

## Entscheidungsbesprechung

**Zur Verwertbarkeit der im Zusammenhang mit einer molekulargenetischen Reihenuntersuchung gewonnenen Erkenntnis, dass der Verursacher der bei der Tat gelegten DNA-Spur wahrscheinlich mit einem der Teilnehmer der Untersuchung verwandt ist (sog. Beinahetreffer). (Amtlicher Leitsatz)**

StPO §§ 81h, 261

BGH, Urt. v. 20.12.2012 – 3 StR 117/12 (LG Osnabrück)<sup>1</sup>

### I. Einleitung

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs wird zweifellos in der einen oder anderen Form in juristischen Prüfungen abgefragt werden. Denn der BGH hat im Grundsatz seine bekannte (und äußerst prüfungsrelevante) Rechtsprechung zu den Beweisverwertungsverböten bestätigt, formuliert hier aber eine neue und (nicht ohne weiteres nachvollziehbare) Ausnahme. So kann mit diesem Fall die begehrte Kombination aus aktueller Rechtsprechung mit Standardwissen abgefragt werden.

In der Entscheidung geht es, wie schon dem Leitsatz zu entnehmen ist, um einen so genannten Beinahetreffer<sup>2</sup> im Rahmen eines Reihengentests nach § 81h StPO. Ein Beinahetreffer liegt vor, wenn der Sachverständige<sup>3</sup> beim Abgleich einer freiwillig abgegebenen Speichelprobe mit der DNA-Spur vom Tatort zwar keine hundertprozentige Übereinstimmung, aber doch eine deutliche Ähnlichkeit feststellt. Dann ist es sehr wahrscheinlich, dass ein Verwandter des Testteilnehmers die Tatspur gelegt hat.

Während in England, den USA und in den Niederlanden in DNA-Datenbanken gezielt nach Verwandten gesucht wird (sog. familial profiling oder familial matching) war der hier besprochene Fall in Deutschland der erste Fund eines so genannten Beinahetreffers, der höchstwahrscheinlich zufällig entstand. Anderes lassen zwar die „Erläuterungen zur Einwilligungserklärung“ im Rahmen des Reihengentests des LKA Sachsen 2007 vermuten, in der explizit auf die Möglichkeit der Belastung Verwandter im Falle einer „hohen Übereinstimmung“ eingegangen wird („[...] die Übereinstimmung kann jedoch einen Ermittlungsansatz darstellen und zu Ermittlungen in Ihrem Verwandtenkreis führen.“)<sup>4</sup>. Dennoch soll für die rechtliche Betrachtung des BGH-Urteils und seiner

<sup>1</sup> Online abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288&nr=63202&pos=3&anz=588&Blank=1.pdf>

sowie abgedruckt in NJW 2013, 1827 = NSTZ 2013, 242.

<sup>2</sup> Vgl. zum Begriff *Brocke*, StraFo 2011, 298.

<sup>3</sup> Und nur diese dürfen gem. § 81h Abs. 3 i.V.m. § 81f Abs. 2 StPO diesen Abgleich vornehmen.

<sup>4</sup> Zitiert nach *Ademi*, Der Massengentest und § 81h StPO, 2011, S. 292f.; aufgrund dieses Zitates kritisch zur Zufälligkeit des Fundes von Beinahetreffern schon *Swoboda*, StV 2013, 461 Fn. 3.

Konsequenzen hier von einem Zufallsfund ausgegangen werden.

### II. Sachverhalt

Eine Frau wurde in der Nacht vom 17. auf den 18.7.2010 unter Anwendung massiver Gewalt vergewaltigt. Eine Täterbeschreibung konnte die Frau nicht abgeben, da ihre Augen wegen heftiger Schläge gegen den Kopf zugeschwollen waren. Lediglich das Alter des Täters konnte sie auf ca. 25 Jahre schätzen. Allerdings konnten männliche DNA-Spuren an ihrer Bluse sowie aus dem Vaginal- und Analbereich sichergestellt werden. Die polizeilichen Ermittlungen wiesen auf eine örtliche Verwurzelung des Täters in der Gemeinde D. hin. Daher wurde durch den zuständigen Ermittlungsrichter ein Reihengentest aller zwischen dem 1.1.1970 und dem 31.12.1992 geborenen Männer in der Gemeinde D. angeordnet. An diesem Test nahmen 2.406 Männer teil. Als noch ca. 800 Speichelproben zur Überprüfung ausstanden, fielen der den Abgleich durchführenden Sachverständigen zwei Proben auf, die zwar keine vollständige, aber immerhin eine hohe Übereinstimmung mit der Tatspur aufwiesen (mithin zwei Beinahetreffer). Der *Senat* betont an dieser Stelle, dass kein Feststellungsverbot im Sinne eines Kenntnismahmeverbotes anzunehmen sei, da es faktisch unmöglich sei, einen Reihengentest durchzuführen ohne einen Beinahetreffer wahrzunehmen.<sup>5</sup> Die Sachverständige teilte die Feststellung der Beinahetreffer und ihre Schlussfolgerung, dass die beiden Teilnehmer Verwandte des Täters sein könnten, den zuständigen Ermittlungsbeamten mit und bat um die Überprüfung, ob weitere Verwandte dieser beiden Männer an dem Reihengentest teilgenommen hätten. Sie wollte diese Proben dann vorziehen. Die Polizei entanonymisierte die beiden Proben und es zeigte sich, dass diese von zwei Brüdern stammten. Weiterhin wurde festgestellt, dass ein weiterer Bruder auch am Test teilgenommen hatte, seine DNA jedoch keine große Ähnlichkeit mit der Tatspur aufwies. Im Anschluss führten die Ermittlungsbehörden einen Melderegisterabgleich der beiden Probengeber der Beinahetreffer durch. Dieser ergab, dass einer der Probengeber einen Sohn hatte, der aufgrund seines Alters (Geburtsjahr 1993) nicht zum Reihengentest eingeladen worden war. Der zuständige Ermittlungsrichter ordnete daraufhin durch Beschluss die Entnahme von Körperzellen bei diesem Sohn (basierend auf § 81a StPO) und deren molekulargenetische Untersuchung an (§ 81e StPO). Die so gewonnene DNA-Probe war mit der Tatspur identisch. Im Verfahren vor dem Landgericht Osnabrück wurde der Angeklagte zu fünf Jahren Jugendstrafe verurteilt. Gegen dieses Urteil legte der Angeklagte Revision ein, die der *Senat* mit dem vorliegenden Urteil verwarf.

### III. Besprechung

Das Besondere (und damit Examensrelevante) an diesem Fall ist die Begründung, mit der der *Senat* ein Beweisverwertungsverbot für Beinahetreffer im Grundsatz annimmt, in diesem ersten Fall eines Beinahetreffers aber noch ablehnt.

<sup>5</sup> BGH, Urt. v. 20.12.2012 – 3 StR 117/12, Rn. 24.

Der *Senat* urteilt, die Anordnung des Reihengentests selbst sei rechtmäßig gewesen,<sup>6</sup> da die Voraussetzungen des § 81h StPO vorlagen. Diese Voraussetzungen umfassen das Vorliegen einer Katalogtat (hier ein Verbrechen gegen die sexuelle Selbstbestimmung, § 177 StGB), eine deutliche Eingrenzung des Personenkreises anhand bestimmter Prüfungsmerkmale (hier alle männlichen Einwohner der Gemeinde D. zwischen 18 und 40 Jahren) sowie die Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit des Reihengentests (hier aufgrund fehlender anderer Ermittlungsmöglichkeiten und einer Zahl von deutlich unter 10.000 Probanden wegen der Schwere der Tat gegeben). Auch die Entanonymisierung der beiden Proben beurteilt der *Senat* als verfahrensfehlerfrei, da die Proben nicht in anonymisierter Form erhoben worden seien und damit die Daten jedes Probanden den Ermittlungsbehörden vorlagen.<sup>7</sup> Gemäß § 81h Abs. 3 in Verbindung mit § 81f Abs. 2 StPO müssen die Daten dem Sachverständigen, der den Abgleich durchführt, in anonymisierter Form zugehen. Dies ist hier geschehen. Außerdem begründe ein Verstoß gegen § 81f Abs. 2 StPO keine Revision, da sie „außerprozessualen Zwecken dienen, die nicht mit den Mitteln des Prozessrechts geschützt werden müssen.“<sup>8</sup>

Die Auswertung der Beinahetreffer und die Verwendung der so gewonnen Erkenntnisse als verdachtsbegründende Momente gegen den Angeklagten waren jedoch verfahrensfehlerhaft. Der Verfahrensfehler liege in der verdachtsbegründenden Verwertung der Daten des Vaters und des Onkels, welche gegen die klare Zweckbindung des § 81h Abs. 1 StPO und das über § 81h Abs. 3 StPO anwendbare Verbot des § 81g Abs. 2 StPO verstoße.<sup>9</sup>

Der Wortlaut des § 81h StPO erlaubt eine Analyse des DNA-Materials aus einem Reihengentest „soweit dies zur Feststellung erforderlich ist, ob das Spurenmaterial von diesen Personen stammt.“ Mit „diesen“ Personen sind dabei die „zur Teilnahme am Reihengentest aufgeforderten und freiwillig mitwirkenden Personen“ gemeint.<sup>10</sup> Über diesen engen Zweck hinausgehende Untersuchungen des DNA-Materials und daraus folgende weitergehende Feststellungen werden durch das Verbot des § 81g Abs. 2 StPO untersagt. Dieses greift über den Verweis des § 81h Abs. 3 StPO auch im Fall eines Reihengentests und ist dann so zu lesen, dass alle über den Zweck des § 81h Abs. 1 StPO hinausgehenden Untersuchungen untersagt sind.<sup>11</sup>

Die Verwertung der Beinahetreffer stelle damit, so der *Senat* weiter, eine Verletzung der Grundrechte des Vaters und

des Onkels des Angeklagten aus Art. 2 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 GG dar. Für diesen Eingriff fehle jedoch die gesetzliche Grundlage. § 160 StPO sei hier nicht anwendbar, da die eindeutige Zweckbindung des § 81h Abs. 1 StPO eine entgegenstehende Verwendungsregelung im Sinne des § 160 Abs. 4 StPO sei. Auch aus datenschutzrechtlichen Vorschriften ergebe sich keine gesetzliche Grundlage für den Eingriff. Insbesondere dürften personenbezogene Daten nach § 4 BDSG nur mit Einwilligung des Betroffenen verwendet werden.<sup>12</sup>

Zwar lag eine Einwilligung der beiden Probanden vor. Diese war auch nicht wegen einer fehlerhaften Belehrung unwirksam, wie von der Revision vorgetragen. Es wurde zwar nicht auf die Möglichkeit der Verwertung von Beinahetreffern hingewiesen. Dies war aber nach § 81h Abs. 4 StPO auch nicht erforderlich. Der *Senat* urteilt insofern zu Recht, dass eine Belehrung nicht durch spätere Vorgänge nachträglich verfahrensfehlerhaft werden kann. Die Einwilligung umfasste indes nicht die Verwendung der DNA-Proben als verdachtsbegründendes Moment gegen den Angeklagten.<sup>13</sup>

Aus der verfahrensfehlerhaften Verwendung der Daten des Onkels und des Vaters folge, so der *Senat* weiter, die Fehlerhaftigkeit des Beschlusses nach § 81a StPO gegen den Angeklagten, so dass auch die Gewinnung seiner DNA-Muster und die Feststellung der Übereinstimmung mit der Tatspur rechtswidrig waren.<sup>14</sup> Im Anschluss führt der *Senat* aus, warum sich der Angeklagte auch auf die Verletzung der Grundrechte seiner Verwandten berufen kann. Dabei zieht er eine Parallele zwischen der Situation für die Angehörigen nach Verwertung der Beinahetreffer mit der nach einem Verstoß gegen §§ 81c Abs. 3 S. 1 und 2 Hs. 2, 52 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 S. 1 StPO und verweist auf die hierzu bestehende Rechtsprechung. Danach könne sich auch der Angeklagte auf diese Verstöße berufen, da auch der Schutz der Familie bezweckt sei und so der Verstoß gegen § 81h Abs. 1 StPO auch seine Interessen beeinträchtige.<sup>15</sup>

Nun zur Kernproblematik des Falles. Besteht hinsichtlich der Erkenntnisse aus der Verwertung der Beinahetreffer, mithin der Feststellung der Übereinstimmung der DNA des Angeklagten mit der Tatspur, ein Beweisverwertungsverbot?

Der *Senat* bezieht sich zunächst auf die bekannte Formel, dass nicht jeder Verfahrensfehler ein Beweisverwertungsverbot nach sich ziehe, sondern im Einzelfall zwischen dem Strafverfolgungsinteresse des Staates und den betroffenen Rechtsgütern des Einzelnen abzuwägen sei (Abwägungslehre). Da-

<sup>6</sup> BGH, Urt. v. 20.12.2012 – 3 StR 117/12, Rn. 36.

<sup>7</sup> BGH, Urt. v. 20.12.2012 – 3 StR 117/12, Rn. 17. Anders explizit *Swoboda*, die die Entanonymisierung als rechtswidrig bezeichnet, aber im Weiteren die Verwertung der Beinahetreffer als entscheidenden Verfahrensfehler ansieht und nicht mehr auf die Entanonymisierung Bezug nimmt (*Swoboda*, StV 2013, 461).

<sup>8</sup> BGH, Urt. v. 20.12.2012 – 3 StR 117/12, Rn. 17.

<sup>9</sup> BGH, Urt. v. 20.12.2012 – 3 StR 117/12, Rn. 25.

<sup>10</sup> BT-Drs. 15/5674, S. 13 re. Sp.

<sup>11</sup> *Krause*, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 2, 26. Aufl. 2008, § 81h Rn. 29.

<sup>12</sup> BGH, Urt. v. 20.12.2012 – 3 StR 117/12, Rn. 25 ff.

<sup>13</sup> Zu Unrecht meint *Brocke* (StraFo 2011, 298 [300]), dass alle Untersuchungen zulässig seien, da über die Möglichkeit der Verwertung von Beinahetreffern nicht belehrt werden müsse. Der Teilnehmer des Reihengentests habe keine Dispositionsbefugnis über seine DNA-Proben, sondern sei durch die Freiwilligkeit ausreichend geschützt. Das kann angesichts der Bedeutung der erhobenen Daten sowie der noch nicht absehbaren zukünftigen Möglichkeiten der DNA-Analyse nicht richtig sein.

<sup>14</sup> BGH, Urt. v. 20.12.2012 – 3 StR 117/12, Rn. 27.

<sup>15</sup> BGH, Urt. v. 20.12.2012 – 3 StR 117/12, Rn. 28 f.; anders *Busch*, NJW 2013, 1771 (1772).

bei müsse die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes wegen der grundlegenden Bedeutung der Wahrheitsforschungspflicht des Gerichtes für den Strafprozess immer eine Ausnahme darstellen.<sup>16</sup> Grundsätzlich sieht der *Senat* den Verstoß gegen die §§ 81h Abs. 1, Abs. 3, 81g Abs. 2 StPO in Form der verdachtsbegründenden Verwertung von Beinahetreffern als so schwerwiegend an, dass dieser ein Beweisverwertungsverbot nach sich ziehe, und zwar auch für die mittelbar gewonnen Beweise gegen den Verwandten aufgrund des § 81a StPO-Beschlusses. Ausnahmsweise liege aber in diesem Fall *noch* kein Beweisverwertungsverbot vor.<sup>17</sup>

Zur Begründung führt das Gericht drei Argumente an. Zunächst sei die Beweisgewinnung selbst (also der Reihengentest) rechtmäßig gewesen. Des Weiteren sei die Weitergabe der Beinahetreffer an die Ermittlungsbehörden durch die Sachverständige von dem nachvollziehbaren Motiv der Verfahrensbeschleunigung getragen gewesen. „Entscheidend“ sei jedoch, dass die Rechtslage bezüglich des Umgangs mit Beinahetreffern für die Ermittlungsbehörden ungeklärt gewesen sei. Wegen der strukturellen Nähe zu anderen Vorschriften wie den §§ 108 Abs. 1, 477 Abs. 2 S. 2 StPO, nach denen Zufallserkenntnisse (unter bestimmten Voraussetzungen) verwertet werden dürfen, sei die Annahme der Verwertbarkeit der Beinahetreffer „nicht völlig unvertretbar“ und jedenfalls keine „bewusste oder gar willkürliche Umgehung des Gesetzes oder grundrechtlich geschützter Positionen“ gewesen.<sup>18</sup> Mit dieser Begründung spricht das Gericht dem Verfahrensverstoß in diesem ersten Fall eines Beinahetreffers eine Schwere ab, die ein Beweisverwertungsverbot nach sich ziehen müsse.

Explizit hat sich vor diesem Fall des Reihengentests in Deutschland weder die Rechtsprechung noch die Literatur mit dem Thema Beinahetreffer auseinandergesetzt. Auch der Gesetzesbegründung aus dem Jahre 2005 ist zu dieser Möglichkeit der genetischen Ermittlung nichts zu entnehmen.<sup>19</sup> Genügt dieses Schweigen der Gesetzesbegründung, der Kommentarliteratur und der Gerichte für die Annahme einer unklaren Rechtslage, die der *Senat* als entscheidendes Argument gegen die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes anführt?

§ 81h StPO wurde durch den Gesetzgeber eingeführt um „Rechtsunsicherheiten zu beseitigen und die rechtsstaatliche Ausgestaltung des Verfahrens zu verbessern.“<sup>20</sup> Der vom Gesetzgeber intendierte Zweck findet sich im Wortlaut des § 81h Abs. 1 StPO deutlich wieder.<sup>21</sup> Durch den Verweis auf § 81g Abs. 2 in § 81h Abs. 3 StPO wollte der Gesetzgeber unzulässige Untersuchungen untersagen. Auch die einschlägige Kommentarliteratur geht (im Übrigen auch schon vor dem vorlie-

genden Urteil) von einer klaren Zweckbindung in § 81h StPO aus. Statt vieler sei hier *Krause* in Löwe/Rosenberg zitiert: „Die Regelung enthält zugleich eine enge Zweckbindung. Einziges Ziel des Reihentests ist es, festzustellen, ob am Tatort oder am Verletzten sichergestellt Spurenmateriale von einer Person aus dem eingegrenzten Personenkreis stammt.“<sup>22</sup>

Der *Senat* selbst bestätigt dies im vorliegenden Fall: „Gleichwohl verbleibt es bei der nach dem Wortlaut des § 81h Abs. 1 StPO eindeutigen Zweckbindung von Untersuchung und Abgleich der DNA-Proben und dem Verbot überschießender Feststellungen.“<sup>23</sup> Zu Recht beurteilt das Gericht daher die Verwertung der Beinahetreffer als verfahrensfehlerhaft und auch die anschließende Anordnung nach § 81a StPO gegen den Angeklagten und die Verwendung der Ergebnisse im Verfahren als rechtswidrig. Indes erscheint die Begründung der Ablehnung eines Beweisverwertungsverbotes zumindest fragwürdig.

Die (vermeintlich) unklare Rechtslage wird vom *Senat* im Rahmen der Abwägungslehre angeführt. Hierzu verweist das Gericht auf die Definition des Bundesverfassungsgerichtes, nach der ein Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens „insbesondere nach schwerwiegenden, bewussten oder objektiv willkürlichen Rechtsverstößen, bei denen grundrechtliche Sicherungen planmäßig oder systematisch außer Acht gelassen worden sind“ ein Beweisverwertungsverbot nach sich ziehe.<sup>24</sup>

Ohne im Rahmen dieser Entscheidungsanmerkung eine grundsätzliche Kritik der Abwägungslehre vornehmen zu können,<sup>25</sup> scheint der *Senat* auch mit diesem Urteil die zitierte Formel des Bundesverfassungsgerichtes als maßgebliches, womöglich als alleiniges „Abwägungs“-Kriterium zu betrachten. Jedoch ist dieses Kriterium eher als disziplinierendes Element denn als Abwägungskriterium zu sehen.<sup>26</sup> Letztlich nimmt der *Senat* im vorliegenden Fall gerade keine Einzelfallabwägung der widerstreitenden Interessen vor, sondern begnügt sich damit, dem eigentlich als erheblich bezeichneten Verfahrensverstoß seine (grundsätzlich ein Beweisverwertungsverbot auslösende) Bedeutung zu nehmen, da die

<sup>16</sup> BGH, Urt. v. 20.12.2012 – 3 StR 117/12, Rn. 31.

<sup>17</sup> BGH, Urt. v. 20.12.2012 – 3 StR 117/12, Rn. 30.

<sup>18</sup> BGH, Urt. v. 20.12.2012 – 3 StR 117/12, Rn. 36 ff.

<sup>19</sup> Sehr zweifelhaft ist, ob mit *Brocke* (StraFo 2011, 298 [301]) angenommen werden kann, dass der Gesetzgeber absichtlich keine Regelung zum Umgang mit Beinahetreffern in § 81h StPO aufgenommen habe, um diese uneingeschränkt verwerten zu können.

<sup>20</sup> BT-Drs. 15/5674, S. 6 li. Sp.

<sup>21</sup> BT-Drs. 15/5674, S. 13.

<sup>22</sup> *Krause* (Fn. 11), § 81h Rn. 21; anders beurteilt das indes mit Blick auf den vorliegenden Fall *Brocke*, der von einer Verwertbarkeit der Beinahetreffer als nicht vom Wortlaut und Zweck der Norm erfassten Zufallstreffern ausgeht (*ders.*, StraFo 2011, 298 [299 f.]); zunächst schloss sich *Meyer-Göbner* dieser Auffassung an (*ders.*, Strafprozessordnung, Kommentar, 55. Aufl. 2012, § 81h Rn. 15), änderte dies jedoch nach dem hier zitierten BGH-Urteil (*ders.*, Strafprozessordnung, Kommentar, 56. Aufl. 2013, § 81h Rn. 13a).

<sup>23</sup> BGH, Urt. v. 20.12.2012 – 3 StR 117/12, Rn. 25 (*Hervorhebungen* nicht im Original).

<sup>24</sup> BGH, Urt. v. 20.12.2012 – 3 StR 117/12, Rn. 33.

<sup>25</sup> Vgl. dazu bspw. die Ausführungen bei *Trüg/Habetha*, NStZ 2008, 481 (485 f.); *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. 2012, S. 172 f. § 24 Rn. 30; sowie einschränkend *Beulke*, Strafprozessrecht, 12. Aufl. 2012, S. 309 Rn. 458.

<sup>26</sup> So auch *Löffelmann*, JR 2013, 270 (279); ein solcher Disziplinierungsgedanke ist schon im Medizinalassistentenurteil angeklungen (BGHSt 24, 125).

Ermittlungsbeamten angesichts der unklaren Rechtslage nicht willkürlich gehandelt hätten (was durchaus anders gesehen werden kann). Darin könnte man eine Umkehrung des Disziplinierungsgedankens in einen „Freischuss“ für Ermittler bei unklarer Rechtslage sehen.

Wo aber lag nun in diesem Fall die unklare Rechtslage? Der Wortlaut des § 81h StPO ist eindeutig, die Zweckbindung klar. Rechtsanwender (wie Ermittlungspersonen) müssen eigentlich in der Lage sein, aus diesem Wortlaut auf die Rechtswidrigkeit der Verwendung der Beinahetreffer zu schließen. Die Argumentation mit einer Zulässigkeit der Verwertung von Zufallsfunden an anderen Stellen der StPO überzeugt nicht. Näher hätte es gelegen, e contrario aufgrund des Fehlens einer solchen Regelung bei § 81h StPO auf die Unverwertbarkeit zu schließen.<sup>27</sup> Zudem missachteten die Ermittlungspersonen die von ihnen selbst erteilte Belehrung.<sup>28</sup> Zwar ist dem *Senat* zuzustimmen, dass eine Einwilligung nicht durch nachträgliche Ereignisse unwirksam wird. Da in der detaillierten Belehrung aber insbesondere auf den Zweck und die Einschränkungen der Verwendungsmöglichkeiten der DNA-Proben hingewiesen wurde, waren die rechtlich zulässigen Verwendungen nicht nur für die Belehren, sondern auch für die Belehrenden (also die Ermittlungsbehörden) eindeutig.

Soll das Urteil (überspitzt formuliert) nun als allgemeiner Leitsatz so zu verstehen sein, dass bei unklarer Rechtslage gleichsam keine Willkür vorliegen kann, solange die (Rechts-)Idee des ermittelnden Beamten nicht vollkommen abwegig ist? Ein Rechtsirrtum würde demnach die Ermittlungspersonen vom Vorwurf der Willkür entlasten und damit ein Beweisverwertungsverbot in nahezu allen Fällen ausschließen. Damit widerspricht der *Senat* der (durchaus nicht unkritisch zu betrachtenden, aber ständiger Rechtsprechung entsprechenden) Differenzierung für Irrtümer bei Diensthandlungen im Rahmen des § 113 StGB. Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte ist danach auch dann strafbar, wenn sich der Beamte über die tatsächlichen Voraussetzungen seiner Diensthandlung irrt. Straffrei bleibt jedoch derjenige, der sich gegen eine Amtshandlung zur Wehr setzt, bei der sich der Beamte über die rechtlichen Voraussetzungen seines Handelns, also beispielsweise über das Vorliegen einer Rechtsgrundlage, irrt.<sup>29</sup> Warum ein solcher Irrtum der Ermittlungsbehörden im Falle des § 81h StPO zulasten des Angeklagten, dem ein rechtsstaatliches Verfahren zusteht, gehen soll, ist indes nicht ersichtlich. Wie *Zielinski* es treffend formuliert: „Der Bürger schuldet nur dem Gesetz Gehorsam, nicht der Gutgläubigkeit von Amtsträgern.“<sup>30</sup> Wenn die höchstrichterliche Rechtsprechung (zumindest) bei einem Rechtsirrtum des handelnden

Amtsträgers dem Täter als ultima ratio ein Notwehrrecht eröffnet, so sollte sie auch dem Angeklagten das als ultima ratio des Strafprozessrechts ausgestaltete Revisionsrecht für den Fall eines Rechtsirrtums der Ermittlungspersonen zustehen. Dies sollte im vorliegenden Fall gerade vor dem Hintergrund gelten, dass die entscheidende Differenzierung des *Senats* anhand der „unklaren Rechtslage“ selbst unbestimmt ist. Es existiert kein allgemeiner Rechtssatz der besagt, dass eine Rechtslage bei Schweigen der Gesetzesbegründung und der einschlägigen Kommentare erst durch ein BGH-Urteil oder möglicherweise mehrere übereinstimmende Landgerichtsurteile geklärt wird. Die Grundlage strafprozessualen Handelns ist das Gesetz. Wenn dieses so eindeutig und klar formuliert ist wie § 81h Abs. 1, Abs. 3 in Verbindung mit § 81g Abs. 2 StPO, bleibt auch wegen des fair trial-Grundsatzes kein Raum für eine auf einer unklaren Rechtslage basierende Einschränkung der Beweisverwertungsverbote nach rechtswidrigem Handeln der Ermittlungsbehörden.

Diese grundsätzliche Problematik der Entscheidung des *Senats* kann eigentlich auch dem Gericht nicht verborgen geblieben sein. Es scheint, dass das Urteil angesichts der Schwere der Tat eher von dem Interesse getragen wurde, den (wohl schuldigen) Angeklagten zu verurteilen. Dieser hat gegen das Urteil inzwischen Verfassungsbeschwerde wegen eines Verstoßes gegen das Rechtsstaatsgebot eingelegt.<sup>31</sup> Es wird sich zeigen, ob auch das Bundesverfassungsgericht einen derartigen Verstoß annehmen und das Urteil aufheben wird.

Nur am Rande erwähnt sei hier das Problem der Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten.<sup>32</sup> Während der BGH bislang fast ausnahmslos eine solche abgelehnt hat, wird in diesem Urteil mit dem Satz „der dargestellte Verstoß gegen § 81h Abs. 1, 3 S. 1, § 81 g Abs. 2 S. 2 StPO und die daraus resultierende Rechtswidrigkeit des gegen ihn erwirkten Beschlusses nach § 81a StPO führen hier *ausnahmsweise noch nicht* dazu, dass das Ergebnis der an dem Zellmaterial des Angeklagten vorgenommenen DNA-Analyse nicht zum Tatnachweis gegen ihn hätte verwendet werden dürfen“ eine Fernwirkung für zukünftige Fälle fast selbstverständlich angedeutet.<sup>33</sup> Der *Senat* geht mithin davon aus, dass die aufgrund der unzulässigen Verwertung des Beinahetreffers gewonnenen Beweismittel (also die DNA-Probe des Angeklagten und das Ergebnis des Abgleichs mit der Tatspur) nur ausnahmsweise verwertbar seien wegen der „unklaren Rechtslage“. Da diese aber nun durch das Urteil geklärt ist, müsste die Verwendung von Beinahetreffern in Zukunft einen derart schwerwiegenden und daher die Unverwertbarkeit der Bei-

<sup>27</sup> So auch *Busch*, NJW 2013, 1771 (1774).

<sup>28</sup> *Jahn*, JuS 2013, 470 (472).

<sup>29</sup> BGHSt 24, 125 (127); so auch: *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 113 Rn. 13; ähnlich *Eser*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 113 Rn. 28 f.; zur Irrelevanz der Unterscheidung *Bosch*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, § 113 Rn. 51 m.w.N.

<sup>30</sup> *Zielinski*, in: Wassermann (Hrsg.), Alternativkommentar, Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 1986, § 113 Rn. 24.

<sup>31</sup> <http://www.lto.de/recht/nachrichten/n/bverfg-dna-test-erwandte-verfassungsbeschwerde/> (21.8.2013).

<sup>32</sup> Für eine ausführlichere Darstellung siehe *Meyer-Göfner* (Fn. 22 – 56. Aufl.), Einl. Rn. 57 m.w.N.

<sup>33</sup> BGH, Urt. v. 20.12.2012 – 3 StR 117/12, Rn. 30 (*Hervorhebung* nicht im Original); die Vorinstanz hatte eine Fernwirkung noch eindeutig abgelehnt (LG Osnabrück, Urt. v. 2.11.2011 – 3 KLs 10/11, Rn. 80 [online abrufbar unter: <http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/portal/pa/ge/bsndprod.psml?doc.id=KORE202862013&st=null&showdoccase=1>]).

nahetreffer selbst nach sich ziehenden Fehler darstellen, dass sich aus diesem auch die Unverwertbarkeit der mittelbar gewonnenen Beweismittel (also der „Treffer“) ergäbe. Ob der *Senat* damit tatsächlich von seiner bisherigen Linie abweichen und in vergleichbaren Fällen eine Fernwirkung bejahen möchte – was, wie *Löffelmann* in seinem Kommentar des Urteils sagt, „spektakulär“ wäre<sup>34</sup> –, ist indes nicht ohne weiteres anzunehmen. Möglich ist, dass der *Senat* grundsätzlich seiner Linie treu bleiben, aber in diesem Fall eine Fernwirkung aufgrund der besonderen Natur des vorliegenden Verstoßes annehmen möchte.<sup>35</sup> Denn ein Verwertungsverbot allein bezüglich des Beinahetreffers selbst und nicht hinsichtlich des sich fast ausnahmslos anschließenden Beschlusses nach § 81a StPO würde den durch das Gericht intendierten Schutz der Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1, 6 Abs. 1 GG aushöheln.<sup>36</sup> Es bleibt abzuwarten, wie sich der BGH zur Frage der Fernwirkung zukünftig positionieren wird und vor allem, ob das Bundesverfassungsgericht in diesem Fall deutlicher Stellung beziehen wird.

Abschließend bleibt noch zu erwähnen, dass der *Senat* in diesem Urteil auch deutlich gemacht hat, dass für die Weitergabe eines Beinahetreffers eine gesetzliche Grundlage fehlt. Eine solche kann aber leicht geschaffen werden (wobei sie mindestens mit einer Belehrung ähnlich der des § 81c Abs. 3 StPO versehen werden müsste). Gefordert wird eine entsprechende gesetzliche Grundlage bereits durch den Beschluss der Justizministerkonferenz vom 13.6.2013.<sup>37</sup> Es ist daher zu erwarten, dass dieses Urteil und seine Auswirkungen Politik und Rechtslehre noch länger beschäftigen werden.

*Akad. Rätin a.Z. Dr. Kristina-Maria Kanz, Münster*

---

<sup>34</sup> *Löffelmann*, JR 2013, 270 (279).

<sup>35</sup> Fraglich bleibt dann nur, warum er das nicht auch so begründet.

<sup>36</sup> So argumentiert auch *Swoboda*, StV 2013, 461 (469).

<sup>37</sup> [http://www.saarland.de/dokumente/res\\_justiz/TOP\\_II.6\\_Behandlung\\_von\\_sog.\\_Beinahetreffern.pdf](http://www.saarland.de/dokumente/res_justiz/TOP_II.6_Behandlung_von_sog._Beinahetreffern.pdf) (21.8.2013).