

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

Philip 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
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

Einleitung	17
A. Vorbemerkung und Fragestellung	17
B. Gang der Untersuchung	18

Teil 2

Systematisierung der Problematik	20
A. Die Hypothese im Strafrecht	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 Substraktions- 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. Beweisverwertungsverbote	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
C. Hypothetische Ersatzmaßnahmen als Faktor der Beweisverwertung	60
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) §§ 100aff. StPO	76
(3) §§ 110aff. 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 Richter vorbehalts	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) <i>Nix v. Williams</i>	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
 <i>Teil 3</i>	
Lösungsansatz zur Handhabung hypothetischer Ermittlungsverläufe	151
A. Vorbemerkung	151
B. Vereinbarkeit der Berücksichtigung hypothetischer Ermittlungsverläufe im Strafverfahren mit dem Grundgesetz	151
I. Geschriebene Beweisverwertungsverbote	151
II. Ungeschriebene Beweisverwertungsverbote	153
1. Selbstständige Beweisverwertungsverbote	153
2. Unselbstständige Beweisverwertungsverbote	156
III. Zusammenfassung	159
C. De lege lata: Vereinheitlichung der Rechtsprechung	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
D. De lege ferenda: weitergehende Kodifizierung der Berücksichtigung hypothetischer Ermittlungsverläufe	167
E. Berücksichtigung weiterer Anwendungsfälle	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
F. Zusammenfassung	180
 <i>Teil 4</i>	
Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	182
Literaturverzeichnis	184
Sachwortverzeichnis	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	Goltdammers Archiv für Strafrecht (zit. nach Jahr und Seite)
gem.	gemäß
GeschGehG	Geschäftsgeheimnisgesetz
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
grds.	grundätzlich
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.“¹

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,² ist der Rechtsgedanke in der juristischen Literatur schon deutlich länger präsent.³ Unumstritten anerkannt ist die Rechtsfigur trotz nun Jahrzehntelanger Diskussion nicht: Während der hypothetische Ersatzeingriff in der juristischen Literatur einerseits als *modus unrealis* kritisch beleuchtet wird, wird er andererseits als *modus surreal* verworfen.⁴ Verfolgt man diese sowie viele andere Diskurse der Wissenschaft auf den Spuren der strafrechtlichen Rechtsprechung zu Beweisverwertungsverboten, 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

¹ Spranger, S. 8.

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

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

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

Beweisverwertungsverboten als „*nur mit Mühe auf einen Nenner zu bringen*“.⁵ 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.⁶

Sodann folgt eine mikroanalytische Auswertung der zum hypothetischen Ersatzeingriff bisher nicht in geringer Anzahl ergangenen Urteile.⁷ Diese Analyse wird mit einer Darstellung und Kommentierung der im jeweiligen Rechtsprechungskontext ergangenen Bewertung des hypothetischen Ersatzeingriffs durch die juristische Literatur einhergehen.⁸ Diese Betrachtung wird – wie bereits ange deutet – 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.⁹

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

⁵ Jahn, Verhandlungen des 67. DJT, Bd. I, Gutachten C 76.

⁶ Teil 2 A. und B.

⁷ Teil 2 C.

⁸ Teil 2 C.

⁹ 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.¹⁰

¹⁰ Teil 3 E.