

# I. Entwicklung einer eigenen Konzeption zur Lösung der Verwertungsverbotsfrage nach widerrechtlicher Beweiserlangung

---

## A. Einteilung der Beweisverbote

Zu Beginn der Arbeit wird zunächst dargestellt, wie die zentralen Begriffe Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Folgenden zu verstehen sind.

### 1. Beweiserhebungsverbote

Der Oberbegriff „Beweisverbote“ umfasst nach gängiger Terminologie Beweiserhebungs-<sup>6</sup> und Beweisverwertungsverbote. Beweiserhebung meint dabei die Ermittlung und Feststellung eines Sachverhalts, der dem Prozess zugrunde liegt. Diese Maßnahmen dienen der Stoffsammlung durch die Beschaffung von Beweisen. Die Beweiserhebungsverbote werden üblicherweise in Beweisthemaverbote, Beweismittelverbote und Beweismethodenverbote unterteilt.<sup>7</sup>

Beweisthemaverbote untersagen die Beweisaufnahme über bestimmte verfahrensrelevante Tatsachen generell.<sup>8</sup> Klar abzugrenzen ist hier das Beweisthema vom Beweisziel. Diejenigen Tatsachen, die letztendlich für die strafrechtliche Subsumtion entscheidend sind, sind das Beweisziel.<sup>9</sup> Darunter fallen etwa die Tatsachen, ob der Angeklagte die Tat begangen hat und im

---

6 Teilweise wird hierfür der Begriff Beweisgewinnungsverbot verwendet, vgl *Grünwald*, Beweisrecht 141 ff; *Schmoller*, JRP 2002, 251 (252).

7 Vgl *Ratz*, RZ 2005, 74, 106 (75).

8 Vgl *Soyer*, ÖJZ 1999, 829 (830).

9 Vgl *Schmoller* in WK-StPO § 55 Rz 51.

Tatzeitpunkt zurechnungsfähig war. Beweisthema sind hingegen die vorgelegerten Fakten, die durch das Beweismittel unmittelbar nachgewiesen werden sollen und aus denen Schlüsse auf das Beweisziel gezogen werden können.<sup>10</sup> Beispiel für ein Beweisthemaverbot ist das Beichtgeheimnis, welches sowohl durch ein Vernehmungsverbot des Geistlichen in § 155 Abs 1 Z 1 als auch durch ein Umgehungsverbot in § 144 Abs 1 geschützt wird. Beweisthema ist dabei der Inhalt der Beichte. Dieser darf weder durch Vernehmung des Geistlichen noch durch anderweitige Maßnahmen wie akustische oder optische Überwachung während der Beichte des Beschuldigten ermittelt werden. Hat der Beschuldigte dem Geistlichen im Rahmen der Beichte die Tat gestanden, so ist das Beweisziel die Tatbegehung durch ihn. Das Beweisziel kann durch ein Beweisthemaverbot nicht für das Strafverfahren unzugänglich gemacht werden, wäre doch ansonsten die Verurteilung eines beichtenden Täters ausgeschlossen. Durch das Beichtgeheimnis kann damit lediglich der Rahmen der Beichte vor staatlichem Eingriff geschützt sein. Der darin preisgegebene Inhalt ist nur insofern geschützt, als es der Rahmen der Beichte erfordert, nicht aber sofern ein davon unabhängiger Ermittlungsweg zum gleichen Beweisziel führt.

Ist ein Zeuge berechtigt seine Aussage zu verweigern und macht er von diesem Recht Gebrauch, so wird das Beweismittelverbot schlagend, weil das Gesetz zwar die Beweisaufnahme durch Vernehmung des konkreten Zeugen verbietet, die festzustellende Tatsache jedoch durch andere Beweismittel durchaus zugänglich ist. Nimmt etwa ein Angehöriger des Beschuldigten die Befreiung von der Aussagepflicht gem § 156 Abs 1 Z 1 in Anspruch und ist deshalb nicht verpflichtet über seine Wahrnehmungen über den Tathergang zu berichten, so steht es den Ermittlungsorganen frei, andere Personen sehr wohl darüber zu befragen. Angehörige können unter den Voraussetzungen der §§ 136 ff in ihrer Wohnung sogar optisch und/oder akustisch überwacht werden, sofern anzunehmen ist, dass zwischen dem Überwachten und dem Tatverdächtigen Kontakt aufgenommen werden wird und die Aufklärung der verdächtigten Tat ansonsten aussichtslos oder zumindest wesentlich erschwert wäre. Insofern können Informationen ans Tageslicht kommen, die vom Angehörigen direkt gem § 156 Abs 1 Z 1 nicht erlangt hätten werden können.

Bei Beweismethodenverboten sind bestimmte Arten und Methoden der Beweisbeschaffung unzulässig, wie etwa Vernehmungen, bei denen mittels Drohung oder sogar Folter eine Aussage erlangt werden soll.<sup>11</sup>

Die Einteilung der Beweiserhebungsverbote in diese drei Untergruppen ist keineswegs exklusiv, die Teilbereiche gehen vielmehr ineinander über. So enthält die Vorschrift des § 123 sowohl ein Beweismethoden- als auch ein Beweismittelverbot. Diese Norm setzt die Voraussetzungen für

---

10 Vgl *Schmoller* in WK-StPO § 55 Rz 51.

11 Vgl *Michel-Kwapinski* in WK-StPO § 166 Rz 2.

eine zulässige körperliche Untersuchung fest und normiert damit ein Beweismittelverbot bei Nichteinhaltung dieser Regelung. In Absatz 5 wird die Art und Weise der Beweisbeschaffung geregelt, indem körperliche Untersuchungen von einem Arzt vorzunehmen sind. Insofern enthält diese Norm auch ein Beweismethodenverbot. Da aus der Einteilung innerhalb der Beweiserhebungsverbote<sup>12</sup> allerdings keine Erkenntnisse in Bezug auf die Verwertungsfrage zu gewinnen sind,<sup>13</sup> wird diese Differenzierung in weiterer Folge außer Acht gelassen.

Beweiserhebungsverbote können alle Vorschriften der StPO enthalten,<sup>14</sup> welche die Beweisaufnahme regeln. Selbst wenn diese als Gebot formuliert sind – also positiv umschreiben, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit die konkrete Beweiserhebung zulässig ist –, lässt sich daraus dennoch das Verbot ableiten, die Beweisaufnahme von diesen Vorschriften abweichend vorzunehmen.<sup>15</sup> Ist die Durchsuchung eines Ortes iSd § 119 nur dann zulässig, wenn der begründete Verdacht besteht, dass sich darin ein Tatverdächtiger versteckt oder sicherzustellende Spuren oder Gegenstände zu finden sind, dann ist eine Durchsuchung ohne einen entsprechenden Verdacht verboten. Kurz gesagt: Sämtliche Beweiserhebungsvorschriften können auch als Beweiserhebungsverbote verstanden werden.<sup>16</sup> Der Begriff der Beweiserhebungsverbote ist jedoch insofern missverständlich, als er den Anschein erweckt, als wären die Strafverfolgungsorgane grundsätzlich bei der Beweiserhebung frei und wären Beweiserhebungsverbote bloße Ausnahmenvorschriften, welche besondere Beschränkungen der ansonsten zulässigen Vorgangsweise enthalten. Das dürfte zu Zeiten *Belings*,<sup>17</sup> der als Begründer der Beweisverbotslehre gilt, der Fall gewesen sein. So geht er von der These aus, dass die Wahrheit grundsätzlich mit allen zu Gebote stehenden Mitteln erforscht werden darf und Beweisverbote<sup>18</sup> als Ausnahmen zu sehen sind, welche die Wahrheits-

12 Eine weitere Einteilung nimmt *Peters*, 46. DJT 1966, Band I, A 91 (95 ff, 100) vor, der zwischen Beweisverfolgungs-, Beweisverfahrensverböten und Beweisregelungen unterscheidet.

13 So auch *Rogall*, ZStW 91 (1979), 1 (3); *Schröder*, Beweisverwertungsverböte 25; *Eisenberg*, Beweisrecht<sup>8</sup> Rz 337; *Störmer*, Dogmatische Grundlagen 10.

14 Vgl aber etwa für ein Beweiserhebungsverbot außerhalb der StPO § 112 2. Satz StGB, wonach in Verfahren wegen übler Nachrede nach § 111 StGB ein Beweisthemaverbot sowohl für den Bereich des Privat- und Familienlebens besteht, als auch für den Nachweis von strafbaren Handlungen, die nur als Privatanklagedelikt geahndet werden können, soweit es der Schutz der Dispositionsbefugnis des zur Privatanklage Berechtigten verlangt (vgl hierzu *Rami* in WK<sup>2</sup> StGB § 112 Rz 8 ff).

15 So auch *Grünwald*, Beweisrecht 143; *Rogall*, ZStW 91 (1979), 1 (6).

16 Vgl *Gössel* in FS Bockelmann 801 (809); *Grünwald*, Beweisrecht 143.

17 Vgl *Beling*, Beweisverböte 2f.

18 *Beling* unterscheidet nicht zwischen Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverböten, sondern zwischen absoluten und relativen Beweisverböten, die die Unverwertbarkeit des betroffenen Beweismittels zur Folge haben; vgl *Beling*, Beweisverböte 30.

erforschung beschränken.<sup>19</sup> Das Verständnis staatlicher Befugnisse hat sich seither jedoch grundlegend gewandelt. Wie später noch ausführlich dargelegt werden wird, ist heute entsprechend dem Legalitätsprinzip des Art 18 Abs 1 B-VG davon auszugehen, dass Strafverfolgungsorgane keineswegs frei in der Wahl ihrer Vorgehensweise zur Wahrheitserforschung sind, sondern einer strikten Bindung an die gesetzlichen Vorgaben unterliegen. Die Beweiserhebungsvorschriften verbieten daher nicht nur bestimmte Eingriffe, sondern regeln gleichzeitig, unter welchen Voraussetzungen Beweiserhebungen überhaupt zulässig sind. Soweit es in den folgenden Ausführungen um Verletzungen von Beweiserhebungsvorschriften geht, wird deshalb von Verfahrensfehlern die Rede sein.

## 2. Beweisverwertungsverbote

Kern der Arbeit ist die Frage der Zulässigkeit der Verwertung von Beweisen. Klarzustellen ist damit, was unter Verwertung im Folgenden zu verstehen ist. Unter Verwertung wird hier die Heranziehung von bereits erhobenen Beweisen im weiteren Verfahren gemeint. Ein Beweismittel wird verwertet, wenn es als Entscheidungsgrundlage herangezogen oder mittels Vorführung oder Verlesung in die Hauptverhandlung eingeführt wird, aber auch wenn sich die weitere Beweisaufnahme auf ein Beweisergebnis stützt. Genau genommen wird hier nicht das Beweismittel an sich verwertet, es handelt sich aber um die Nutzung der durch die Beweisaufnahme erlangten Information. Im Grunde ist aber jede Nutzung eines Beweismittels nichts anderes als die Heranziehung einer durch Beweisaufnahme zugänglich gewordenen Information. Wird etwa ein Geistlicher im Ermittlungsverfahren darüber vernommen, was ihm im Rahmen der Beichte anvertraut wurde, so verstößt dieses Vorgehen gegen das Vernehmungsverbot des § 155 Abs 1 Z 1 und die Aussage des Geistlichen ist unverwertbar. Hat der Beschuldigte bei der Beichte etwa den Fundort der Tatwaffe bekannt gegeben, so muss die Suche danach unterbleiben, weil die derart erlangten Informationen im weiteren Verfahren nicht herangezogen werden dürfen.<sup>20</sup> Ferner ist die Verlesung des Vernehmungsprotokolls in der Hauptverhandlung unzulässig. Irrelevant ist, wann es zu dem Verfahrensfehler kommt. Wird der Priester etwa erst in der Hauptverhandlung vernommen, so wird hier gegen die entsprechende Beweiserhebungsvorschrift verstoßen und die derart erlangte Aussage ist ebenfalls im weiteren Verfahren unverwertbar. In dieser Konstellation bedeutet die Unverwertbarkeit, dass sich einerseits die weitere

---

19 Vgl *Beling*, Beweisverbote 2f.

20 Eine Ausnahme dieser Fernwirkung kann aber bestehen, sofern ein anderer Ermittlungsweg ebenfalls zum Auffinden der Tatwaffe geführt hätte. Ausführlich hierzu unter I. D. 2.

Beweisaufnahme nicht auf die so erlangten Informationen stützen darf und dass andererseits die Aussage bei der Beweiswürdigung im Rahmen der Urteilsfällung unberücksichtigt zu bleiben hat. Auch eine Anklageerhebung gegen den Beschuldigten darf nicht mit der unverwertbaren Information begründet werden. Die widerrechtlich erlangte Information darf von den Strafverfolgungsorganen also in keiner Weise im Verfahren gegen den Beschuldigten genutzt werden. Ein Verwertungsverbot wird hier somit als **Verwendungsverbot in allen Verfahrensstadien** verstanden.<sup>21</sup> Welche Reichweite einem Verwertungsverbot konkret im Einzelnen zuzukommen hat, kann erst geklärt werden, wenn die Prämissen feststehen, nach denen ein Verwertungsverbot überhaupt zu greifen hat. Im Folgenden ist der Begriff Verwertung zunächst weit zu verstehen, und zwar als jedwede Nutzung einer mittels Beweisaufnahme erlangten Information. Eine Begründung dieser Terminologie mit der hier vertretenen These erfolgt später, einstweilen geht es nur um eine begriffliche Klarstellung.

Zu klären ist zunächst, wie diese Terminologie im Verhältnis zu den vom Gesetz verwendeten Begriffen steht und von welchem Begriffsverständnis in der Lit ausgegangen wird. Spricht man von der Nutzung eines Beweismittels, so wird der Begriff „verwerten“ verwendet. Allerdings benutzt der Gesetzgeber selbst dort, wo er ausdrücklich ein Verwertungsverbot normiert hat,<sup>22</sup> das Wort „verwenden“ und nicht „verwerten“. Im allgemeinen Sprachgebrauch werden diese beiden Begriffe synonym gebraucht,<sup>23</sup> und zwar als „Benutzung zu einem bestimmten Zweck“. In der Lit zu den Beweisverwertungsverböten wird den Begriffen zum Teil jedoch sehr wohl eine unterschiedliche Bedeutung beigemessen. Unter Verwenden wird dabei die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung von bereits im Ermittlungsverfahren erhobenen Beweisen verstanden, welche durch Verlesung oder Vorführung in die Hauptverhandlung eingeführt werden.<sup>24</sup> Verwerten beziehe sich dann nur auf die Beweiswürdigung im Zuge einer Entscheidungsfindung.<sup>25</sup> Diese Differenzierung findet allerdings im Gesetzeswortlaut keine Deckung, denn spricht das Gesetz die Zulässigkeit der Benutzung eines Beweismittels an, so verwendet es wie in § 123 Abs 6 und 7, § 140, § 166 den Begriff „verwenden“. In § 13 Abs 3 wird hingegen zur Konkretisierung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes normiert, dass der Inhalt von Akten und anderen Schriftstücken nur so weit als Beweis „verwertet“ werden darf, als dies nach diesem Gesetz zulässig ist. Gemeint wird damit genau die Art Beweisbenutzung, die von einem Teil der Lehre

21 So auch *Knoll*, Fernwirkungen 26; *Jahn*, 67. DJT 2008, Band I, C 85; *Dallmeyer*, Beweisführung<sup>2</sup> 78.

22 Vgl § 166.

23 Vgl *Duden*, Synonymwörterbuch<sup>5</sup> 1039 und 1040.

24 *Ratz*, RZ 2005, 74, 106 (75).

25 Vgl etwa *Platzgummer* in FS Winkler 797 (798); *Schmoller*, JRP 2002, 251; *Ratz*, RZ 2005, 74, 106 (75); *Gössel* in GedS Meurer 381 (382).

als Beweisverwendung bezeichnet wird, nämlich die Verlesung oder Vorführung von bereits im Ermittlungsverfahren erhobenen Beweismitteln in der Hauptverhandlung. Ein Verwertungsverbot würde nach der Gesetzesterminologie nur die Verwendung von im Ermittlungsverfahren erhobenen Beweismitteln im Hauptverfahren regeln, um den Verfahrensgrundsätzen der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit gerecht zu werden, allerdings keine Folge von Verfahrensverstößen im Zuge der Beweiserhebung sein. Eine Berücksichtigung gem § 13 Abs 3 ausgeschlossener Beweise im Urteil wäre zwar gem § 258 Abs 1 ebenso ausgeschlossen, weil sich die Beweiswürdigung demnach nur auf solche Beweismittel stützen dürfte, die auch in der Hauptverhandlung vorgekommen wären. Der Ausschluss von Beweisen aufgrund ihrer Rechtswidrigkeit wäre von dieser Terminologie allerdings nicht erfasst. Aus den Materialien geht jedoch klar hervor, dass der Gesetzgeber die Begriffe „verwenden“ und „verwerten“ nicht differenziert verstanden wissen will. So wird in den erläuternden Bemerkungen zu § 166, in dem unstreitig ein Verwertungsverbot für unter Folter oder anderen unzulässigen Vernehmungsmethoden erlangte Geständnisse normiert wird, stets von Verwertungs- und nicht von Verwendungsverbot gesprochen.<sup>26</sup> Es ist somit davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die Begriffe synonym benutzt. Fest steht damit, dass das hier vertretene Begriffsverständnis eines Verwertungsverbots iSe Verwendungsverbots im Gesetzeswortlaut durchaus Deckung findet. Die Differenzierung in der Lit,<sup>27</sup> wonach Verwertung sich nur auf die Berücksichtigung von Beweisen bei der Urteilsfindung bezieht, lässt sich aus dem Gesetzeswortlaut hingegen nicht ableiten.

Verwertungsverbote sind somit nach der hier verwendeten Terminologie bereits im Ermittlungsverfahren relevant, wenn es etwa um die Entscheidung über Anklageerhebung oder Einstellung oder um die Verhängung von Untersuchungshaft geht. Falls ein Verwertungsverbot greift, ist also so vorzugehen, als würde das Beweismittel nicht existieren.<sup>28</sup> Verwertungsverbote so zu verstehen, dass ihnen erst bei der Beweiswürdigung im Rahmen der Urteilsfällung Relevanz zukommen soll, ist abzulehnen. Das Beweismittel im Verfahren noch zuzulassen und erst im Rahmen der Beweiswürdigung auszuschließen, kann vielmehr nur notfalls Wirkung eines Verwertungsverbots sein, nämlich wenn der Verfahrensfehler erst in der Hauptverhandlung geschieht oder ein Beweismittel trotz Verwertungsverbot ins Hauptverfahren eingeführt wird.

Innerhalb der Verwertungsverbote wird gemeinhin zwischen unselbständigen und selbständigen Verwertungsverboten differenziert, je nachdem, ob sie von einem vorangegangenen Verfahrensfehler abhängen

---

26 Vgl EBRV 25 BlgNR 22. GP 214f.

27 Vgl etwa *Platzgummer* in FS Winkler 797 (798); *Schmoller*, JRP 2002, 251; *Ratz*, RZ 2005, 74, 106 (75).

28 Vgl *Schmoller*, JRP 2002, 251; *Knoll*, Fernwirkungen 26.

oder davon unabhängig sind und somit auch dann greifen, wenn der Beweiserhebungsvorgang rechtmäßig war.<sup>29</sup> Ein selbständiges Verwertungsverbot soll etwa für den Umstand bestehen, dass der Beschuldigte in einem anderen Verfahren die Aussage als Zeuge wegen Selbstbeichtigungsgefahr verweigert hat.<sup>30</sup> Im Fokus dieser Arbeit stehen allein Verwertungsverbote, die auf einen Verfahrensfehler bei der Beweiserhebung folgen, so dass im Weiteren diese Differenzierung außer Acht gelassen wird.

## B. Gesetzliche Regelung der Verwertungsverbote

Zu klären ist, ob die bestehenden gesetzlichen Regelungen für die Lösung der Verwertungsverbotsproblematik ein Korsett vorgeben. Die StPO enthält keine ausdrückliche generelle Regelung, wann ein Verwertungsverbot eingreifen soll und wann nicht. Der Begriff „Beweisverbot“ wird ein einziges Mal verwendet, und zwar als Überschrift des § 166. Nach der hier dargestellten Einteilung ist unter Beweisverbot nur der Oberbegriff für Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote zu verstehen. Das Gesetz unterscheidet begrifflich nicht zwischen Erhebungs- und Verwertungsverboten, auch der Gebrauch der Begriffe „verwenden“ und „verwerten“ erfolgt, wie bereits gezeigt, synonym. Da das Gesetz eine klare Differenzierung vermissen lässt, ist aus der dort verwendeten Terminologie eine Lösung der Verwertungsverbotsproblematik nicht abzuleiten. Maßgebend kann dafür lediglich der Inhalt der Normen sein.

§ 166 Abs 1 verbietet die Verwendung von Aussagen, die unter Folter oder mittels anderweitiger unzulässiger Vernehmungsmethoden zustande gekommen sind, sofern im zweiten Fall der Ausschluss zur Wiedergutmachung der Verletzung unerlässlich ist. Absatz 2 erklärt derartige Beweise für nichtig. Häufiger enthält das Gesetz Verwertungsverbote mit Nichtigkeitsdrohung.<sup>31</sup> Auch § 126 Abs 4, § 140 Abs 1, § 155 Abs 1 Z 1 iVm § 144 Abs 1, § 155 Abs 1 Z 2 bis 4, § 157 Abs 2 und § 159 Abs 3 enthalten eine entsprechende Regelung.

Andere Vorschriften enthalten Vernichtungsanordnungen für nicht verwendbare Beweise, sehen jedoch eine Nichtigkeit der betroffenen Beweismittel nicht vor, so in den Regelungen für körperliche Untersuchungen gem § 123 Abs 3, für molekulargenetische Untersuchungen, wenn ein Ergebnis nicht mehr zu erwarten ist gem § 124 Abs 4, sowie in den Regelungen für die Beschlagnahme von Briefen, die Auskunft über Daten einer Nachrichtenübermittlung als auch die Überwachung von Nachrichten und die optische

29 Vgl *Rogall*, ZStW 91 (1979), 1 (3); *Schmoller*, JRP 2002, 251 (259).

30 Vgl *Schmoller*, JRP 2002, 251 (259); *Ratz* in WK-StPO § 281 Rz 72.

31 *Gössel* in LR-StPO<sup>26</sup> Einl Abschn L Rz 165 bezeichnet diese explizit im Gesetz normierten Verwertungsverbote als „absolute“ Verwertungsverbote.