

MIKA KREMER

Strafprozessuale  
Angehörigenprivilegien  
im Rechtsvergleich

*Veröffentlichungen  
zum Verfahrensrecht*

152

---

**Mohr Siebeck**

# Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht

Band 152

herausgegeben von

Rolf Stürmer





Mika Kremer

# Strafprozessuale Angehörigenprivilegien im Rechtsvergleich

Eine Untersuchung zu den Grundlagen eines  
europäischen Beweisrechts

Mohr Siebeck

*Mika Kremer*, geboren 1989; Studium der Rechtswissenschaft in Freiburg i. Br. und Genf; 2017 Promotion; Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht und juristische Zeitgeschichte der Universität Hamburg; seit 2016 Juristischer Vorbereitungsdienst am Hanseatischen Oberlandesgericht.

ISBN 978-3-16-156042-2 / eISBN 978-3-16-156043-9  
DOI 10.1628/978-3-16-156043-9

ISSN 0722-7574 / eISSN 2568-7255 (Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Für Jakob



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2017/2018 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Hamburg als Dissertation angenommen. Für die Drucklegung konnten Neuerungen in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur bis Dezember 2017 berücksichtigt werden.

Größten Dank schulde ich zunächst meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Florian Jeßberger, an dessen Lehrstuhl ich drei wunderbare Jahre als wissenschaftliche Mitarbeiterin verbringen durfte und der diese Promotion mit großen Interesse, gutem Rat und unermüdlicher Hilfsbereitschaft betreut und gefördert hat. Danken möchte ich auch Herrn Prof. Dr. Wilhelm Degener, der das Zweitgutachten erstellte.

In finanzieller Hinsicht wurde das Entstehen der Arbeit durch ein Stipendium der Albrecht Mendelssohn Bartholdy Graduate School of Law der Universität Hamburg gefördert, wofür ich sehr dankbar bin. Danken möchte ich ferner dem DAAD, der meine Forschungsaufenthalte an der Université Paris Nanterre und an der Northumbria University Newcastle ermöglichte. Auch bei Herrn Prof. Dr. Rolf Stürner möchte ich mich für die Aufnahme in die Schriftenreihe bedanken.

Während meiner Promotionszeit habe ich von vielen Seiten Unterstützung und wertvolle Hinweise erhalten. Hervorzuheben sind hier zum einen die Leiterin der forensischen Genetik des Universitätsklinikums Eppendorf, Frau Dr. rer. nat. Christa Augustin, die mir bei dem Verständnis der naturwissenschaftlichen Hintergründe des Beinahetreffers sehr geholfen hat, und zum anderen Herr Prof. Michael Stockdale, für seine engagierte Betreuung meines Forschungsaufenthalts in Newcastle. Zudem möchte ich meinen Lehrstuhlkollegen für die anregende gemeinsame Zeit danken.

Herzlicher Dank gebührt schließlich meinen Eltern, Sabine Kremer und Michael Seibel, die mich nicht nur während der Promotion, sondern auf meinem gesamten bisherigen Lebensweg mit großer Liebe und Fürsorge unterstützt haben.

Zuletzt gilt mein Dank meinem Freund Jakob Gleim, ohne den diese Arbeit nie begonnen, geschweige denn beendet worden wäre.

Hamburg, im April 2018

Mika Kremer



# Inhaltsübersicht

|   |       |
|---|-------|
| Vorwort .....   | VII   |
| Abkürzungsverzeichnis .....                               | XXIII |
| <br>  |       |
| A. Einleitung .....                                       | 1     |
| I. Problemstellung .....                                  | 1     |
| II. Begründung der Länderauswahl .....                    | 3     |
| III. Gang der Darstellung .....                           | 4     |
| <br>  |       |
| B. Deutschland – Subjektive Verweigerungsrechte .....     | 6     |
| I. Geltende Rechtslage .....                              | 6     |
| II. Historische Entwicklung .....                         | 27    |
| III. Ratio der deutschen Regelung .....                   | 45    |
| IV. Reformdiskussion .....                                | 80    |
| V. Fallstudie Beinahetreffer .....                        | 92    |
| VI. Zusammenfassung .....                                 | 110   |
| <br>  |       |
| C. Frankreich – Incapacité und simple renseignement ..... | 112   |
| I. Der französische Strafprozess .....                    | 112   |
| II. Geltende Rechtslage .....                             | 114   |
| III. Historische Entwicklung .....                        | 150   |
| IV. Ratio der französischen Regelung .....                | 159   |
| V. Reformdiskussion .....                                 | 162   |
| VI. Fallstudie Beinahetreffer .....                       | 166   |
| VII. Zusammenfassung .....                                | 170   |
| <br>  |       |
| D. England und Wales – Non-Compellability .....           | 171   |

|       |  |     |
|-------|--|-----|
| I.    | <i>Der englische Strafprozess</i> .....  | 171 |
| II.   | <i>Geltende Rechtslage</i> .....   | 175 |
| III.  | <i>Historische Entwicklung</i> .....   | 213 |
| IV.   | <i>Ratio der englischen Regelung</i> .....   | 224 |
| V.    | <i>Reformdiskussion</i> .....  | 233 |
| VI.   | <i>Fallstudie Beinahetreffer</i> .....   | 237 |
| VII.  | <i>Zusammenfassung</i> .....   | 243 |
| E.    | <b>Rechtsvergleich</b> .....   | 244 |
| I.    | <i>Persönlicher Schutzbereich</i> .....  | 244 |
| II.   | <i>Regelungswirkung</i> .....  | 247 |
| III.  | <i>Sachlicher Schutzbereich der Privilegierung</i> .....                               | 253 |
| IV.   | <i>Folgerichtigkeit der Regelung im nationalen System</i> .....                        | 268 |
| V.    | <i>Unkooperative angehörige Zeugen</i> .....   | 271 |
| VI.   | <i>Praktische Relevanz der Zeugenprivilegierungen</i> .....                            | 274 |
| VII.  | <i>Verfassungsrechtliche Vorgaben</i> .....  | 276 |
| VIII. | <i>Vergleich der ratio</i> .....   | 278 |
| IX.   | <i>Stellenwert von Zeugeninteressen im strafrechtlichen Gesamtgefüge</i> ...           | 280 |
| X.    | <i>Fallstudie Beinahetreffer</i> .....   | 283 |
| XI.   | <i>Wertender Vergleich</i> .....   | 284 |
| XII.  | <i>Zusammenfassung</i> .....   | 290 |
| F.    | <b>Ausblick: Implikationen für das europäische Beweisrecht</b> ..                      | 292 |
| I.    | <i>Möglichkeiten der Europäisierung des Strafverfahrensrechts</i> .....                | 293 |
| II.   | <i>Gemeinsamkeiten der Regelungen als Grundlage des gegenseitigen Vertrauens</i> ..... | 294 |
| III.  | <i>Zusammenfassung</i> .....   | 309 |
| G.    | <b>Fazit</b> .....   | 311 |
| H.    | <b>Thesen</b> .....  | 313 |
|       | Literaturverzeichnis .....   | 315 |
|       | Sachregister .....   | 337 |

# Inhaltsverzeichnis

|  |          |
|--|----------|
| Vorwort .....  | VII      |
| Abkürzungsverzeichnis .....  | XXIII    |
| <b>A. Einleitung .....</b>   | <b>1</b> |
| <i>I. Problemstellung .....</i>                                    | <i>1</i> |
| <i>II. Begründung der Länderauswahl .....</i>                      | <i>3</i> |
| <i>III. Gang der Darstellung .....</i>                             | <i>4</i> |
| <b>B. Deutschland – Subjektive Verweigerungsrechte .....</b>       | <b>6</b> |
| <i>I. Geltende Rechtslage .....</i>                                | <i>6</i> |
| 1. Zeugnispflicht .....  | 6        |
| 2. Zeugnisverweigerungsrecht – § 52 StPO .....                     | 7        |
| a) Persönlicher Schutzbereich .....                                | 7        |
| b) Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts .....                   | 8        |
| c) Wirkung des Zeugnisverweigerungsrechts .....                    | 9        |
| d) Belehrung .....   | 10       |
| 3. Auskunftsverweigerungsrecht – § 55 Abs. 1 Alt. 2 StPO .....     | 11       |
| 4. Eidesverweigerungsrecht – § 61 StPO .....                       | 12       |
| 5. Beschränkung des Fragerechts – § 68a StPO .....                 | 13       |
| 6. Gutachtenverweigerungsrecht – § 76 Abs. 1 StPO .....            | 13       |
| 7. Untersuchungsverweigerungsrecht – § 81c Abs. 3 S. 1 StPO .....  | 14       |
| 8. Ausnahme von der Editionsspflicht – § 95 Abs. 2 S. 2 StPO ..... | 15       |
| 9. Beschlagnahmeverbot – § 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO .....              | 15       |
| 10. Akustische Wohnraumüberwachung – § 100c Abs. 6 S. 2 StPO ..... | 17       |
| 11. Verlesungs- und Umgehungsverbot – § 252 StPO .....             | 18       |
| a) Wirkung .....   | 19       |
| b) Ausnahme bei ermittelungsrichterlicher Vernehmung .....         | 19       |
| c) Rechtsfolge .....   | 21       |

|   |           |
|---|-----------|
| 12. Aussagedelikte, Aussagenotstand und Sanktionierung der unberechtigten Aussageverweigerung.....          | 21        |
| a) Nichterscheinen.....   | 21        |
| b) Unberechtigte Zeugnisverweigerung.....   | 22        |
| c) Falschaussage.....   | 22        |
| 13. Exkurs: Einfluss der Familienangehörigkeit auf das weitere deutsche Strafrecht.....                     | 25        |
| a) Nichtanzeige geplanter Straftaten – § 138 StGB.....  | 25        |
| b) Strafvereitelung – § 258 StGB.....   | 25        |
| c) Antragsdelikte.....  | 26        |
| d) Strafschärfung bzw. -begründung.....   | 27        |
| <b>II. Historische Entwicklung.....</b>   | <b>27</b> |
| 1. Römisches Recht.....   | 27        |
| 2. Kanonisches Recht.....   | 28        |
| 3. Jüdisches Recht.....   | 30        |
| 4. Deutsches Recht vor der Rezeption.....   | 31        |
| 5. Deutsches Recht im 16. und 17. Jahrhundert.....  | 33        |
| 6. 18. Jahrhundert.....   | 34        |
| a) Formelle Beweisregeln.....   | 34        |
| b) Hannoversche Criminalinstruktion.....  | 35        |
| c) Constitutio Criminalis Theresiana.....   | 36        |
| 7. 19. Jahrhundert.....   | 36        |
| 8. RStPO von 1877.....  | 38        |
| 9. Nationalsozialistische Reformpläne.....  | 39        |
| 10. Recht der DDR.....  | 40        |
| 11. Änderungen von 1877 bis heute.....  | 41        |
| 12. Entwicklung der § 52 StPO flankierenden Normen.....   | 41        |
| a) Auskunftsverweigerungsrecht – § 55 Abs. 1 StPO.....  | 41        |
| b) Ausnahme von der Editionsspflicht und Beschlagnahmeverbot – §§ 95 Abs. 2 S. 2, 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO..... | 42        |
| c) Untersuchungsverweigerungsrecht – § 81c Abs. 3 StPO.....   | 43        |
| d) Akustische Wohnraumüberwachung Angehöriger – § 100c Abs. 6 S. 2 StPO.....                                | 44        |
| e) Verlesungs- und Umgehungsverbot – § 252 StPO.....  | 44        |
| <b>III. Ratio der deutschen Regelung.....</b>   | <b>45</b> |
| 1. Wahrheitsfindung als ursprüngliche ratio.....  | 46        |
| a) Argumente für die Wahrheitsfindung.....  | 46        |
| b) Geringe Glaubwürdigkeit Angehöriger.....   | 47        |
| c) Erschwerung der Wahrheitsfindung.....  | 49        |
| d) Flankierende Normen.....   | 50        |
| e) Zwischenergebnis.....  | 51        |
| 2. Nemo tenetur.....  | 51        |

|  |    |
|--|----|
| a) Nemo tenetur des Beschuldigten .....  | 51 |
| b) Nemo tenetur des Zeugen .....   | 53 |
| 3. Zwangslage des Zeugen .....   | 55 |
| a) Konfliktsituation keine Tatbestandsvoraussetzung .....                                  | 57 |
| b) Verweigerung auch bei entlastenden Aussagen.....  | 58 |
| c) Keine Konfliktlösung .....  | 58 |
| d) Flankierende Normen .....   | 59 |
| e) Bloße Wirkungsbeschreibung.....   | 60 |
| f) Zwischenergebnis .....  | 60 |
| 4. Wertpluralismus .....   | 61 |
| 5. Faires Verfahren.....   | 61 |
| 6. Allgemeines Persönlichkeitsrecht .....  | 62 |
| a) Entwicklung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts .....                                 | 62 |
| b) ‚Entdeckung‘ des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts für<br>§ 52 StPO .....               | 64 |
| c) Betroffene Ausprägung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts ..                          | 66 |
| d) Kritik am Schutzgut Allgemeines Persönlichkeitsrecht .....                              | 69 |
| e) Zwischenergebnis .....  | 70 |
| 7. Familie .....   | 70 |
| a) Ausprägungen des Schutzguts Familie .....   | 70 |
| b) Rechtsprechung .....  | 72 |
| c) Verfassungsrechtliche Verwurzelung .....  | 72 |
| d) Fehlen eines familiären Vertrauens .....  | 73 |
| e) Mangelnde Dispositionsbefugnis der Familie .....  | 74 |
| f) Missbrauchsgefahr.....  | 75 |
| g) Gefährdung der Familie bei häuslicher Gewalt .....                                      | 76 |
| h) Flankierende Normen .....   | 76 |
| i) Zwischenergebnis .....  | 77 |
| 8. Gewissensfreiheit .....   | 77 |
| a) Schutzbereich .....   | 77 |
| b) Gewissensnot bei der Aussage gegen Angehörige .....                                     | 78 |
| c) Verhältnis zu Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 und Art. 6 GG ..                       | 79 |
| d) Zwischenergebnis .....  | 79 |
| 9. Zwischenergebnis.....   | 80 |
| IV. Reformdiskussion .....   | 80 |
| 1. Erweiterung des Zeugnisverweigerungsrechts .....  | 81 |
| a) Erweiterung des Personenkataloges .....   | 81 |
| aa) Pflegschafts- und Vormundschaftsverhältnis.....  | 81 |
| bb) Eheähnliche Lebensgemeinschaft bzw. besonderes Nähe-<br>und Vertrauensverhältnis ..... | 82 |
| (1) Besonderes Nähe- und Vertrauensverhältnis .....  | 82 |
| (2) Eheähnliche Lebensgemeinschaft.....  | 83 |

|   |     |
|---|-----|
| b) Ausweitung des sachlichen Schutzbereichs.....                    | 85  |
| 2. Einschränkung des Zeugnisverweigerungsrechts.....                | 85  |
| a) Nacheheliches Zeugnisverweigerungsrecht.....                     | 85  |
| b) Verlöbnis .....  | 86  |
| c) Opferschutz bei Delikten im familiären Nahbereich .....          | 86  |
| d) Weite des privilegierten Familienkreises.....                    | 87  |
| e) Sachlicher Schutzbereich.....                                    | 87  |
| 3. Einführung eines Mitspracherechts des Beschuldigten .....        | 88  |
| 4. Reform der flankierenden Normen.....                             | 88  |
| a) Neukonzeption des § 55 StPO .....                                | 88  |
| b) Editionsspflicht und Beschlagnahmefreiheit.....                  | 89  |
| c) Reform des Untersuchungsverweigerungsrechts.....                 | 89  |
| d) Heimliche Überwachungsmaßnahmen .....                            | 90  |
| 5. Reform des Verwertungsverbot nach § 252 StPO .....               | 91  |
| 6. Generelle Kritik am Modell des Zeugnisverweigerungsrechts .....  | 91  |
| 7. Zwischenergebnis.....  | 92  |
| V. <i>Fallstudie Beinahetreffer</i> .....                           | 92  |
| 1. Zusammenfassung des Sachverhalts von BGHSt 58, 84.....           | 92  |
| 2. Naturwissenschaftlicher Hintergrund des Beinahetreffers .....    | 93  |
| a) Grundzüge der DNA-Analyse .....                                  | 93  |
| b) Möglichkeit der Verwandtschaftsanalyse.....                      | 96  |
| c) Familial searching .....   | 97  |
| 3. Rechtslage .....   | 98  |
| a) LG Osnabrück .....   | 99  |
| b) BGH .....  | 100 |
| c) BVerfG .....   | 100 |
| d) Literatur .....  | 101 |
| aa) Freiwilligkeit.....   | 102 |
| bb) Passive Teilnahme am Verfahren.....                             | 102 |
| cc) Fehlender Beschuldigter zum Zeitpunkt der<br>Probenabgabe ..... | 103 |
| 4. Gesetzesreform.....  | 104 |
| a) Inhalt der Reform .....  | 104 |
| b) Kritik an der Reform .....                                       | 105 |
| 5. Stellungnahme.....   | 106 |
| a) Reichweite der Ermächtigungsgrundlage .....                      | 106 |
| b) Begrenzung auf geeignete Katalogtaten .....                      | 107 |
| c) Beweisnotstand.....  | 107 |
| d) Belehrung .....  | 107 |
| e) Weiteres Vorgehen .....  | 108 |
| f) Beweisverwertungsverbot und Fernwirkung.....                     | 109 |
| g) Zwischenergebnis.....  | 110 |

|  |     |
|--|-----|
| VI. Zusammenfassung .....  | 110 |
| C. Frankreich – Incapacité und simple renseignement .....                                      | 112 |
| I. Der französische Strafprozess .....   | 112 |
| II. Geltende Rechtslage .....  | 114 |
| 1. Definition des Zeugen (témoin) .....  | 115 |
| a) Témoin .....  | 115 |
| b) Simple renseignement .....  | 115 |
| c) Grund für die Unterscheidung .....  | 116 |
| 2. Zeugnis in der Phase der enquête préliminaire.....  | 118 |
| 3. Zeugnis in der Phase der instruction .....  | 120 |
| a) Pflicht zum Erscheinen, Aussagen und zur Eidesleistung .....                                | 120 |
| b) Ausnahmen von der Aussagepflicht .....  | 123 |
| aa) Aussagen der Kinder über Umstände der Scheidung .....                                      | 123 |
| bb) Secret professionnel .....   | 125 |
| 4. Aussage vor Gericht.....  | 126 |
| a) Incompatibilité.....  | 128 |
| b) Incapacités.....  | 129 |
| aa) Minderjährige unter 16 Jahren .....  | 129 |
| bb) Dégradation civique, partie civile und dénonciateur .....                                  | 129 |
| cc) Angehörige des Angeklagten .....   | 130 |
| 5. Zeugnis vor der Cour d’appel.....   | 133 |
| 6. Andere Ermittlungsmaßnahmen.....  | 133 |
| 7. Rechte der Zeugen.....  | 134 |
| 8. Straftatbestände im Zusammenhang mit der Zeugenaussage.....                                 | 135 |
| a) Verweigerung der Beteiligung am Strafverfahren.....   | 135 |
| b) Falschaussage .....   | 137 |
| aa) Tatbestand der Falschaussage .....   | 138 |
| bb) Strafbarkeit nur bei vereidigter Aussage.....  | 139 |
| cc) Ahndung.....   | 141 |
| c) Strafbewährte Aussagepflichten .....  | 142 |
| aa) Nichtanzeige geplanter Straftaten .....  | 142 |
| bb) Nichtanzeige von Straftaten gegen unter 15-Jährige.....                                    | 144 |
| cc) Unterlassen einer Aussage zur Entlastung eines<br>Unschuldigen .....                       | 144 |
| dd) Verweigerung der Aussage trotz Wissensbekundung .....                                      | 145 |
| d) Anzeige einer ausgedachten Straftat.....  | 146 |
| 9. Exkurs: Einfluss der Familienangehörigkeit auf das weitere<br>französische Strafrecht ..... | 146 |
| a) Immunités .....   | 147 |
| b) Strafschärfungsgründe .....   | 148 |

|  |     |
|--|-----|
| c) Selbstständige Straftatbestände .....                             | 149 |
| d) Strafe und Familie .....  | 149 |
| III. <i>Historische Entwicklung</i> .....                            | 150 |
| 1. Vorrevolutionäres Recht .....                                     | 150 |
| a) Karolingische Zeit .....  | 150 |
| b) Inquisitionsprozess .....   | 152 |
| c) Code des délits et des peines .....                               | 153 |
| 2. Code d'instruction criminelle .....                               | 154 |
| a) Zeugenausschlüsse .....   | 154 |
| b) Ausnahme durch die pouvoir discrétionnaire des Vorsitzenden. .... | 156 |
| c) Ausschlüsse in der instruction .....                              | 157 |
| 3. Code de Procédure Pénale .....                                    | 158 |
| IV. <i>Ratio der französischen Regelung</i> .....                    | 159 |
| 1. Humanité und Familie .....  | 159 |
| 2. Wahrheitsfindung .....  | 161 |
| 3. Zwischenergebnis .....  | 161 |
| V. <i>Reformdiskussion</i> .....                                     | 162 |
| 1. Reform im Sinne eines Zeugnisverweigerungsrechts .....            | 162 |
| 2. Reformvorschlag von Rassat .....                                  | 163 |
| 3. Vereinheitlichung von témoignage und simple renseignement .....   | 165 |
| VI. <i>Fallstudie Beinahetreffer</i> .....                           | 166 |
| 1. Rechtsgrundlage für die DNA-Analyse .....                         | 166 |
| 2. Familial searching .....  | 168 |
| 3. Übertragbarkeit auf das deutsche Recht .....                      | 170 |
| VII. <i>Zusammenfassung</i> .....                                    | 170 |
| <br>   |     |
| D. <i>England und Wales – Non-Compellability</i> .....               | 171 |
| <br>   |     |
| I. <i>Der englische Strafprozess</i> .....                           | 171 |
| 1. Verfahrensablauf des Strafprozesses .....                         | 171 |
| 2. Adversary System .....  | 173 |
| II. <i>Geltende Rechtslage</i> .....                                 | 175 |
| 1. Zeugnispflicht .....  | 175 |
| a) Rechtliche Zeugnispflicht .....                                   | 175 |
| b) Tatsächliche Zeugnispflicht .....                                 | 176 |
| c) Ablauf der Zeugenvernehmung .....                                 | 177 |
| 2. Competence .....  | 178 |
| 3. Compellability .....  | 180 |
| a) Persönlicher Schutzbereich .....                                  | 183 |

|      |   |     |
|------|---|-----|
| aa)  | Ehepartner und civil partner.....   | 183 |
| bb)  | Angeklagte .....  | 184 |
| cc)  | Familienmitglieder und nichteheliche Lebenspartner .....                                | 184 |
| (1)  | Keine non-compellability .....  | 184 |
| (2)  | R. v Pearce.....  | 186 |
| (3)  | Ausschluss der Angehörigenaussage aus<br>Fairnessgründen.....                           | 187 |
| b)   | Sachlicher Schutzbereich.....   | 188 |
| aa)  | Allgemeine Reichweite .....   | 188 |
| bb)  | Specified offences .....  | 188 |
| (1)  | Betroffene Tatbestände bzw. Tatkonstellationen.....                                     | 189 |
| (2)  | Rechtswirkung.....  | 190 |
| (3)  | Praktische Relevanz.....  | 191 |
| c)   | Rechtliche Wirkung.....   | 192 |
| aa)  | Belehrungspflicht.....  | 192 |
| bb)  | Verwertbarkeit früherer Aussagen .....  | 195 |
| (1)  | Frühere Vernehmungen von nicht aussagenden<br>Personen .....                            | 195 |
| (2)  | Frühere Vernehmungen von aussagenden Personen..   | 198 |
| cc)  | Einfluss auf sonstige Ermittlungsmethoden .....   | 201 |
| dd)  | Einfluss auf die Urteilsfindung .....   | 202 |
| ee)  | Folge von Rechtsfehlern .....   | 202 |
| 4.   | Privileges.....   | 203 |
| a)   | Rechtswirkung.....  | 203 |
| b)   | Unterschied zwischen non-compellability und privilege.....                              | 203 |
| c)   | Nicht mehr existente Eheprivilegien .....   | 204 |
| d)   | Privilege Against Spouse Incrimination .....  | 204 |
| 5.   | Straftaten im Zusammenhang mit der Zeugenaussage .....                                  | 206 |
| a)   | Perverting the course of public justice.....  | 206 |
| b)   | Contempt of court.....  | 207 |
| aa)  | Tatbestand.....   | 207 |
| bb)  | Rechtsfolge .....   | 208 |
| c)   | Perjury .....   | 210 |
| 6.   | Exkurs: Einfluss der Familienangehörigkeit auf das weitere<br>englische Strafrecht..... | 211 |
| a)   | Sentencing Guidelines .....   | 211 |
| b)   | Conspiracy.....   | 211 |
| c)   | Marital coercion .....  | 212 |
| d)   | Zusammenfassung .....   | 213 |
| III. | Historische Entwicklung .....   | 213 |
| 1.   | Zeugenausschlüsse wegen interest.....   | 213 |
| 2.   | Zeugenausschluss wegen Eidesunfähigkeit.....  | 215 |

|   |     |
|---|-----|
| 3. Kein Zeugenausschluss von Blutsverwandten .....        | 215 |
| 4. Ehepartner .....                                       | 216 |
| a) Competence .....                                       | 216 |
| aa) Rückausnahmen im Common Law .....                     | 217 |
| bb) Rückausnahmen im Statutory Law .....                  | 218 |
| cc) Neuregelung 1984 .....                                | 220 |
| b) Compellability .....                                   | 220 |
| c) Privilege .....  | 223 |
| aa) Matrimonial communications-privilege .....            | 223 |
| bb) Zeugenaussage über ehelichen Geschlechtsverkehr ..... | 224 |
| IV. <i>Ratio der englischen Regelung</i> .....            | 224 |
| 1. Ratio der non-compellability .....                     | 224 |
| a) Unity of spouses .....                                 | 224 |
| b) Eheliche Harmonie .....                                | 226 |
| aa) Argumente für den Schutz der Ehe .....                | 227 |
| bb) Kritik .....  | 228 |
| c) Moralische Pflicht des Staates .....                   | 229 |
| 2. Ratio der Ausnahme durch specified offences .....      | 229 |
| a) Schutz der Ehegatten vor häuslicher Gewalt .....       | 230 |
| b) Kinder- bzw. Jugendschutz .....                        | 231 |
| c) Strafverfolgungsinteresse .....                        | 232 |
| 3. Zwischenergebnis .....                                 | 232 |
| V. <i>Reformdiskussion</i> .....                          | 233 |
| 1. Ausweitung auf weitere Personengruppen .....           | 233 |
| 2. Vermutung für eine compellability .....                | 234 |
| 3. Ausweitung der specified offences .....                | 234 |
| 4. Verwertbarkeit von hearsay evidence .....              | 235 |
| 5. Abschaffung der Privilegierung .....                   | 235 |
| 6. Kein Reformbedarf .....                                | 237 |
| VI. <i>Fallstudie Beinahetreffer</i> .....                | 237 |
| 1. Entwicklung des DNA-Beweises in England .....          | 237 |
| 2. Beinahetreffer nach englischem Recht .....             | 239 |
| a) Rechtslage .....                                       | 239 |
| b) Kritik .....   | 241 |
| c) Übertragbarkeit auf das deutsche Recht .....           | 242 |
| VII. <i>Zusammenfassung</i> .....                         | 243 |
| E. <i>Rechtsvergleich</i> .....                           | 244 |
| I. <i>Persönlicher Schutzbereich</i> .....                | 244 |

|   |            |
|---|------------|
| 1. Ähnlichkeiten zwischen Deutschland und Frankreich .....                        | 244        |
| 2. Andersartige Regelung in England.....  | 245        |
| 3. Historische Erklärung der Unterschiede.....                                    | 245        |
| 4. Erklärungsansätze der englischen Wissenschaft .....                            | 246        |
| 5. Zwischenergebnis.....  | 247        |
| <i>II. Regelungswirkung.....</i>  | <i>247</i> |
| 1. Subjektives Recht auf Zeugnisverweigerung .....                                | 248        |
| 2. ‚Recht zur Lüge‘ .....   | 249        |
| 3. Historische Erklärung der Unterschiede.....                                    | 249        |
| a) Französische Reaktion auf den Beweisnotstand.....                              | 249        |
| b) Deutsche Reaktion auf den Beweisnotstand.....                                  | 250        |
| c) Zusammenführung.....   | 251        |
| 4. Wirkungsvergleich der unterschiedlichen Modelle.....                           | 251        |
| 5. Zwischenergebnis.....  | 253        |
| <i>III. Sachlicher Schutzbereich der Privilegierung .....</i>                     | <i>253</i> |
| 1. Einfluss des Verfahrensstadiums .....  | 253        |
| a) Durchgängige Privilegierung in Deutschland.....                                | 254        |
| b) Potentiell vollumfängliche Privilegierung in England.....                      | 254        |
| c) Partieller Schutz in Frankreich .....  | 255        |
| 2. Einfluss des Beschuldigten auf die Zeugenaussage .....                         | 256        |
| a) Keine Dispositionsmöglichkeit.....   | 256        |
| b) Aussagezwang für die Verteidigung in England .....                             | 256        |
| c) Zwischenergebnis .....   | 257        |
| 3. Schutz in Strafverfahren gegen Dritte .....                                    | 258        |
| 4. Erstreckung auf andere Ermittlungsmethoden .....                               | 259        |
| a) Allgemeine Erstreckung .....   | 259        |
| b) Fortwirkung der Privilegierung für Kinder in Frankreich .....                  | 260        |
| c) Fortwirkung der non-compellability bei fehlender Belehrung ...                 | 260        |
| d) Zwischenergebnis .....   | 261        |
| 5. Einfluss der untersuchten Tat auf die Privilegierung .....                     | 261        |
| a) Ausnahme bei Staatsschutzdelikten.....   | 261        |
| b) Ausnahme bei schwerster Kriminalität.....                                      | 262        |
| c) Ausnahme bei häuslicher Gewalt und Straftaten gegen<br>Minderjährige .....     | 263        |
| aa) Gesteigertes Problembewusstsein für häusliche Gewalt ....                     | 263        |
| bb) Keine Privilegierung bei häuslicher Gewalt in England ....                    | 264        |
| cc) Anzeigepflicht bei häuslicher Gewalt in Frankreich .....                      | 265        |
| dd) Verwertbarkeit früherer Aussagen zu häuslicher Gewalt<br>in Deutschland ..... | 265        |
| ee) Zusammenführung .....   | 266        |
| ff) Außerstrafrechtliche Antwort auf häusliche Gewalt .....                       | 267        |
| gg) Zwischenergebnis.....   | 268        |

|       |  |     |
|-------|--|-----|
| IV.   | <i>Folgerichtigkeit der Regelung im nationalen System</i> .....                        | 268 |
| 1.    | Verweigerungsrechte im deutschen System.....   | 269 |
| 2.    | Non-compellability im englischen System.....   | 269 |
| 3.    | „Recht zur Lüge“ im französischen System.....  | 270 |
| 4.    | Zwischenergebnis.....  | 270 |
| V.    | <i>Unkooperative angehörige Zeugen</i> .....   | 271 |
| 1.    | Sanktion für Nichterscheinen und Zeugnisverweigerung .....                             | 271 |
| 2.    | Sanktion für Falschaussage .....   | 272 |
| VI.   | <i>Praktische Relevanz der Zeugenprivilegierungen</i> .....                            | 274 |
| 1.    | Große Relevanz für das deutsche Recht.....   | 274 |
| 2.    | Geringe praktische Relevanz im englischen adversary system .....                       | 274 |
| 3.    | Keine praktische Relevanz in Frankreich.....   | 275 |
| VII.  | <i>Verfassungsrechtliche Vorgaben</i> .....  | 276 |
| VIII. | <i>Vergleich der ratio</i> .....   | 278 |
| IX.   | <i>Stellenwert von Zeugeninteressen im strafrechtlichen Gesamtgefüge</i> ...           | 280 |
| X.    | <i>Fallstudie Beinahetreffer</i> .....   | 283 |
| XI.   | <i>Wertender Vergleich</i> .....   | 284 |
| 1.    | Kompatibilität der Ansätze im europäischen Kontext.....                                | 284 |
| 2.    | Verständlichkeit und Umsetzbarkeit .....   | 285 |
| 3.    | Gerechtigkeit im engeren Sinne .....   | 287 |
| a)    | Überindividuelle Zweckmäßigkeit .....  | 287 |
| b)    | Gleichbehandlung.....  | 288 |
| c)    | Einzelfallgerechtigkeit.....   | 289 |
| XII.  | <i>Zusammenfassung</i> .....   | 290 |
| F.    | <b>Ausblick: Implikationen für das europäische Beweisrecht..</b>                       | 292 |
| I.    | <i>Möglichkeiten der Europäisierung des Strafverfahrensrechts</i> .....                | 293 |
| 1.    | Gegenseitige Anerkennung als Grundlage der Europäisierung.....                         | 293 |
| 2.    | Harmonisierung als Grundlage der Europäisierung .....                                  | 293 |
| II.   | <i>Gemeinsamkeiten der Regelungen als Grundlage des gegenseitigen Vertrauens</i> ..... | 294 |
| 1.    | Europäische Ermittlungsanordnung .....   | 295 |
| a)    | Funktionsweise der Europäischen Ermittlungsanordnung.....                              | 295 |
| b)    | Höheres Privilegierungsniveau im ersuchenden Staat.....                                | 298 |
| c)    | Höheres Privilegierungsniveau im ersuchten Staat .....                                 | 300 |
| 2.    | Europäische Staatsanwaltschaft .....   | 301 |
| a)    | Vorschlag von 2013.....  | 301 |

|  |     |
|--|-----|
| b) Vorschlag von 2015 und Verordnung von 2017.....                     | 302 |
| c) Implikationen des ursprünglichen Vorschlags von 2013.....           | 303 |
| d) Implikationen der Verordnung von 2017 .....                         | 304 |
| 3. Prüm-Vertrag zum DNA-Datenabgleich.....                             | 304 |
| a) Entstehung und Wirkung des Beschlusses .....                        | 304 |
| b) Prüm-Vertrag und familial searching .....                           | 306 |
| aa) Naturwissenschaftliche Möglichkeit des familial<br>searching ..... | 306 |
| bb) Einschränkung der Missbrauchsgefahr .....                          | 307 |
| c) Zwischenergebnis .....  | 309 |
| <i>III. Zusammenfassung</i> .....                                      | 309 |
| <br>   |     |
| G. Fazit.....  | 311 |
| <br>   |     |
| H. Thesen .....  | 313 |
| <br>   |     |
| Literaturverzeichnis.....  | 315 |
| <br>   |     |
| Sachregister .....   | 337 |



## Abkürzungsverzeichnis

|                       |  |
|-----------------------|--|
| a.A.                  | andere Ansicht   |
| a.F.                  | alte Fassung   |
| Abl. EU               | Amtsblatt der Europäischen Union                       |
| Abs.                  | Absatz   |
| AC                    | Appeal Case  |
| AE-ZVR                | Alternativentwurf Zeugnisverweigerungsrechte           |
| AEUV                  | Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union   |
| AJ                    | Actualité Juridique                                    |
| AJ fam.               | Actualité Juridique Famille                            |
| AK-StPO               | Alternativkommentar StPO                               |
| Alb. L. Rev.          | Albany Law Review                                      |
| All ER                | The All England Law Reports                            |
| Am.J.Crim.L.          | American Journal of Criminal Law                       |
| AO                    | Abgabenordnung   |
| APR                   | Allgemeines Persönlichkeitsrecht                       |
| Art.                  | Artikel  |
| Atk.                  | Atkyns' Reports  |
| B.C.Int'l&Comp.L.Rev. | Boston College International & Comparative Law Review  |
| Bd.                   | Band   |
| BGB                   | Bürgerliches Gesetzbuch                                |
| BGBI.                 | Bundesgesetzblatt                                      |
| BGH                   | Bundesgerichtshof                                      |
| BGHR StPO             | BGH-Rechtsprechung StPO                                |
| BKAG                  | Bundeskriminalamtgesetz                                |
| BMJ(V)                | Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz |
| Brit. J. Criminol.    | British Journal of Criminology                         |
| BT Drucks.            | Bundestagsdrucksache                                   |
| Bull. Ass. Plén. n°   | Numéro au bulletin de l'assemblée plénière             |
| Bull. n°              | Numéro au bulletin des arrêts                          |
| BVerfG                | Bundesverfassungsgericht                               |
| C.L.J.                | Cambridge Law Journal                                  |
| CA                    | Court of Appeals                                       |
| CA Paris              | Cour d'appel Paris                                     |
| Car. & P.             | Carrington and Payne's Reports                         |
| Cath. Law.            | Catholic Lawyer  |
| CCC                   | Constitutio Criminalis Carolina                        |
| CCB                   | Constitutio Criminalis Bambergensis                    |
| CEA                   | Criminal Evidence Act                                  |
| Ch. D.                | Chancery Division Law Reports                          |

|                            |   |
|----------------------------|---|
| CIC                        | Code d'Instruction Criminelle   |
| Civ.                       | Cour de Cassation Chambre Civile  |
| CJA                        | Criminal Justice Act  |
| Colum. L. Rev.             | Columbia Law Review   |
| Cornell J. L. & Pub. Pol'y | Cornell Journal of Law and Public Policy  |
| CP                         | Code Pénal  |
| CPC                        | Code de Procédure Civile  |
| CPIA                       | Criminal Procedure and Investigations Act   |
| CPP                        | Code de Procédure Pénale  |
| Cr.App.R.                  | Criminal Appeal Reports   |
| Crim.                      | Cour de Cassation Chambre Criminelle  |
| Crim. Just.                | Journal of Criminal Justice   |
| Crim.L.R.                  | The Criminal Law Review   |
| Cox CC                     | Cox's Criminal Cases  |
| D.                         | Recueil Dalloz  |
| D.H.                       | Dalloz Recueil Hebdomadaire   |
| DB                         | Der Betrieb   |
| DDR-StPO                   | Strafprozessordnung der DDR   |
| Den.                       | Denison & Pearce's Crown Cases Reserved   |
| Dick.L.Rev.                | Dickinson Law Review  |
| Dig.                       | Digesten  |
| DJT                        | Deutscher Juristentag   |
| DNA                        | Desoxyribonukleinsäure  |
| Dr. fam.                   | Droit de la famille   |
| Dr. pén.                   | Revue Droit pénal   |
| ER                         | English Reports   |
| EEA                        | Europäische Ermittlungsanordnung  |
| EinigVrt                   | Einigungsvertrag  |
| Emory Int'l L. Rev.        | Emory International Law Review  |
| EMRK                       | Europäische Menschenrechtskonvention  |
| EUStA                      | Europäische Staatsanwaltschaft  |
| EuCLR                      | European Criminal Law Review  |
| EWCA Crim.                 | Court of Appeal Criminal Division   |
| FamFG                      | Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit |
| FNAEG                      | Fichier National Automatisé des Empreintes Génétiques   |
| Forensic Sci Int (Genet)   | Forensic Science International (Genetics)   |
| FPR                        | Familie Partnerschaft Recht   |
| FS                         | Festschrift   |
| GA                         | Goldammer's Archiv für Strafrecht   |
| Ga. L. Rev.                | Georgia Law Review  |
| Gaz. Pal.                  | Gazette du Palais   |
| GBP                        | Pfund Sterling  |
| Gen.                       | Genesis   |
| Geo.L.J.                   | Georgetown Law Journal  |
| GewSchG                    | Gewaltschutzgesetz  |
| GG                         | Grundgesetz   |
| GID                        | Gen-ethischer Informationsdienst  |
| GRC                        | Grundrechtecharta der Europäischen Union  |

|                       |   |
|-----------------------|---|
| GS                    | Der Gerichtssaal/Gedenkschrift                                  |
| GSSt                  | Großer Senat für Strafsachen                                    |
| GVG                   | Gerichtsverfassungsgesetz                                       |
| h.M.                  | herrschende Meinung   |
| H.S.                  | Halbsatz  |
| Harv. J. L. & Tech.   | Harvard Journal of Law & Technology                             |
| Harv. Law Rev.        | Harvard Law Review  |
| Hastings Const. L. Q. | Hastings Constitutional Law Quarterly                           |
| Hastings Women's L.R. | Hastings Women's Law Review                                     |
| HC                    | House of Commons  |
| HK-StPO               | Heidelberger Kommentar zur StPO                                 |
| HL                    | House of Lords  |
| Hofstra L. Rev.       | Hofstra Law Review  |
| Hous. L. Rev.         | Houston Law Review  |
| HRRS                  | Zeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung im Strafrecht |
| i.E.                  | im Ergebnis   |
| i.e.                  | id est  |
| i.V.m.                | in Verbindung mit   |
| ICLQ                  | International and Comparative Law Quarterly                     |
| ICS                   | International Congress Series                                   |
| IJEP                  | International Journal of Evidence & Proof                       |
| Ind. L. Rev.          | Indiana Law Review  |
| Iowa L. Rev.          | Iowa Law Review   |
| IRG                   | Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen       |
| J Legal Hist          | The Journal of Legal History                                    |
| J. Forensic Sci.      | Journal of Forensic Sciences                                    |
| JP                    | Justice of the Peace Law Reports                                |
| JCP                   | Semaine Juridique   |
| JLME                  | The Journal of Law, Medicine & Ethics                           |
| JO                    | Journal Officiel  |
| JR                    | Juristische Rundschau   |
| JuS                   | Juristische Schulung  |
| JW                    | Juristische Woche   |
| JZ                    | Juristen Zeitung  |
| K.B.                  | King's Bench Division   |
| KK-StPO               | Karlsruher Kommentar zur StPO                                   |
| KMR-StPO              | Kleinknecht/Müller/Reitberger Kommentar zur StPO                |
| KunstUrhG             | Kunsturhebergesetz  |
| LG                    | Landgericht   |
| Lib.                  | Liber   |
| LK-StGB               | Leipziger Kommentar zum StGB                                    |
| LPartG                | Lebenspartnerschaftsgesetz                                      |
| LR 1 CCR              | Law Report Volume 1 Crown Cases Reserved                        |
| LR-StPO               | Löwe/Rosenberg Kommentar zur StPO                               |
| LQR                   | Law Quarterly Review  |
| M.L.R.                | The Modern Law Review   |
| m. Anm.               | mit Anmerkung   |
| M & S                 | Maule & Selwyn's King's Bench Reports                           |

|                                |  |
|--------------------------------|--|
| MDR                            | Monatsschrift Deutsches Recht  |
| Mich. L. Rev.                  | Michigan Law Review  |
| Minn. J. L. Sci. & Tech.       | Minnesota Journal of Law Science & Technology  |
| MüKo-StGB                      | Münchener Kommentar zum StGB   |
| MüKo-StPO                      | Münchener Kommentar zur StPO   |
| mtDNA                          | mitochondriale DNA   |
| n.F.                           | neue Fassung   |
| NArchCrimR                     | Neues Archiv des Criminalrechts  |
| NDNAD                          | National DNA Database  |
| New LJ                         | New Law Journal  |
| NJ                             | Neue Justiz  |
| NJECL                          | New Journal of European Criminal Law   |
| NJW                            | Neue Juristische Wochenschrift   |
| Notre Dame L. Rev.             | Notre Dame Law Review  |
| NStZ                           | Neue Zeitschrift für Strafrecht  |
| NStZ-RR                        | Neue Zeitschrift für Strafrecht Rechtsprechungsreport                                |
| Nw.U.L.Rev.                    | Northwestern University Law Review   |
| Obs.                           | Observations   |
| OGH                            | Oberster Gerichtshof für die britische Zone  |
| OLG                            | Oberlandesgericht  |
| OWiG                           | Ordnungswidrigkeitengesetz   |
| öStPO                          | österreichische Strafprozessordnung  |
| PACE                           | Police and Criminal Evidence Act   |
| PACS                           | Pacte civil de solidarité  |
| para.                          | paragraph  |
| PUAG                           | Gesetz zur Regelung des Rechts der Untersuchungsausschüsse des Deutschen Bundestages |
| Q.B.                           | Queen's Bench  |
| QCA                            | Queensland Court of Appeal   |
| Queensland U. Tech. L. & Just. | Queensland University of Technology Law & Justice Journal                            |
| R. v.                          | The Crown against ...  |
| Rapp. JO                       | Rapport Journal Officiel   |
| RCLJ                           | Revue critique de législation et de jurisprudence                                    |
| RefE                           | Referentenentwurf  |
| Rev Int Criminol Police Tech   | Revue de Criminologie et de Police Technique   |
| Rev. pénit.                    | Revue pénitentiaire et de droit pénal  |
| RiStBV                         | Richtlinien für das Straf- und Bußgeldverfahren                                      |
| RiVAST                         | Richtlinien für den Verkehr mit dem Ausland in strafrechtlichen Angelegenheiten      |
| RGBI.                          | Deutsches Reichsgesetzblatt  |
| RG                             | Reichsgericht  |
| RJPF                           | Revue juridique personnes et famille   |
| RL                             | Richtlinie   |
| RLDC                           | Revue Lamy droit civil   |
| RSC                            | Revue de science criminelle et de droit pénal comparé                                |
| Rspr.                          | Rechtsprechung   |
| RStPO                          | Reichsstrafprozessordnung  |
| RTD civ.                       | Revue trimestrielle de droit civil   |

|                             |  |
|-----------------------------|--|
| S./s.                       | Recueil Sirey/Seite/siehe/section                          |
| S.Afr.J.Crim.Just.          | South African Journal of Criminal Justice                  |
| S.L.T.                      | Scots Law Times  |
| Sch & Lef                   | Schoales & Lefroy's Irish Chancery Reports                 |
| Sch/Sch-StGB                | Schönke/Schröder Kommentar zur StGB                        |
| SK-StPO                     | Systematischer Kommentar zur StPO                          |
| SLPR                        | Stanford Law & Policy Review                               |
| Somm.                       | Sommaires  |
| SSW-StGB                    | Satzger/Schluckebier/Widmaier Kommentar zum StGB           |
| St. Mary's L. J.            | St. Mary's Law Journal                                     |
| St Tr                       | State Trials   |
| StA                         | Staatsanwaltschaft   |
| STR                         | Short Tandem Repeats                                       |
| Str.                        | Streitig   |
| StraFo                      | StrafverteidigerForum                                      |
| StRR                        | StrafRechtsReport  |
| StGB                        | Strafgesetzbuch  |
| StPO                        | Strafprozessordnung  |
| StV                         | Strafverteidiger   |
| Tbd.                        | Teilband   |
| Tex. Int'l L. J.            | Texas International Law Journal                            |
| Tex. Wesleyan L. Rev.       | Texas Wesleyan Law Review                                  |
| TGI                         | Tribunal de Grand Instance                                 |
| Tit.                        | Titel  |
| TKÜNReglG                   | Telekommunikationsneuregelungsgesetz                       |
| U. Ill. J. L. Tech. & Pol'y | University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy |
| U.N.S.W.L.J.                | University of New South Wales Law Journal                  |
| Vol.                        | Volume   |
| Vorbem.                     | Vorbemerkung   |
| Whittier L. Rev.            | Whittier Law Review  |
| WLR                         | The Weekly Law Reports                                     |
| Wm. & Mary L.Rev.           | William and Mary Law Review                                |
| YJCEA                       | Youth Justice and Criminal Evidence Act                    |
| ZD                          | Zeitschrift für Datenschutz                                |
| ZDStV                       | Zeitschrift für deutsches Strafverfahren                   |
| ZeuS                        | Zeitschrift für Europarechtliche Studien                   |
| ZIS                         | Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik         |
| ZJS                         | Zeitschrift für das Juristische Studium                    |
| ZPO                         | Zivilprozessordnung  |
| ZRP                         | Zeitschrift für Rechtspolitik                              |
| ZStW                        | Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft        |



## A. Einleitung

Die Entscheidung des BGH<sup>1</sup> zur Verwertbarkeit von sog. Beinahetreffern hat die strafprozessualen Aussageprivilegien naher Angehöriger erneut in grelles Licht getaucht. Warum nimmt die StPO bestimmte Angehörige des Beschuldigten von gewissen Mitwirkungspflichten aus? Welchen Stellenwert haben die Ausnahmen im rechtlichen Gesamtgefüge? Und wie vertragen sich neuartige technische Ermittlungsmethoden mit diesen Privilegien?

### I. Problemstellung

Die Arbeit nähert sich diesem Thema nicht nur aus der Perspektive des geltenden deutschen Rechts. Im Rahmen eines Rechtsvergleichs soll der Frage nachgegangen werden, ob die Privilegierung ein rein deutsches Phänomen ist, oder ob auch andere europäische Staaten den Angehörigen des Beschuldigten Sonderrechte zuweisen. Es wird untersucht, wie etwaige Unterschiede zu Stande kamen und ob trotz aller Unterschiede eine gemeinsame Grundentscheidung für den Schutz der Angehörigen besteht, auf die eine Europäisierung des Beweisrechts aufbauen kann.

Das Strafprozessrecht ist als Schutzsystem für Grund- und Menschenrechte von elementarer Bedeutung. Vor allem im europäischen Diskurs werden in diesem Zusammenhang jedoch zumeist nur die Rechte von Beschuldigten und Opfern thematisiert. Außer in der deutschen Literatur ist die Rolle der Angehörigen des Beschuldigten bis jetzt kaum untersucht worden. Dabei stellt eine Partizipation an der Überführung und Verurteilung eines nahen Angehörigen überall eine schwere Belastung dar. Wie reagieren verschiedene Rechtsordnungen auf diese emotional bedrückende Situation? Tatsächlich werden Angehörige in allen drei Rechtsordnungen besonders behandelt. Aber geschieht dies aus denselben Gründen? Und hat diese Sonderrolle in der Praxis überall denselben Stellenwert?

In dieser Arbeit wird nicht nur das *law in the books*, sondern auch das *law in action*, d.h. der Umgang der Rechtsprechung mit den Vorschriften zur Angehörigenprivilegierung, deren praktischer Stellenwert innerhalb des je-

---

<sup>1</sup> BGHSt 58, 84 ff.

weiligen Rechtssystems, etwaige Reformvorschläge und relevante historisch-gesellschaftliche Entwicklungen miteinander verglichen.<sup>2</sup> Dies kann zum einen die mögliche Vielfalt des Rechts verdeutlichen.<sup>3</sup> Der Vergleich der Situation von Angehörigen des Beschuldigten kann auch als Inspiration für Reformen im nationalen Recht z.B. im Bereich des Beinahetreffers dienen.<sup>4</sup> Durch den Rechtsvergleich soll aber ebenso das Potential eines europäisierten Beweisrechts ausgelotet werden.<sup>5</sup> Die Europäisierung des Strafrechts beeinflusst schon jetzt den nationalen Strafprozess. Der Vergleich soll zeigen, ob die bereits bestehende und auch kommende Europäisierung des Beweisrechts eine Zukunft hat. Denn die Integrationsmechanismen im europäischen Strafrecht beruhen gem. Art. 82 Abs. 1 S. 1 AEUV auf dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, das sich seinerseits aus dem gegenseitigen Vertrauen in die Rechtmäßigkeit des Handelns der anderen Mitgliedstaaten speist. Dieser Vertrauensvorschuss muss jedoch auf einer ausreichenden Kongruenz der nationalen Rechtsordnungen fußen, was insbesondere voraussetzt, dass überall gewisse prozessuale Mindeststandards gelten.<sup>6</sup> Die Arbeit geht deshalb der Frage nach, ob eine solche Kongruenz im Bereich des Schutzes von Familienangehörigen besteht. Einbußen eines prozessualen Schutzes durch die europäische Integration wären kaum konsensfähig und dürften in Deutschland geradezu reflexartig zu einer Anrufung des BVerfG führen.<sup>7</sup> Eine solche Gefahr zeichnet sich momentan im Bereich der Beweiserhebung durch den Vorschlag einer Verordnung zur Einführung einer Europäischen Staatsanwaltschaft,<sup>8</sup> die Umsetzung der Europäischen Ermittlungsanordnungs-Richtlinie<sup>9</sup> und die Umsetzung des Prüm-Beschlusses ab.<sup>10</sup> Hier wird jeweils die Auswirkung dieser Mechanismen auf die Stellung von Angehörigen untersucht, um mögliche Konflikte bereits im Vorhinein aufzuspüren.

Als Fallstudie zu den aufgeworfenen Fragen dient das Beispiel des Beinahetreffers: Seit der Entdeckung des genetischen Fingerabdrucks wurden

---

<sup>2</sup> Zur Methodik der funktionalen Rechtsvergleichung s. *Jescheck*, Entwicklung, Aufgaben und Methoden, 1955; *Perron* ZStW 109 (1997), 281, S. 281; *Sieber*, in: *Sieber/Albrecht* (Hrsg.), Strafrecht und Kriminologie: Kolloquium zum 90. Geburtstag von Professor Dr. Dr. h.c. mult. Hans-Heinrich Jescheck am 10. Januar 2005, 2006, S. 78.

<sup>3</sup> Ein Grund für den Vergleich ist daher die reine „Erkenntnis“, s. *Rabel*, in: *Leser* (Hrsg.), Ernst Rabel Gesammelte Aufsätze Band 3, 1967, S. 3.

<sup>4</sup> *Voigt*, in: *Voigt* (Hrsg.), Globalisierung, 2000, S. 17.

<sup>5</sup> *Zweigert/Kötz*, Einführung, <sup>3</sup>1996, S. 27.

<sup>6</sup> So z.B. anstatt vieler EU-Dokumente das Haager Programm, Abl. 2005 C 53/1, C 53/12; Zum gegenseitigen Vertrauen ausführlich *Ronsfeld*, Rechtshilfe, 2015, S. 227.

<sup>7</sup> S. hierzu in letzter Zeit BVerfG NJW 2016, 1149.

<sup>8</sup> Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft, COM(2013) 534 final.

<sup>9</sup> ABl. EU Nr. L 130 v. 1.5.2014 S. 1.

<sup>10</sup> ABl. EU Nr. 210 v. 6.8.2008 S. 1.

immer neue, für die Strafverfolgung relevante Untersuchungen möglich. Heutzutage können mittels eines DNA-Täterprofils nicht nur der Täter selbst, sondern auch dessen nahe Angehörige ermittelt werden, was es Ermittlungsbehörden dann ermöglicht, gezielt innerhalb einer Familie zu fahnden. Der BGH hat festgestellt, dass die Situation der Abgabe einer DNA-Probe mit der einer Zeugenaussage vergleichbar ist, insofern als die Gefahr besteht, einen nahen Angehörigen – wenn auch unwillkürlich – zu belasten.<sup>11</sup> Problematisch am sog. Beinahetreffer ist daher, dass die Angehörigenprivilegierung des deutschen Rechts mittelbar umgangen werden kann. Unter Berücksichtigung der deutschen Diskussion, die mehrheitlich den Schutzgedanken des § 52 StPO auf den Beinahetreffer überträgt,<sup>12</sup> und der aktuellen Gesetzesänderung wird im Lichte der Rechtsvergleichung gefragt, ob ein genereller Schutzstandard zugunsten Angehöriger auch im Kontext neuer technischen Entwicklungen beibehalten wird. Hier ist zudem der grenzüberschreitende DNA-Datenbankabgleich aufgrund des Prüm-Umsetzungsbeschlusses von Interesse, denn die Frage nach der *confiance mutuelle* stellt sich durch die Möglichkeit der gezielten Suche nach Beinahetreffern (sog. *familial searching*) mit neuer Brisanz.

## II. Begründung der Länderauswahl

Als prägende europäische Rechtsordnungen habe ich für diesen Vergleich Deutschland, Frankreich, sowie England und Wales gewählt.<sup>13</sup> In diesen drei Rechtsordnungen tun sich bei den Aussageprivilegien naher Angehöriger große Unterschiede auf. Während in Deutschland die Familienangehörigen durch § 52 StPO und weitere flankierende Normen sehr weitgehend geschützt werden, besteht in Frankreich keine Möglichkeit, die Aussage zu verweigern, da Art. 335 CPP nur die *Vereidigung*, nicht aber die *uneidliche Aussage* naher Angehöriger verbietet. Die englische Regelung in s. 80 PACE ist durch das *adversary system* geprägt und kennt nur ein relatives Privileg für Ehegatten, nicht jedoch für Blutsverwandte.

Diese Länder bieten sich als traditionelle ‚westliche‘ Rechtsordnungen für einen Vergleich an: Sie haben eine gemeinsame Geschichte, haben sich gegenseitig beeinflusst und stehen heute vor vergleichbaren sozialen Fragen.<sup>14</sup> Die Auswahl der Länderrechte für den Rechtsvergleich erfolgte aufgrund des

---

<sup>11</sup> BGHSt 58, 84, 93 ff.

<sup>12</sup> BGHSt 58, 84 ff.; *Swoboda* StV 2013, 461, S. 461; *Rogall* JZ 2013, 874, S. 874.

<sup>13</sup> Im Folgenden sollen die Begriffe ‚England‘ bzw. ‚englisch‘ der Einfachheit halber ebenso Wales erfassen.

<sup>14</sup> *Eser*, in: Freund/Frisch (Hrsg.), Grundlagen und Dogmatik: FS Wolfgang Frisch, 2013, S. 1465.

Stellenwertes, den die Länder im europäischen Kontext haben. Das deutsche Strafprozessrecht entspricht in der Frage der Angehörigenprivilegierung im Wesentlichen dem österreichischen, dem italienischen, dem niederländischen und dem spanischen Recht.<sup>15</sup> Das französische Recht ähnelt den Rechtsordnungen Belgiens und Luxembourgs.<sup>16</sup> Kurz vor Abschluss der Arbeit hat das britische Volk im Brexit-Referendum leider seinen Willen zum Austritt aus der Europäischen Union erklärt, sodass der Vergleich mit dem englischen Recht nun nicht mehr direkt für die Gedanken zum Europäischen Strafprozessrecht fruchtbar gemacht werden kann. Allerdings bleibt das Vereinigte Königreich (wohl) weiterhin Vertragsstaat der EMRK und kann – abhängig vom Ausgang der Brexit-Verhandlung und dem Status, den das Vereinigte Königreich dann haben wird – auch vom strafrechtlichen Europäisierungsprozess betroffen sein. Die englische Angehörigenprivilegierung ähnelt aber auch den Regelungen anderer Common Law-Staaten in der EU wie Irland.<sup>17</sup> Die Aussagen zum englischen Recht lassen sich also auf diese andere Rechtsordnungen des Common Law übertragen. England ist und bleibt darüber hinaus, unabhängig von der EU-Mitgliedschaft, jedoch natürlich für die beiden anderen Zwecke der Rechtsvergleichung ungebrochen von Interesse: Als Common Law-Land zeigt sich dort, wie anders sich Recht entwickeln und wie ähnlich die Rechtspraxis trotzdem sein kann. Die englische Regelung kann zudem ganz einfach als Quelle der Inspiration für eine Kompromisslösung zwischen dem deutschen und französischen Modell gesehen werden.

### III. Gang der Darstellung

Die Arbeit ist in drei Teile untergliedert: die Darstellung der nationalen Rechtsordnungen in Bezug auf Aussageprivilegierungen und die Fallstudie des Beinahetreffers, den Rechtsvergleich und schließlich die Zusammenführung der Ergebnisse auf der Metaebene des Europäischen Strafrechts. Der erste Teil zu den nationalen Rechtsordnungen beginnt mit dem deutschen Recht, woran sich die Darstellungen des französischen und englischen Rechts anschließen. Hier wird das geltende Recht der Aussageprivilegien beschrieben und dessen Ursprünge analysiert. Dienen diese Regeln eher dem Schutz der Zeugen, der Wahrheitsfindung oder der Familiensphäre? Was folgt aus einem Verstoß gegen die Regeln? Und schließlich: Was ist die Ursache für

---

<sup>15</sup> § 157 Abs. 1 Nr. 1 österreichische StPO; Art. 199 italienischer Codice di Procedura Penale; s. 217 niederländisches Wetboek van Strafvordering; Art. 416 Nr. 1 spanische Lex de Enjuiciamiento Criminal.

<sup>16</sup> S. Art. 156 belgischer Code d'Instruction Criminelle und Art. 69 ff. luxemburgischer Code d'Instruction Criminelle.

<sup>17</sup> Part IV des irischen Criminal Evidence Act 1992.

die Entwicklung so unterschiedlicher Systeme? Um diesen Fragen auf den Grund zu gehen, werde ich die historischen Ursprünge, den Zweck der Regelungen, Reformdiskussionen und schließlich das Fallbeispiel des Beinahetrefers untersuchen. An den Teil zu den nationalen Rechten schließt sich die Rechtsvergleichung als Hauptteil der Arbeit an. Hierbei werden bestimmte Facetten wie der persönliche und sachliche Schutzbereich, die praktische Relevanz und die *ratio* der nationalen Regelungen nebeneinander gestellt. Dies wird von einem wertenden Vergleich abgerundet. Schließlich wendet sich die Arbeit in Form eines Ausblicks der europäischen Ebene mit drei Kooperationsmechanismen des europäischen Beweisrechts zu. Auf Grundlage der Ergebnisse der Rechtsvergleichung und der Analyse der europäischen Kooperationsmechanismen wird schließlich versucht, die Forschungsfrage zu beantworten, inwiefern eine Europäisierung des strafrechtlichen Beweisrechts auf Grundlage der *reconnaissance mutuelle* vor dem Hintergrund des Schutzes naher Angehöriger tatsächlich möglich ist.

## B. Deutschland – Subjektive Verweigerungsrechte

Bevor das deutsche Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 52 StPO rechtsvergleichend betrachtet und beurteilt werden kann, müssen in einem ersten Schritt die geltende Rechtslage (I.), deren historische Entwicklung (II.), die *ratio* der Norm (III.), und schließlich geäußerte Kritik an der geltenden Rechtslage (IV.) dargestellt werden. Als Fallstudie wird abschließend das Problem des Beinahetreffers behandelt (V.).

### I. Geltende Rechtslage

Nahe Angehörige werden in Deutschland in sämtlichen Ermittlungsphasen und bei einer Fülle von Ermittlungsmethoden privilegiert. Die Grundnorm dieser Privilegierungen ist das Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 52 StPO, auf das die flankierenden Normen aufbauen.

#### *1. Zeugnispflicht*

Die Tragweite des Zeugnisverweigerungsrechts kann nur richtig verstanden werden, wenn klar ist, von welchen Pflichten § 52 StPO befreit und von welchen Pflichten der Zeuge gerade nicht suspendiert wird. Es besteht eine allgemeine Pflicht gem. § 48 Abs. 1 S. 1 StPO vor Gericht, gem. § 161a Abs. 1 S. 1 StPO auch vor der Staatsanwaltschaft und seit 2017 auch vor deren Ermittlungspersonen zu erscheinen. §§ 48 Abs. 1 S. 2, 161a Abs. 1 S. 1 und 163 Abs. 3 S. 1 StPO verpflichten jeden Zeugen, wahrheitsgemäß und vollständig vor diesen Personen auszusagen.<sup>1</sup> Die Zeugenaussage umfasst zum einen die Angaben zur Person gem. § 69 StPO und zum anderen die Angaben zur Sa-

---

<sup>1</sup> BVerfG NJW 1979, 32; KK-StPO-Senge, § 48, Rn. 1; 2. § 48 StPO wurde im Jahr 2009 neu gefasst und enthält aufgrund des Vorbehalt des Gesetzes (zu Art. 2 Abs. 1 GG s. BVerfGE 6, 32) erst seitdem in Abs. 1 eine allgemeine kodifizierte Erscheinens- und Zeugnispflicht. S. OpferrechtsreformG vom 29.7.2009 – BGBl. I S. 2280. Aber auch schon vor dem Opferrechtsreformgesetz war es einhellige Meinung, dass eine Zeugnispflicht als allgemeine staatsbürgerliche Pflicht bestand, s. schon Hahn, Materialien Bd. III Tbd. 1, 1897, S. 99; LR-StPO-Ignor/Bertheau, Vor § 48, Rn. 16. Die Aussagepflicht bei der Polizei wurde erst durch das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens vom 17.08.2017 eingeführt.

che gem. § 70 StPO. Die Angaben zur Person stellen kein ‚Zeugnis‘ im Sinne des § 52 StPO dar, sodass jeder seine Personalien zu Protokoll geben muss.<sup>2</sup> Dies beruht nicht zuletzt auf der Erwägung, dass nur anhand der Angaben des Zeugen zu seiner Person überhaupt bestimmt werden kann, ob dem Zeugen ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht.

## 2. Zeugnisverweigerungsrecht – § 52 StPO

Die Dogmatik des Zeugnisverweigerungsrechts ist mit der Zeit bis ins kleinste Detail von Literatur und Rechtsprechung ausgearbeitet worden.

### a) Persönlicher Schutzbereich

§ 52 StPO gewährt Angehörigen des Beschuldigten das Recht, in einer Vernehmungssituation zur Sache zu schweigen. Die Regelung ist bei Vernehmungen vor Gericht, bei der Polizei und der Staatsanwaltschaft anwendbar.<sup>3</sup> Zur Zeugnisverweigerung berechtigt § 52 Abs. 1 StPO Verlobte und nach § 1 Abs. 3 S. 2 LPartG gleichgestellte Personen bis zur Auflösung dieses Verhältnisses, wobei die Rechtswirksamkeit des Verhältnisses unter Umständen nicht relevant ist,<sup>4</sup> Ehegatten und Lebenspartner (auch nach Scheidung der Ehe oder Lebenspartnerschaft), Verwandte in gerader Linie und in der Seitenlinie bis zum dritten Grad (§ 1589 Abs. 1 BGB), wobei auch Adoptivkinder und -eltern einbezogen sind, und schließlich Verschwägerter in gerader Linie und in Seitenlinie bis zum zweiten Grade auch nach Auflösung des verbindenden Rechtsverhältnisses.<sup>5</sup> Weil der Gesetzgeber diejenigen, die wegen eines persönlichen Näheverhältnisses zur Zeugnisverweigerung berechtigt sein sollen, in § 52 StPO einzeln aufzählt (sog. Enumerationsprinzip), soll eine analoge Anwendung der Norm auf andere Personen ausgeschlossen sein. Es fehle bereits an einer planwidrigen Regelungslücke.<sup>6</sup>

---

<sup>2</sup> MüKo-StPO-Percic, § 52, Rn. 3.

<sup>3</sup> S. §§ 161a Abs. 1 S. 2, 163 Abs. 3 StPO; SK-StPO-Rogall, § 52, Rn. 13. Das Zeugnisverweigerungsrecht findet auch im Ordnungswidrigkeitsverfahren (§ 46 Abs. 1 OWiG), Steuerstrafverfahren (§ 399 AO), Verfahren vor dem BVerfG (§ 13 Nr. 1, 2, 4 und 9 BVerfGG), Verfahren des Untersuchungsausschusses (§ 22 PUAG) und in Disziplinarverfahren (§ 25 BDG) Anwendung.

<sup>4</sup> Zum Beispiel löst auch ein zivilrechtlich unwirksames Verlöbnis, bei dem zumindest ein Teil noch minderjährig ist, ein Zeugnisverweigerungsrecht aus, s. RGSt 38, 242. Hingegen löst ein Verlöbnis, das gem. § 138 BGB nichtig ist, da bereits ein anderes rechtlich wirksames Verlöbnis oder eine Ehe besteht, diese Rechtsfolge nicht aus, s. RGSt 71, 152, 154; BGH NSTz 1983, 564 m. Anm. *Pelchen*.

<sup>5</sup> S. § 1590 BGB.

<sup>6</sup> So sind Pflegekinder und -eltern nicht erfasst, MüoK-StPO-Percic, § 52, Rn. 16; LR-StPO-Ignor/Bertheau, § 52, Rn. 15; a.A. *Eisenberg*, Beweisrecht, <sup>9</sup>2015, Rn. 2019; Zur restriktiven Auslegung: BVerfG NSTz 1999, 255 m. Anm. *Wollweber* NSTz 1999, 628;

Der Verwandte des Zeugen muss Beschuldigter in einem Strafverfahren sein. Die Privilegierung besteht auch hinsichtlich Mitbeschuldigter, sofern der beschuldigte Verwandte selbst nicht bereits verstorben, rechtskräftig verurteilt, oder freigesprochen ist. Eindeutig besteht das Zeugnisverweigerungsrecht, wenn Angehöriger und Mitangeklagter wegen derselben Tat angeklagt sind.<sup>7</sup> Umstrittener ist die Rechtslage indes, wenn das Verfahren gegen denjenigen Beschuldigten, mit dem der Zeuge in einem Verwandtschaftsverhältnis steht, eingestellt wurde. Neuerdings hat der BGH klargestellt, dass er § 52 StPO bei der Aussage gegen den weiterhin verfolgten Mitangeklagten für unanwendbar hält, wenn das Verfahren gegen den Verwandten des Zeugen nach §§ 154 Abs. 1 oder 2 StPO eingestellt wurde, weil ein Wiederaufgreifen des Verfahrens gegen den Verwandten praktisch ausgeschlossen sei.<sup>8</sup> Ob dies auch für eine Einstellung nach § 153a StPO gilt, ist umstritten.<sup>9</sup>

Tabelle 1: Verwandtschaftsgrade

| 1. Grades   | 2. Grades        | 3. Grades    |
|-------------|------------------|--------------|
| Großeltern  |                  |              |
| Eltern      |                  | Onkel/Tante  |
| Angeklagter | Bruder/Schwester |              |
| Kind        | Enkel            | Nichte/Neffe |

### b) Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts

Das Zeugnisverweigerungsrecht muss durch den Berechtigten persönlich oder durch seinen anwaltlichen Beistand ausgeübt werden.<sup>10</sup> Das Gericht darf nicht nach Gründen der Verweigerung fragen oder Erläuterungen des Zeugen hierzu verwerten.<sup>11</sup>

HK-StPO-Gercke, § 52, Rn. 10; Pfeiffer-StPO-Pfeiffer, § 52, Rn. 1; MüKo-StPO-Percic, § 52, Rn. 16; wobei dies in der Literatur oft kritisiert wird, s. S. 81.

<sup>7</sup> KK-StPO-Senge, § 52, Rn. 6.

<sup>8</sup> BGH NJW 2009, 2548.

<sup>9</sup> Für ein Erlöschen: Radtke/Hohmann-StPO-Otte, § 52, Rn. 13; a.A. Satzger, in: Dölling (Hrsg.), FS Schöch, 2010, S. 924.

<sup>10</sup> BGH StV 2008, 57, 58; KMR-StPO-Neubeck, § 52, Rn. 15; Meyer-Goßner/Schmitt, § 52, Rn. 14; MüKo-StPO-Percic, § 52, Rn. 23.

<sup>11</sup> BGHSt 6, 279 f.; Meyer-Goßner/Schmitt, § 52, Rn. 26; KMR-StPO-Neubeck, § 52, Rn. 17; Peters, Strafprozess, <sup>4</sup>1985, S. 350.