

## Examinatorium Strafprozessrecht – Arbeitsblatt Nr. 30

# Beweisverwertungsverbote V – Untersuchung von Personen

- I. **Allgemeines:** Bei sämtlichen strafprozessualen Zwangsmaßnahmen sind Verfahrensfehler denkbar. Jeweils ist dann zu fragen, ob dieser Fehler auch zu einem Beweisverwertungsverbot führt. Diesbezüglich findet sich entweder eine gesetzliche Regelung oder es ist mit den Abgrenzungskriterien zu operieren, welche von Rechtsprechung und Literatur entwickelt wurden (siehe dazu Arbeitsblatt Nr. 26). Als letzter wichtiger Bereich sollen hier einerseits die körperliche Untersuchung von Personen (vgl. zur Rechtmäßigkeit solcher Maßnahmen das Arbeitsblatt Nr. 16) sowie die DNA-Analyse (vgl. zur Rechtmäßigkeit solcher Maßnahmen Arbeitsblatt Nr. 17) behandelt werden.
- II. **Körperliche Untersuchung nach § 81a StPO:** Nach § 81a I 1 StPO dürfen körperliche Untersuchungen des Beschuldigten zur Feststellung von Tatsachen angeordnet werden, die für das Verfahren von Bedeutung sind. Zu diesem Zweck sind Entnahmen von Blutproben und andere körperliche Eingriffe, die von einem Arzt nach den Regeln der ärztlichen Kunst zu Untersuchungszwecken vorgenommen werden, ohne Einwilligung des Beschuldigten zulässig, wenn kein Nachteil für seine Gesundheit zu befürchten ist. Im Einzelfall ist die Untersuchung von der Durchsuchung gemäß § 102 StPO (vgl. dazu Arbeitsblatt Nr. 14) abzugrenzen. Die Anordnung steht dem Richter, bei Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung auch der StA und ihren Ermittlungspersonen zu, § 81a II 1 StPO. Die Entnahme einer Blutprobe bedarf abweichend von § 81a II 1 StPO jedoch keiner richterlichen Anordnung, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass eine Straftat nach § 315a I Nr. 1, II, III StGB, § 315c I Nr. 1a, II, III StGB oder § 316 StGB begangen worden ist (§ 81a II 2 StPO). Besonders praxisrelevant und umstritten sind Blutentnahmen zur Feststellung der BAK. Nach aktueller höchstrichterlicher Rspr. liegt Gefahr im Verzug nicht schon wegen des körpereigenen Abbaus des Blutalkohols vor. Erforderlich ist hierfür vielmehr ein unklares oder komplexes Ermittlungsbild.

Fraglich ist, ob ein Beweisverwertungsverbot anzunehmen ist, wenn die Untersuchung nicht von einem Arzt vorgenommen wird. Die h.M. lehnt hier grundsätzlich ein Beweisverwertungsverbot ab, denn **Sinn** der Regelung ist der **Schutz der Gesundheit** des Beschuldigten. Wird statt des Arztes etwa eine Krankenschwester tätig, so ist diesem Ziel ebenfalls Genüge getan. Etwas anderes gilt aber bei **gezielter Umgehung** der Voraussetzungen der Vorschrift. Auch ein **Verstoß gegen den Richtervorbehalt** führt nach der Rspr. grundsätzlich nicht zu einem Beweisverwertungsverbot. Vielmehr stellt ein **Beweisverwertungsverbot** eine **Ausnahme** dar, die jeweils nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach der Art des Verbots und dem Gewicht des Verfahrensverstößes sowie der Bedeutung der im Einzelfall betroffenen Rechtsgüter zu bestimmen ist. So können die **willkürliche Annahme** von Gefahr im Verzug, die **bewusste und gezielte Umgehung des Richtervorbehalts** oder die in gleichgewichtiger Weise **gröbliche Verkennung der Rechtslage**, nicht jedoch die rechtswidrige Annahme von Gefahr im Verzug allein, ein Verwertungsverbot begründen (vgl. **BVerfG NJW 2008, 3053; NStZ 2011, 289**). Zudem ist beim Verstoß gegen den Richtervorbehalt wohl die **Widerspruchslösung** zu beachten (vgl. **OLG Hamm NJW 2009, 242**). Die Inanspruchnahme der Eilkompetenz bei fehlendem richterlichen Bereitschaftsdienst stellt hingegen keine willkürliche oder gezielte Umgehung des Richtervorbehalts dar; auch kann nach dem BVerfG die Rechtsprechung zur Einrichtung eines Eildienstes bei Art. 13 II GG nicht schematisch auf den einfachgesetzlichen Richtervorbehalt übertragen werden (vgl. **BVerfG StraFo 2011, 145**). Auch allein das Fehlen der verfassungsgerichtlich vorgeschriebenen Dokumentation der Gründe für die Annahme von Gefahr im Verzug ist kein schwerwiegender Fehler, der ein Verwertungsverbot nach sich zieht (**BVerfG NJW 2008, 3053; BGH NStZ-RR 2007, 242 (243)**).

Interessant ist ferner die Frage, was bei einem **zwangsweisen Brechmitteleinsatz** gilt, denn nach Ansicht des **EGMR** kann dieser eine unmenschliche und erniedrigende Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK darstellen. Die Verwertung von Beweisen, die durch eine unmenschliche und erniedrigende Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK erlangt wurden, kann sodann den Grundsatz des **Fair-trial** nach **Art. 6 EMRK** verletzen. Der EGMR ließ offen, ob im vorliegenden Fall die Verwertung von Beweisen, die durch eine unmenschliche und erniedrigende Behandlung erlangt wurden, das Verfahren automatisch unfair macht, in konkreten Fall nahm er dies aber an (**EGMR NJW 2006, 3117**).

- III. **DNA-Analyse:** Die §§ 81e ff. StPO regeln die molekulargenetische Untersuchung des Beschuldigten durch DNA-Analyse, DNA-Identitätsfeststellung und DNA-Speicherung. Gemäß § 81e I 1 StPO dürfen an dem durch Maßnahmen nach § 81a I StPO oder § 81c StPO erlangten Material mittels molekulargenetischer Untersuchung das DNA-Identifizierungsmuster, die Abstammung und das Geschlecht der Person festgestellt und diese Feststellungen mit Vergleichsmaterial abgeglichen werden, soweit dies zur Erforschung des Sachverhalts erforderlich ist. § 81e I 2 StPO enthält sodann ein ausdrückliches Beweiserhebungsverbot im Hinblick auf die Feststellung sonstiger, nicht genannter Tatsachen. Nach § 81f StPO ist der Richter bzw. sind bei Gefahr im Verzug die StA und ihre Ermittlungspersonen zur Anordnung berechtigt. Besonders wichtig ist hierbei ferner § 81g StPO. Hiernach dürfen dem Beschuldigten bei Straftaten von erheblicher Bedeutung oder solchen gegen die sexuelle Selbstbestimmung zur Identitätsfeststellung **in künftigen Strafverfahren** Körperzellen entnommen und zur Feststellung des DNA-Identifizierungsmusters sowie des Geschlechts molekulargenetisch untersucht werden, wenn wegen der Art oder Ausführung der Tat, der Persönlichkeit des Beschuldigten oder sonstiger Erkenntnisse Grund zu der Annahme besteht, dass gegen ihn künftig Strafverfahren wegen einer Straftat von erheblicher Bedeutung zu führen sind, § 81g I. § 81g II StPO enthält eine explizite Beschränkung auf die in Abs. 1 genannte molekulargenetische Untersuchung. Die Anordnungsbefugnis ergibt sich aus § 81g III StPO. Auch hier ist zu fragen, wie sich eventuelle Verfahrensfehler auf die Verwertbarkeit der Daten auswirken. Hier ist noch Vieles ungeklärt. Wendet man die bereits an anderer Stelle dargestellten Theorien (vgl. dazu Arbeitsblatt Nr. 26) an, so ist ein **Beweisverwertungsverbot** jedenfalls dann zu bejahen, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen einer solchen Anordnung nicht vorliegen. Denn wenn man die Grundrechte des Betroffenen und das staatliche Interesse an der Strafverfolgung gegenüberstellt, so überwiegen die Rechte des Betroffenen, weil diese diesbzgl. als besonders gewichtig zu bewerten sind. Auch der Schutzzweck der Norm gebietet eine Unverwertbarkeit des genetischen Materials. Schließlich berührt der Verstoß den Rechtskreis des Beschuldigten. Den Behörden muss allerdings auch hier ein gewisser Beurteilungsspielraum verbleiben.

**Literatur/Lehrbücher:** *Heinrich/Reinbacher*, Examinatorium Strafprozessrecht, 4. Auflage 2023, Problem 30.

**Literatur/Aufsätze:** *Busch*, Verwertbarkeit von „Beinahetreffern“ aus DNA-Reihenuntersuchungen, NJW 2013, 1771; *Pichon*, Unendliche Geschichte: Neues zum Richtervorbehalt bei Blutentnahmen (§ 81a Abs. 2 StPO), HRRS 2011, 472; *Schneider*, DNA-Analyse und Strafverfahren de lege ferenda, NStZ 2018, 692; *Schumann*, Brechmitteleinsatz ist Folter?, StV 2006, 661.

**Rechtsprechung:** **EGMR NJW 2006, 3117** – Jalloh (Brechmitteleinsatz zum Auffinden der Betäubungsmitteln); **BVerfG NJW 2008, 3053** – Blutentnahme (kein verfassungsrechtliches Beweisverwertungsverbot bei Verstoß gegen Richtervorbehalt); **BVerfG NStZ 2011, 289** – Blutentnahme (Unzureichende richterliche Überprüfung der polizeilichen Eilkompetenz); **BVerfG StraFo 2011, 145** – Blutentnahme (kein Verwertungsverbot bei fehlendem richterlichen Bereitschaftsdienst), *Appel/Teterjukow*, famos 8/2011; **BGHSt 55, 121** – Brechmittel (keine Rechtfertigung nach § 81a StPO), vgl. *Stempel/Heinken*, famos 2/2011; **BGH NStZ 2013, 242** – DNA-Reihenuntersuchung (Zulässigkeit der Feststellung und Verwendung von Teilübereinstimmungen; sog. Beinahetreffer), vgl. *Fayt/Kulbach*, famos 4/2013; **BGH NStZ 2016, 111** – Verwertung von Zellmaterial in künftigen Strafverfahren (Verwertung einer DNA-Analyse trotz verfahrensfehlerhaft herangezogener Speichelprobe); **OLG Bamberg NJW 2009, 2146** – Richtervorbehalt (Verwertungsverbot nur bei gezielter und willkürlicher Umgehung); **OLG Celle StraFo 2010, 463** – Blutprobe (richterlicher Bereitschaftsdienst nicht erforderlich); **OLG Hamm NJW 2009, 242** – Blutprobe (zum Richtervorbehalt bei § 81a StPO, Verteidigerwiderspruch in der Hauptverhandlung).