

1. Grenzen zulässiger Beeinflussung des Aussageverhaltens bei Lügen des Beschuldigten	188
2. Sanktionierung des Prozeßverhaltens in Beweiswürdigung und Strafzumessung	195
a) Bewußt unwahre Angaben zur Sache und ihre Berücksichtigung bei der Beweiswürdigung	195
b) Das Aussageverhalten des Beschuldigten und Strafzumessungserwägungen des Gerichts	197
aa) Das Geständnis im Rahmen der Strafzumessung	197
bb) Strafschärfende Berücksichtigung qualifizierten Leugnens	202
§ 11 Vernehmungsbegriff und Aussagefreiheit des Beschuldigten	204
I. Formeller Vernehmungsbegriff	205
II. Materieller Vernehmungsbegriff	208
III. Verdeckte Vernehmungen des Beschuldigten	210
IV. Vernehmung durch „private“ Dritte	212
1. Zurechnungsgedanke und verdeckt handelnde Private	214
2. Konsequenzen des materiellen Vernehmungsbegriffs beim Einsatz von Leuten	218
V. Vernehmungsbegriff und präventive Zielsetzung des Vernehmungsbeamten	221
VI. Die „vernehmungähnliche Situation“	224
1. U-Haft-Fälle	225
2. Die Lösung des Großen Senats zur Frage der rechtlichen Zulässigkeit verdeckter Vernehmungen des Beschuldigten mit Hilfe einer Hörfalle ..	233
a) Hörfallen und Fernmeldegeheimnis	234
aa) Einwilligungs- und Netzbereichslösung	234
bb) Zurechnungsgedanke und Eingriffsbestimmung	236
b) Einführung einer Subsidiaritätsklausel durch den Großen Senat	237
§ 12 Zeitpunkt der Belehrung	241
I. Befragungen im „Vorfeld“ der verantwortlichen Beschuldigtenvernehmung	241
II. Das Vorgespräch	243
III. Zulässigkeit und verfahrensrechtliche Folgen einer informatorischen Befragung	246
1. Der Schutz des „verdächtigen“ Zeugen durch § 55 StPO - Ein ausreichendes Korrektiv in der Phase der „Verdachtsklärung“?	251
a) Umfang und Ausübung des Auskunftverweigerungsrechts	252
b) Substantiierungspflicht des Zeugen bei Glaubhaftmachung	254

c) Lücken im Schutz des „verdächtigen Zeugen“	255
d) Anerkennung eines selbständigen Beweisverwertungsverbotes	259
IV. Die Spontanäußerung	269
<i>§ 13 Garantie der negativen Mitwirkungsfreiheit</i>	277
I. Differenzierung nach der Handlungsqualität des erzwungenen Verhaltens	277
II. Vollstreckungsrechtliche Erklärungsansätze: Vis compulsiva als Kennzeichen unzulässigen Zwangs	280
1. Unzulässigkeit einer Beeinflussung der Willensbildung.....	280
2. Differenzierung nach dem Handlungserfolg: Unzulässigkeit eines Zugriffs auf das Wissen des Beschuldigten.....	283
III. Die Stellung des Beschuldigten als Augenscheinobjekt im Rahmen von §§ 81 und 81a StPO	285
1. Die Pflicht zur Duldung der Beobachtung (§ 81 StPO).....	285
2. Die Pflicht zur Duldung körperlicher Untersuchungen (§ 81a StPO).....	286
3. Die Pflicht zur Duldung der Gegenüberstellung	289
IV. Eigenverantwortliche Entscheidung zur Mitwirkung im Strafverfahren	295
1. Belehrungspflicht im Rahmen der Mitwirkungsfreiheit.....	295
2. Beschränktes Gebot der Offenheit staatlicher Ermittlungen bei Mitwirkungsverweigerungsrecht des Beschuldigten.....	298
3. Der nemo tenetur-Grundsatz als Schranke eigener Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen	309
a) Belehrungspflicht des Sachverständigen oder seines Auftraggebers?	310
b) Unverwertbarkeit von Zusatztatsachen	315
<i>§ 14 Verwertungsverbote zum Schutz der Aussagefreiheit</i>	318
I. Rügelast bei Verletzung der Belehrungspflicht	325
II. Festlegung der Grenzen des Beweisverwertungsverbotes anhand von Fallgruppen?.....	330
III. Heilung durch qualifizierte Belehrung	336
IV. Die Widerspruchslösung - Heilung des Verfahrensfehlers durch Rügeverzicht.....	342
V. Die Fernwirkung von Verwertungsverboten bei Verletzung des nemo tenetur-Grundsatzes	346
Schlußbemerkung	351
Literaturverzeichnis	355
Sachregister	376

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
AE-ZVR	Alternativ-Entwurf Zeugnisverweigerungsrechte und Beschlagnamefreiheit
a. F.	alte Fassung
allg.	allgemein
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
BAK	Blutalkohol
BayObLG	Bayrisches Oberstes Landesgericht
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BK	Bonner Kommentar
BRRG	Beamtenrechtsrahmengesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidung des Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
DAR	Deutsches Autorecht
d. h.	das heißt
ders.	derselbe
dies.	dieselbe

ebd.	ebenda
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Einl.	Einleitung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EuGRZ	Europäische Grundrechte
f.	folgende Seite
ff.	fortfolgende
FG	Festgabe
FN	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GG	Grundgesetz
GS	Gedächtnisschrift
h. A.	herrschende Auffassung
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
IPBPR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte
i. S. d.	im Sinne des
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
JURA	Juristische Ausbildung
JUS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
LG	Landesgericht
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
KJ	Kritische Justiz
KK	Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung
lit.	Buchstabe
LG	Landgericht
LK	Lehrkommentar

Abkürzungsverzeichnis

LR	Löwe-Rosenberg
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MRK	Menschenrechtskonvention
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
RGSt	Reichsgericht Entscheidungen in Strafsachen
RiStBV	Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren
RN	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
RStPO	Reichsstrafprozeßordnung
S.	Seite
SGB	Sozialgesetzbuch
SJZ	Schweizer Juristische Zeitung
SK	Systematischer Kommentar
sog.	sogenannt / e / r
StGB	Strafgesetzbuch
StPÄG	Gesetz zur Änderung der Strafprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes aus dem Jahre 1965
StPO	Strafprozeßordnung
StV	Strafverteidiger
u. a.	unter anderem
umstr.	umstritten
u. U.	unter Umständen
v.	von / vom
VerwArch	Verwaltungsarchiv
vgl.	vergleiche
VVG	Versicherungsvertragsgesetz

VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft Steuer Strafrecht
z. B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
z. T.	zum Teil

Im übrigen wird auf *Kirchner*, Hildebert: Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 4. Auflage, Berlin / New York, 1993 verwiesen.

*Ihr wollt nicht tödten, ihr Richter und Opfer,
bevor das Thier nicht genickt hat? Seht,
der bleiche Verbrecher hat genickt: aus sei-
nem Auge redet die große Verachtung.*

Friedrich Nietzsche, Also sprach Zarathustra.

Einleitung

Das dieser Arbeit vorangestellte Zitat verwundert auf den ersten Blick. Erinnert es doch bei flüchtiger Betrachtung eher an längst überwunden geglaubte Methoden des gemeinrechtlichen Inquisitionsverfahrens als an unser gegenwärtiges Verständnis der Verfahrensrolle des Beschuldigten. Anders als im Inquisitionsprozeß ist ein Geständnis des Angeklagten weder unabdingbare Voraussetzung einer Verurteilung¹, noch läßt es sich überhaupt mit der Stellung des Richters im reformierten Strafprozeß vereinbaren, daß dieser einseitig auf ein Geständnis des Angeklagten hinwirkt. Während man noch zu Beginn des 19. Jahrhunderts aus dem Recht und der Pflicht des Staates, Verbrechen zu bestrafen, auch das Recht folgerte, alle Beweismittel zur Erreichung dieses Zwecks zu verwenden², wird seit den Zeiten des reformierten Strafprozesses und der RStPO die Stellung des Beschuldigten als ein mit eigenen Verteidigungsrechten ausgestattetes Verfahrenssubjekt betont. Es wird vom Angeklagten nicht mehr erwartet, als rechtloses „Opfer“ vor die Richterbank zu treten, vielmehr kann dieser auch im Strafprozeß die Achtung seiner Grund- und Menschenrechte sowie die Einräumung effektiver Möglichkeiten der Einflußnahme auf die Urteilsfindung beanspruchen.

Wesentlicher und tragender Bestandteil des im Zuge der Auseinandersetzung um die Neugestaltung des Strafverfahrens und die Einführung des Akkussionsprozesses einhergehenden Wandels ist die Anerkennung des Grundsatzes „*nemo tenetur se ipsum accusare*“³, gemeinhin umschrieben als die „Freiheit von Zwang“ zur Aussage und zur Mitwirkung im Strafverfahren⁴. Der Gesetzgeber

¹ Vgl. zu der damit verbundenen Qualifizierung des Geständnisses als „*regina probacionum*“ u. a. Walder, Die Vernehmung, S. 39 ff. m. w. N. Zur gegenwärtigen Rechtslage, vgl. Jerouschek, ZStW 102 (1990), S. 798 f., m. w. N.

² Rogall, Der Beschuldigte, S. 93, m. w. N. in FN 55.

³ Zu Herkunft, historischen Grundlagen und geschichtlicher Entwicklung des *nemo tenetur se ipsum accusare*-Grundsatzes ausführlich Rogall, Der Beschuldigte, S. 67 ff. Vgl. auch unter § 3 und die Nachweise in FN 340 f.

⁴ Vgl. dazu nur BGHSt (*Großer Senat*) 42, 152; BVerfGE 38, 113; 56, 49; Rogall, Der Beschuldigte, S. 59 ff. m. w. N. Diese Umschreibung ist ungenau, da der Beschuldigte vielfach zur Mitwirkung im Strafverfahren - beispielsweise zur Anwesenheit in der

ging so selbstverständlich von der Existenz dieses „nahezu naturrechtlichen“⁵ Grundsatzes der negativen Mitwirkungsfreiheit aus, daß er lediglich in den §§ 115 III 1, 128 I 2, 136 I 2, 163a III 2, 163a IV 1 und 243 IV 1 StPO den Strafverfolgungsbehörden und dem Gericht die Pflicht auferlegte, den Beschuldigten auf ein bereits vor Schaffung dieser Bestimmungen Gültigkeit beanspruchendes Prinzip hinzuweisen⁶. Auch in der gegenwärtigen strafprozessualen Diskussion ist das Verbot, „den Beschuldigten zu zwingen, ein Beweismittel gegen sich selbst zu liefern“⁷, nahezu unangefochten⁸. Nach fast einhelliger Auffassung wird diesem Grundsatz Verfassungsrang zugesprochen⁹. Er wird als fundamentales rechtsstaatliches Prinzip unseres Strafverfahrens¹⁰ angesehen, das aufgrund seines hohen Verfassungswertes untrennbarer und unverzichtbarer Bestandteil unserer Verfahrensethik¹¹ und selbstverständlicher Ausdruck einer rechtsstaatlichen Grundhaltung ist, die auf dem Leitgedanken der Achtung der Menschenwürde beruht¹². Die Anerkennung des Beschuldigten als Verfahrenssubjekt erfordere nicht lediglich die Einräumung aktiver Mitwirkungs- und Beteiligungsrechte, vielmehr müsse dem Beschuldigten als Kehrseite zu diesen auch das Recht gewährt werden, jegliche Mitwirkung an der eigenen Überführung abzulehnen¹³.

Hauptverhandlung - gezwungen wird. Sie müßte deshalb zumindest dahingehend ergänzt werden, daß unter den Begriff Mitwirkung nach h. A. nur eine aktive Beteiligung des Beschuldigten subsumiert wird. Auch andere Bezeichnungen des nemo tenetur-Prinzips, etwa als „Verbot der Selbstbeziehtigung“ (vgl. nur *Rogall*, Der Beschuldigte, S. 18), sind ungenau und widersprüchlich, denn dem Beschuldigten ist es keinesfalls verboten, sich selbst durch ein Geständnis zu beziehtigen. Die Umschreibung als „Selbstbelastungsfreiheit“ ist in dieser allgemeinen Form zu weit gefaßt, da der Beschuldigte lediglich partiell die Freiheit sich selbst zu beziehtigen besitzt.

⁵ So *Eser*, ZStW 86 (1974), Beiheft, S. 137.

⁶ BVerfG NJW 1975, 103; BVerfGE 56, 43; BGHSt 1, 39 f.

⁷ So die häufig anzutreffende, allerdings ungenaue Umschreibung des nemo tenetur-Grundsatzes, vgl. nur BGH bei *Dallinger* MDR 72, 18; BGHSt 14, 364.

⁸ Im neueren Schrifttum wird allenfalls eine partielle Einschränkung des nemo tenetur-Grundsatzes diskutiert. So hält *Fischer*, Divergierende Selbstbelastungspflichten, die „aktive Dispositionsfreiheit“ des Beschuldigten nicht für unantastbar und plädiert für eine eingeschränkte Erzwingbarkeit der Selbstbelastung. Für den Bereich der Ordnungswidrigkeiten befürwortet *Stümpfle*, DAR 73, S. 9, die Abschaffung des nemo tenetur-Prinzips; einen vergleichbaren Standpunkt vertritt *Schöch*, DAR 96, S. 49.

⁹ Zweifelnd am Verfassungsrang des nemo tenetur-Grundsatzes vor allem *Peters*, ZStW 91 (1979), S. 121 ff. *Peters* wendet sich gegen die Ableitung des nemo tenetur-Grundsatzes aus Art. 2 I, 1 I GG und qualifiziert dieses Prinzip nur als einfaches, durch Zumutbarkeits- und kriminalistische Erwägungen begründetes, strafprozessuales Beschuldigten- und Zeugenrecht. Einer verfassungsrechtlichen Verankerung widerersetzt sich auch *Stümpfle*, DAR 1973, S. 9.

¹⁰ *Dingeldey*, NStZ 84, S. 529.

¹¹ *Rogall*, Der Beschuldigte, S. 169.

¹² BVerfGE 38, 113; BGHSt 14, 364.

¹³ Vgl. nur *Rogall*, Der Beschuldigte, S. 59.

I. Problemaufriss

Blickt man auf die höchstrichterliche Rechtsprechung, so drängt sich bei oberflächlicher Betrachtung der Eindruck eines breiten Konsenses über Anerkennung und Geltungsbereich des *nemo tenetur*-Grundsatzes auf. Der BGH hat in Abkehr von einer früher vertretenen¹⁴ und äußerst umstrittenen Rechtsauffassung in mehreren Entscheidungen dazu Stellung genommen, inwieweit eine im Ermittlungsverfahren vom vernehmenden Polizeibeamten unterlassene oder zumindest mangelhafte Belehrung zu einem Verwertungsverbot der in diesem Stadium erfolgten Aussage führt¹⁵. Dabei hat der BGH langjähriger wissenschaftlicher Kritik folgend ein Verwertungsverbot auch bei polizeilicher Vernehmung bejaht, wenn vor der Vernehmung die gem. §§ 136 I S. 2 i. V. m. § 163 a IV S. 2 StPO erforderliche Belehrung unterblieben ist. Unter Betonung der besonderen Bedeutung des Schweigerechts und seines herausragenden Stellenwerts für ein rechtsstaatliches und faires Verfahren ging der BGH sogar noch einen Schritt weiter und verneinte die Verwertbarkeit einer nach ordnungsgemäßer Belehrung erfolgten Einlassung selbst dann, wenn der Beschuldigte sie infolge seiner geistig-seelischen Verfassung nicht verstanden hat¹⁶. Bis auf die zweifelhafte und klärungsbedürftige Einschränkung, eine Verwertung sei dann möglich, wenn der Beschuldigte sein Recht zu schweigen auch ohne Belehrung gekannt oder als verteidigter Angeklagter nicht bis zu dem in § 257 StPO genannten Zeitpunkt widersprochen habe¹⁷, fand die Kehrtwende des BGH breite Zustimmung¹⁸ und wurde gar als „bedeutendste strafprozessuale Entscheidung des BGH“¹⁹ gewürdigt.

Der Schutz gegen ungewollte Selbstbeichtigung ist zudem nicht auf das Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahren beschränkt. So ist für den Bereich des Zivil- und Verwaltungsverfahrens im Grundsatz anerkannt, daß bei Gefahr der Offenbarung eigener strafbarer Handlungen für den betroffenen Verfahrensbeteiligten keine unbeschränkte Wahrheits- oder Auskunftspflicht besteht. Beispielsweise kann im Zivilprozeß gem. § 384 Nr. 2 ZPO das Zeugnis bei Gefahr der Straf- oder Ordnungswidrigkeitenverfolgung verweigert werden, wobei die betroffene Prozeßpartei bei Aussageverweigerung allerdings das Risiko ei-

¹⁴ Vgl. nur BGHSt 31, 395; 22, 170, 172; BGH GA 1962, 418.

¹⁵ Für den Fall der unterbliebenen Belehrung bei polizeilicher Beschuldigtenvernehmung, vgl. BGHSt 38, 214 ff.; 263 ff. und BGH NJW 1993, 339. Zu § 55 StPO, vgl. BGHSt 38, 303 ff.

¹⁶ Zum Problemkreis der mißverstandenen Beschuldigtenbelehrung, vgl. BGHSt 39, 349 ff.

¹⁷ Vgl. BGHSt 38, 225 f.; 38, 305.

¹⁸ Vgl. nur *Bohlander*, NSZ 92, S. 504 ff.; *Fezer*, JZ 92, S. 385 ff.; *Kiehl*, NJW 94, S. 1267 ff.; *Ransiek* StV 94, S. 343 ff.; *Roxin*, JZ 92, S. 923 ff.

¹⁹ *Roxin*, JZ 92, S. 923.