

**Schriften zum Prozessrecht**

---

**Band 310**

# **Der hypothetische Ersatzeingriff**

**Berücksichtigung hypothetischer Rechtmäßigkeit  
im Rahmen von Verwertungsverboten rechtswidrig  
erlangter Beweise im Strafprozess**

**Von**

**Philipp Müller**



**Duncker & Humblot · Berlin**

PHILIPP MÜLLER

## Der hypothetische Ersatzeingriff

Schriften zum Prozessrecht

Band 310

# Der hypothetische Ersatzeingriff

Berücksichtigung hypothetischer Rechtmäßigkeit  
im Rahmen von Verwertungsverboten rechtswidrig  
erlangter Beweise im Strafprozess

Von

Philipp Müller



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Bremen hat diese Arbeit  
im Jahre 2024 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten  
© 2025 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: Klaus-Dieter Voigt, Berlin  
Druck: CPI books GmbH, Leck  
Printed in Germany

ISSN 0582-0219  
ISBN 978-3-428-19426-1 (Print)  
ISBN 978-3-428-59426-9 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

Verlagsanschrift: Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9,  
12165 Berlin, Germany | E-Mail: [info@duncker-humblot.de](mailto:info@duncker-humblot.de)  
Internet: <https://www.duncker-humblot.de>

## **Vorwort**

Ich widme diese Arbeit meinen Eltern, Regine und Peter Müller, die mir alles ermöglicht haben.

Ein besonderer Dank gilt meiner Mutter, Regine Müller, deren lebenslange Inspiration, Freude am Lesen und Schreiben zu finden, den Grundstein für diese Arbeit gelegt hat. Ihre wertvollen Ratschläge haben maßgeblich dazu beigetragen, die folgenden Seiten zu einem besseren Text zu machen.

Mein tief empfundener Dank gilt zudem Herrn Professor Dr. Sönke Gerhold für sein Vertrauen und die hervorragende Betreuung dieser Arbeit sowie Herrn Professor Dr. Peter Hay, dessen ansteckende Leidenschaft für die Wissenschaft mir die entscheidende Motivation für dieses Projekt gegeben hat.

Frankfurt am Main, im Januar 2025

*Philipp Müller*



# Inhaltsverzeichnis

## *Teil 1*

<b>Einleitung</b>	17
<b>A. Vorbemerkung und Fragestellung</b>	17
<b>B. Gang der Untersuchung</b>	18

## *Teil 2*

<b>Systematisierung der Problematik</b>	20
<b>A. Die Hypothese im Strafrecht</b>	20
I. Hypóthesis – die Hypothese als terminus technicus in der Wissenschaft	20
II. Bedeutung hypothetischer Verläufe im materiellen Strafrecht	24
1. Kausalität	24
a) Die Subtraktions- und Additionshypothese der Äquivalenztheorie der Rechtsprechung	24
b) Kritik der Literatur und weitere Kausalitätsfälle	26
c) Abschließende Bewertung der Bedeutung von Hypothesen für die strafrechtliche Kausalität	28
2. Pflichtwidrigkeitszusammenhang bei Fahrlässigkeitsdelikten	28
3. Rechtswidrigkeit	31
4. Vermögensdelikte	31
III. Bedeutung hypothetischer Verläufe im Strafprozessrecht	32
1. Die Hypothese im dualen Strafprozessrecht	32
2. Unterschiede zum materiellen Strafrecht	35
IV. Zusammenfassung	37
<b>B. Beweisverwertungsverbote</b>	38
I. Vorbemerkung	38
II. Telos und verfassungsrechtliche Funktion	41
1. Revisionsrechtlicher Ansatz	41
2. Rechtskreistheorie	43
3. Individualschutz	44
4. Nebeneffekte	45
5. Zwischenergebnis	47
III. Systematik und Voraussetzungen	48



1. Geschriebene Beweisverwertungsverbote .....	48
2. Ungeschriebene Beweisverwertungsverbote .....	50
a) Selbstständige Beweisverwertungsverbote .....	50
b) Unselbstständige Beweisverwertungsverbote .....	51
aa) Schutzzwecklehre .....	51
bb) Rechtskreistheorie .....	52
(1) Anwendung durch den BGH .....	52
(2) Stellungnahme .....	53
cc) Abwägungslehre .....	54
IV. Fernwirkung .....	57
V. Relevanz der Systematik für die Berücksichtigung hypothetischer Verläufe bei der Bestimmung eines Beweisverwertungsverbots .....	57
VI. Zusammenfassung .....	60
<b>C. Hypothetische Ersatzmaßnahmen als Faktor der Beweisverwertung .....</b>	<b>60</b>
I. Vorbemerkung .....	60
II. Kritische Anwendungsfälle .....	61
1. Fehler bei Durchführung einer Ermittlungsmaßnahme .....	61
a) Rechtsprechung .....	61
aa) § 81a Abs. 1 Satz 2 StPO und BGHSt 24, 125 .....	61
bb) Verstöße gegen Belehrungspflichten .....	63
b) Auffassung der Literatur .....	65
c) Stellungnahme .....	67
2. Missachtung des Richtervorbehalts einer Ermittlungsmaßnahme .....	71
a) Rechtsprechung .....	71
aa) Hypothetische Ersatzmaßnahmen berücksichtigende Urteile des BGH zu § 105 StPO .....	71
bb) Hypothetische Ersatzmaßnahmen ablehnende Urteile des BGH zu § 105 StPO .....	72
cc) Weitere Anwendungsfälle .....	74
(1) § 81a StPO .....	74
(2) §§ 100a ff. StPO .....	76
(3) §§ 110a ff. StPO .....	78
b) Auffassung der Literatur .....	79
c) Stellungnahme .....	81
aa) Kritik an dem Willkür-Kriterium der Rechtsprechung .....	81
bb) Umfassender Schutz des Richtervorbehalts .....	84
3. Verwertung eines trotz Beschlagnahmeverbots erlangten Beweismittels ..	86
a) Rechtsprechung .....	86
aa) § 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO .....	86
bb) § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO .....	87

(1) Rechtsprechung der Oberlandesgerichte .....	87
(2) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts .....	89
b) Auffassung der Literatur .....	90
c) Stellungnahme .....	93
4. Fernwirkung .....	96
a) Rechtsprechung .....	96
aa) Praktikabilitätsargument des BGH .....	96
bb) Abweichende Urteile der Oberlandesgerichte .....	96
b) Auffassung der Literatur .....	97
c) Stellungnahme .....	101
5. Rechtswidrige Beweiserhebung durch Privatpersonen .....	104
a) Rechtsprechung .....	104
b) Auffassung der Literatur .....	106
c) Stellungnahme .....	108
6. Zufallsfunde .....	110
a) Rechtslage nach der StPO – Wertungen des Gesetzgebers .....	110
aa) §§ 161 Abs. 3, 479 Abs. 2 S. 1 StPO .....	110
bb) § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO .....	112
cc) § 101a Abs. 4, 5 StPO .....	113
dd) § 108 Abs. 1 StPO .....	113
b) Sonderfall: legendierte Verkehrskontrolle .....	115
aa) BGHSt 62, 123 .....	115
bb) Auffassung der Literatur .....	117
cc) Stellungnahme .....	118
7. Zusammenfassende Stellungnahme .....	121
a) Ansätze der Rechtsprechung .....	121
aa) Matrix .....	121
bb) Stellungnahme .....	122
(1) Fehler beim Durchführen einer Ermittlungsmaßnahme .....	122
(2) Missachtung des Richtervorbehalts .....	122
(3) Verwertung eines trotz Beschlagnahmeverbots erlangten Be-	
weismittels .....	123
(4) Fernwirkung .....	123
(5) Beweismittelerlangung durch Private .....	124
(6) Zufallsfunde .....	124
b) Eigener Lösungsansatz .....	124
aa) Matrix .....	124
bb) Stellungnahme .....	125
(1) Grundsatz .....	125
(a) Positive Hypothese .....	126

(b) Enge oder weite Hypothese .....	126
(c) Konkrete Hypothese .....	127
(d) Der hypothetische Ersatzeingriff als Faktor der Abwägungslehre .....	127
(2) Ausnahmen .....	127
(a) Keine engen Hypothesen bei Missachtung des Richtervorbehalts .....	127
(b) Der hypothetische Ersatzeingriff als vorgelagerte normative Zurechenbarkeitserwägung in Fernwirkungsfällen ..	128
(c) Sonderfall der kodifizierten Zufallsfunde .....	128
III. US-amerikanisches Recht .....	128
1. Vorbemerkung .....	128
2. Independent Source Doctrine .....	129
3. Inevitable Discovery Doctrine .....	131
a) Nix v. Williams .....	131
b) Abgrenzungen zur Independent Source Doctrine .....	134
4. Lehren der US-amerikanischen Ansätze für das deutsche Recht .....	136
IV. Anforderungen an die Hypothesenbildung .....	139
1. Methodik .....	139
2. Referenzpunkte .....	141
3. Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit .....	143
a) Konkrete Möglichkeit .....	143
b) „höchstwahrscheinlich“ .....	143
c) „bereits im Ermittlungsverlauf angelegt“ .....	145
V. Beweiserbringung .....	146
VI. Zusammenfassung .....	149

### Teil 3

<b>Lösungsansatz zur Handhabung hypothetischer Ermittlungsverläufe</b> .....	151
<b>A. Vorbemerkung</b> .....	151
<b>B. Vereinbarkeit der Berücksichtigung hypothetischer Ermittlungsverläufe im Strafverfahren mit dem Grundgesetz</b> .....	151
I. Geschriebene Beweisverwertungsverbote .....	151
II. Ungeschriebene Beweisverwertungsverbote .....	153
1. Selbstständige Beweisverwertungsverbote .....	153
2. Unselbstständige Beweisverwertungsverbote .....	156
III. Zusammenfassung .....	159
<b>C. De lege lata: Vereinheitlichung der Rechtsprechung</b> .....	160
I. Vorbemerkung .....	160

Inhaltsverzeichnis	11
II. Grundsatzbildung	161
1. Geschriebene Beweisverwertungsverbote	161
2. Ungeschriebene Beweisverwertungsverbote	163
a) Selbstständige Beweisverwertungsverbote	163
b) Unselbstständige Beweisverwertungsverbote	164
III. Ergebnis	167
<b>D. De lege ferenda: weitergehende Kodifizierung der Berücksichtigung hypothetischer Ermittlungsverläufe</b>	167
<b>E. Berücksichtigung weiterer Anwendungsfälle</b>	170
I. Verwertung von in behördlichen Verfahren erlangter Beweise im Strafverfahren	171
1. Besteuerungsverfahren	171
2. Weitere behördliche Verfahren	174
II. Verwertung bei internen Ermittlungen erlangter Beweise im Strafverfahren gegen Arbeitnehmer	176
<b>F. Zusammenfassung</b>	180
<i>Teil 4</i>	
<b>Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse</b>	182
<b>Literaturverzeichnis</b>	184
<b>Sachwortverzeichnis</b>	193

## Abkürzungen

a. A.	andere Ansicht
Abs.	Absatz
a. F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
a. M.	am Main
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
Bd.	Band
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Strafsachen (von Mitgliedern des Bundesgerichtshof im Karl Heymanns Verlag herausgegeben; zit. nach Jahr und Seite)
BGs	Sammlung des Bundesgerichtshofs zu einzelnen richterlichen Anordnungen des Ermittlungsrichters
BRaK	Bundesrechtsanwaltskammer
BR Drs.	Bundesrat Drucksache
BT	Besonderer Teil
BT Drs.	Bundestag Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen der amtlichen Sammlung des Bundesverfassungsgerichts (von Mitgliedern des Bundesverfassungsgerichts im Mohr Siebeck Verlag herausgegeben; zit. nach Band und Seite)
BvR	Aktenzeichen einer Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
Cal. L. Rev.	California Law Review
Cir.	Circuit (Gerichtsbezirk der Berufungsgerichte im US-amerikanischen Bundesgerichtsaufbau)
Co.	Company
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review

D. C.	District Court (erstinstanzliches Gericht im US-amerikanischen Bundesgerichtsaufbau)
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
dies.	dieselbe
DJT	Deutscher Juristentag
DStR	Deutsches Steuerrecht (zit. nach Jahr und Seite)
DStZ	Deutsche Steuer-Zeitung (zit. nach Jahr und Seite)
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Einl.	Einleitung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
Entsch.	Entscheidung
EU	Europäische Union
f.	folgende
F.2d	Zweite Ausgabe des US Federal Case Law Reporter
F.3d	Dritte Ausgabe des US Federal Case Law Reporter
Fed.Appx	Federal Appendix Case Law Reporter
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Goldammers Archiv für Strafrecht (zit. nach Jahr und Seite)
gem.	gemäß
GeschGehG	Geschäftsgeheimnisgesetz
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
grds.	grundsätzlich
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
ICP	International Criminal Procedure
i. d. S.	in diesem Sinne
i. E.	im Ergebnis
i. F.	in Folge
insb.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
i. R.	im Rahmen
i. S.	im Sinne
IWW	Institut für Wissen in der Wirtschaft
JA	Juristische Arbeitsblätter (zit. nach Jahr und Seite)
JR	Juristische Rundschau (zit. nach Jahr und Seite)
JURA	Juristische Ausbildung (zit. nach Jahr und Seite)

JuS	Juristische Schulung (zit. nach Jahr und Seite)
JZ	Juristenzeitung (zit. nach Jahr und Seite)
KG	Kammergericht
KK	Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung
LFGB	Lebensmittel-, Bedarfsgegenstände- und Futtermittelgesetzbuch
LG	Landgericht
Lit.	Literatur
LK	Leipziger Kommentar
M-G/S	Meyer-Goßner/Schmitt Beck'scher Kurzkommentar für die Strafprozessordnung
MüKo	Münchener Kommentar
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n. b.	nota bene
N.E.2d	Zweite Ausgabe des North Eastern Reporter
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (zit. nach Jahr und Seite)
NK	Nomos Kommentar
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht (zit. nach Jahr und Seite)
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht Rechtsprechungs-Report (zit. nach Jahr und Seite)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (zit. nach Jahr und Seite)
NVZ	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht (zit. nach Jahr und Seite)
N.W.2d	2. Ausgabe des North Western Reporter
o.	oben
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
P.2d	Zweite Ausgabe des Pacific Reporter
RGSt	Entscheidungen der amtlichen Sammlung des Reichsgerichts (zit. nach Jahr und Seite)
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
SK	Systematischer Kommentar
s. o.	siehe oben
sog.	sogenannte
Ss	Strafsenat
S/S	Sönke/Schröder
st.	statt
st. a.	statt aller
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StPO-CH	Strafprozessordnung Schweiz

StPO-E	Strafprozessordnung-Entwurf
StR	Strafrechtliche Sammlung des Bundesgerichtshofs
str.	strittig
StV	Strafverteidiger (zit. nach Jahr und Seite)
s. u.	siehe unten
teilw.	teilweise
u.	unten
Urt.	Urteil
US	United States
U.S.	Supreme Court Reporter
v.	von
v.	versus
VerbanSanG-E	Verbandssanktionengesetz-Entwurf (Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft)
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume
Vorb.	Vorbemerkung
vs.	versus
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (zit. nach Band, Jahr und Seite)
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (zit. nach Jahr und Seite)
z. Z.	zur Zeit





## Teil 1

# Einleitung

## A. Vorbemerkung und Fragestellung

Eduard Spranger schrieb in einer seiner Interpretationsschriften über Johann Wolfgang von Goethe:

*„Aber eines hat er nie getan: Er hat die Welt und das Menschenleben nie systematisiert. Er hat niemals bloß intellektuelle Antworten aus kühler Ferne gegeben. Alles war durchlitten und durchkämpft, alles Konfession, aber nichts Dogma.“<sup>1</sup>*

Diese schmeichelnde Charakterisierung des Weimarer Klassizisten könnte ebenso eine Beschreibung des *status quo* der strafprozessualen Beweisverwertungsverbote sein. In Ermangelung einer dogmatischen Systematisierung des Rechtsgebiets ist die Rechtslandschaft durch richterrechtlich geformte, den Einzelfall „durchleidende“ Abwägungsprozesse geprägt. Die in den Urteilen Verwendung findenden Argumentationsansätze sind vielschichtig, aber dennoch wiederkehrend. Ein in der Rechtsprechung immer wieder vorkommender und in der Literatur kontrovers diskutierter Gedankenstrang ist das Konstrukt des sogenannten hypothetischen Ersatzeingriffs. Obwohl der hypothetische Ersatzeingriff erst seit Ende der Achtziger- und Anfang der Neunzigerjahre ausführlicher diskutiert wird,<sup>2</sup> ist der Rechtsgedanke in der juristischen Literatur schon deutlich länger präsent.<sup>3</sup> Unumstritten anerkannt ist die Rechtsfigur trotz nun jahrzehntelanger Diskussion nicht: Während der hypothetische Ersatzeingriff in der juristischen Literatur einerseits als *modus irrealis* kritisch beleuchtet wird, wird er andererseits als *modus surrealis* verworfen.<sup>4</sup> Verfolgt man diese sowie viele andere Diskurse der Wissenschaft auf den Spuren der strafrechtlichen Rechtsprechung zu Beweisverwertungsverböten, vermag das ganze strafprozessuale Beweisrecht bisweilen als Aporie erscheinen. Jahn kommentierte in seinem Gutachten zum Deutschen Juristentag im Jahr 2008 in Erfurt die Rechtsprechung des BGH zu den

---

<sup>1</sup> Spranger, S. 8.

<sup>2</sup> Vgl. z. B.: Rogall, NStZ 1988, 385 ff.; sowie die ausführlichen Dissertationen von Schröder und Kelnhofer.

<sup>3</sup> Z. B. wird der Gedanke bereits im 1952 erschienenen Lehrbuch zur StPO von Peters, S. 263, aufgegriffen.

<sup>4</sup> Den hypothetischen Ersatzeingriff m.w.N. auf kritische Stimmen der Literatur als *modus irrealis* bezeichnend (wenn auch i. E. befürwortend): Abrahams, ZIS 6/2020, 120 ff.

Beweisverwertungsverboten als „*nur mit Mühe auf einen Nenner zu bringen*“.<sup>5</sup> Diese Mühe soll in dieser Arbeit im Hinblick auf den hypothetischen Ersatzeingriff als Faktor der strafprozessualen Beweisverwertung unternommen werden. Die wesentliche Fragestellung der Arbeit lautet daher, ob und wie – das heißt in welcher Form und unter welchen Voraussetzungen – der hypothetische Ersatzeingriff im Rahmen des strafprozessualen Beweisverwertungsrechts zur Anwendung kommen kann, darf oder sollte.

## B. Gang der Untersuchung

Die Arbeit wird zunächst die Existenz und Daseinsberechtigung von Hypothesen im deutschen Straf- und Strafprozessrecht betrachten.<sup>6</sup>

Sodann folgt eine mikroanalytische Auswertung der zum hypothetischen Ersatzeingriff bisher nicht in geringer Anzahl ergangenen Urteile.<sup>7</sup> Diese Analyse wird mit einer Darstellung und Kommentierung der im jeweiligen Rechtsprechungskontext ergangenen Bewertung des hypothetischen Ersatzeingriffs durch die juristische Literatur einhergehen.<sup>8</sup> Diese Betrachtung wird – wie bereits angedeutet – zeigen, dass der Flickenteppich der uneinheitlichen Anwendung der Rechtsfigur durch die Rechtsprechung in einem Flickenteppich der unterschiedlichen Bewertungen durch die Lehre gespiegelt wird. Wenngleich sich bisher nur wenige Schriften aus dem vergangenen Jahrtausend ausgiebig mit der Rechtsfigur beschäftigen, so wird die Rechtsfigur dennoch immer wieder am Rande beweisverwertungsrechtlicher Schriften kommentiert und bewertet. Von der Formation einer herrschenden Meinung kann diesbezüglich kaum die Rede sein: Die Ansichten der Kommentierenden aus Wissenschaft und Praxis reichen von umfassender Ablehnung bis zu einer weitreichenden Anwendung der Rechtsfigur im Sinne eines hypothesenbasierten Verwertungsautomatismus.

Die diese Feinheiten aufarbeitende und kategorisierende Mikroanalyse der individuellen Fallkonstellationen der Rechtsprechung und deren entsprechenden Bewertungen in der Literatur wird anschließend durch eine Makroanalyse zu übergeordneten Themen, wie die verfassungsrechtliche Legitimität und Kodifizierbarkeit der Rechtsfigur, komplettiert.<sup>9</sup>

Beide Analysen dienen dazu den hypothetischen Ersatzeingriff handhabbar zu konturieren. Die zum Ziel gesetzte Konturierung impliziert bereits, dass die Arbeit die These einer gewinnbringenden Daseinsberechtigung des hypothetischen

---

<sup>5</sup> *Jahn*, Verhandlungen des 67. DJT, Bd. I, Gutachten C 76.

<sup>6</sup> Teil 2 A. und B.

<sup>7</sup> Teil 2 C.

<sup>8</sup> Teil 2 C.

<sup>9</sup> Teil 3.

Ersatzeingriffs im Recht der strafprozessualen Beweisverwertungsverbote voraussetzt. Wie weit diese Daseinsberechtigung sinnvollerweise gehen kann, wird im Laufe der Arbeit und nicht zuletzt bei einem Anwendungsversuch der Rechtsfigur in bisher noch nicht gerichtlich entschiedenen aber praxisrelevanten Fällen erprobt.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> Teil 3 E.