesen Anschein, gegebenenfalls mithilfe von dokumentierten Überlegungen, widerlegen. Dieser Gedanke der zu widerlegenden bewussten Umgehung ist auch den jüngsten Erwägungen des 3. und 5. Strafsenats zu entgegnen, die einem Verstoß gegen den Richtervorbehalt dann „minderes Gewicht“ attestieren, wenn die Wohnungsöffnung ohnehin gefahrenabwehrrechtlich zulässig war – und durch diese Überlegung eine bewusste oder gleichgewichtige Verkenning des Richtervorbehalts verneinen.⁹⁶

VII. Zusammenfassung

Die Ausrichtung auf das Ziel der materiellen Wahrheit verleiht dem Argument des hypothetischen Ersatzeingriffs starke argumentative Kraft. Da es sich, wie dargelegt, im Kern um ein Argument der Lauterkeit handelt, ist seine Spielmarke im Vorgang strafprozessualer Wahrheitsfindung allerdings nur dann von Wert, wenn sich die ausspielende Seite in diesem Punkt selbst als lauter erweisen kann.

Vorgeschlagen wurde daher, die Anwendbarkeit der Figur des hypothetischen Ersatzeingriffs davon abhängig zu machen, ob es den Strafverfolgungsbehörden gelingt, den durch den rechtswidrigen Ermittlungseingriff entstandenen Anschein bewusster Umgehung von Verfahrensgarantien auszuräumen. Statt einen Ansporn zur Umgehung strafprozessualer Garantien zu liefern, wie dies bei einer großzügigen Handhabung des hypothetischen Ersatzeingriffs befürchtet wird, dürfte auf diese Weise ein Ansporn entstehen, den verfassungsgerichtlich gebotenen Dokumentationspflichten nachzukommen. Und dies wäre zugleich Grundlage dafür, dass diejenigen, die den Vorgang der staatlichen Strafverfolgung wahrnehmen und beobachten, das Vorgehen der Strafverfolgungsbehörden nicht als „knifflig[] und durchtrieben[]“⁹⁷, sondern als verständlich begründet begreifen können. Daher lautet der Vorschlag also:

Ein Verfahrensfehler bei der Beweiserhebung führt nicht zu einem Beweisverwertungsverbot, wenn

1. das Beweismittel nach der Überzeugung des Gerichts (§ 261 StPO) auch bei dem zu erwartenden, rechtmäßigen Ermittlungsvorgehen erlangt worden wäre,
2. die Strafverfolgungsbehörden den – durch die rechtswidrige Ermittlungsmaßnahme gesetzten – Anschein, das Beweismittel unter bewusster Nichtbeachtung von Verfahrensgarantien erlangt zu haben, widerlege und
3. sichergestellt ist, dass dem Beschuldigten abgesehen von der Verwertung des Beweismittels, das sich aus der rechtswidrigen, bloß hypothetisch rechtmäßigen Ermittlungsmaßnahme ergab, keine weiteren Nachteile entstehen.

⁹¹ Zu den Voraussetzungen dieser Prüfung *Reinbacher/Werkmeister*, ZStW 130 (2018), 1104 (1132 f.). Da es hier um die Prüfung der Sekundärmaßnahme geht, ist die Ausklammerung außerstrafprozessualer Zufallsfunde (a.a.O., 1105) unschädlich. Inwiefern die Überlegungen für die Folgen bei rechtswidrigen Primärmaßnahmen (a.a.O., 1134 ff.) auch für außerstrafprozessuale Maßnahmen gelten, wäre zu überlegen.

⁹² Den Ausführungen des Bundesrates zu § 161 Abs. 2 StPO zufolge verbietet der datenschutzrechtliche Zweckbindungsgrundsatz zwar die strafprozessuale Verwendung zu Beweis Zwecken (sofern nicht auch die entsprechende Maßnahme nach der StPO angeordnet werden hätte können). Geht es allerdings darum, die Daten zu weiteren Ermittlungen (Spurenansatz) oder zur Feststellung des Aufenthaltsortes zu verwenden, würden diese Beschränkungen nicht greifen (a.a.O., S. 147). Siehe dazu kritisch *Singelnstein*, ZStW 120 (2008), 854 (884 ff.).

⁹³ BGH, Urt. v. 26.4.2017 – 2 StR 247/16 Rn. 41 = NSTZ 2017, 651 (655) m. Anm. *Schiemann*.

⁹⁴ Siehe zum Aspekt der rechtsmissbräuchlichen Umgehung bei nur vorgeblich doppel funktionalen Ermittlungsmaßnahmen *Schiemann*, NSTZ 2017, 657 (657 f.).

⁹⁵ Die Frage der Fernwirkung klammere ich hier aus, siehe dazu aber Fn. 26.

⁹⁶ BGH, Urt. v. 3.5.2018 – 3 StR 390/17, Rn. 45 = NSTZ 2019, 227 (230); BGH, Beschl. v. 27.11.2018 – 5 StR 566/18 = NSTZ-RR 2019, 94 (95) m. Anm. *Arnoldi*.

⁹⁷ S.o. bei Fn. 6.