

LUNA RÖSINGER

Die Freiheit des
Beschuldigten vom
Zwang zur Selbstbelastung

*Studien und Beiträge
zum Strafrecht*
23

Mohr Siebeck

Studien und Beiträge
zum Strafrecht

Band 23



Luna Rösinger

Die Freiheit des Beschuldigten vom Zwang zur Selbstbelastung

Über den Begründungszusammenhang
von Mitwirkungsfreiheit und Strafverfahrengingriff

Mohr Siebeck

Luna Rösinger, geboren 1988; Studium der Rechtswissenschaften an der LMU München und der Universität Bonn; Promotionsstipendiatin der Studienstiftung des deutschen Volkes; Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für ausländisches und internationales Strafrecht der Universität zu Köln; Rechtsreferendarin am LG Heidelberg; 2018 Promotion (Köln).

ISBN 978-3-16-156714-8 / eISBN 978-3-16-156716-2

DOI 10.1628/978-3-16-156716-2

ISSN 2364-267X / eISSN 2568-7468 (Studien und Beiträge zum Strafrecht)

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

Zugleich Dissertation, Universität zu Köln, 2018.

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. 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 epline in Böblingen aus der Times gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Juni 2018 von der Juristischen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen.

Ich möchte mich herzlich bei meinem Doktorvater Professor Dr. Thomas Weigend für seine Unterstützung während der Promotionsphase bedanken. Er hat diese Arbeit sowohl durch die Gewährung umfassender wissenschaftlicher Freiheit als auch durch seine gewohnt scharfe wie scharfsinnige Kritik gefördert. Zudem hat er mir die Möglichkeit eröffnet, an seinem Institut mitzuarbeiten und insbesondere in den gemeinsamen Seminaren wertvolle Erfahrungen zu sammeln.

Die Zeit am Institut für ausländisches und internationales Strafrecht wäre jedoch nicht halb so schön gewesen ohne meine Kolleginnen Dr. Corinna Ujkašević und Renate Vollhardt, deren Hilfsbereitschaft ich sehr zu schätzen weiß.

Ich danke an der Universität zu Köln auch meinem Zweitkorrektor Professor Dr. Cornelius Nestler für die zügige Erstellung seines Gutachtens.

Der Studienstiftung des deutschen Volkes danke ich für die langjährige Förderung sowohl während des Studiums in München und Bonn als auch während der Promotion in Köln. Ich habe dadurch wesentlich mehr als eine rein finanzielle Unterstützung erhalten. Über die zahlreichen Veranstaltungen und Reisen habe ich nicht nur einige meiner engsten Freunde kennengelernt, mir wurde auch von Anfang an Herr Professor Dr. Rainer Zaczyc als Vertrauensdozent zur Seite gestellt – ein Vertrauensdozent im besten Sinne des Wortes. Er hat nie versucht, fachlichen Einfluss zu nehmen, und hat ihn doch gehabt. Für sein Vertrauen und sein Engagement bin ich sehr dankbar.

Ganz besonders möchte ich meinen Eltern und meinem Mann danken, die mir nicht nur in den anstrengenden Phasen den Rücken freigehalten, sondern sich auch als Nicht-Juristen durch das Manuskript gekämpft und wichtige Hinweise gegeben haben.

Abschließend danke ich der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung, Hamburg, für die Gewährung eines großzügigen Druckkostenzuschusses.

Heidelberg, im Juli 2018

Luna Rösinger

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XVII
<i>A. Einleitung</i>	1
<i>B. Annäherung an den Untersuchungsgegenstand</i>	3
I. Die Mitwirkungsfreiheit als sog. Selbstbelastungsfreiheit in der Rechtsprechung	3
II. Erste Lehren aus dem Rechtsprechungsüberblick – „Nemo-tenetur“ als Rechtssatz?	27
III. Präzisierung des Untersuchungsziels	45
<i>C. Das verfassungsdogmatische Schema der Eingriffs- rechtfertigung in freiheitstheoretischer Modifizierung</i>	47
I. Einordnung der Diskussion um den Nemo-tenetur-Grundsatz – Zum Verständnis des Strafverfahrens als Eingriffsverfahren	48
II. Die Eingriffsrechtfertigung – Grundlage und Grenze von Freiheitsbeschränkungen	52
III. Zusammenfassung: Begrenzte Leistungsfähigkeit der verfassungsrechtlichen Analyse	61
<i>D. Die Bedeutung des Strafverfahrenszwecks und der Strafbegründung für die weitere Untersuchung</i>	63
I. Das Strafverfolgungsinteresse – Förderung der Strafverfolgung als legitimer Eingriffszweck?	64
II. Vorgehen in der weiteren Untersuchung der Beschuldigtenstellung	106
<i>E. Strukturelle Analyse möglicher Rechtspositionen – Annäherung über den Begriff des „subjektiven Rechts“</i>	107
I. Die analytische Theorie des „subjektiven Rechts“ Hohfelds	108
II. Anwendbarkeit der Hohfeld’schen Terminologie auf Verfahrensrechte	112
III. Mögliche Folgerungen für das Strafverfahrensverhältnis	116
IV. Einordnung in die Eingriffsdogmatik – Wie erkennt man die einzelne Position?	118

V.	Fazit	121
<i>F.</i>	<i>Die Ratio der Mitwirkungsfreiheit</i>	123
I.	Individuumsorientierte Ansätze	123
II.	Verfahrensspezifische Erklärungen	141
III.	Das Distanzinteresse des Beschuldigten – Zum Strafverfahren als Kampf um Anerkennung	153
<i>G.</i>	<i>Der Einfluss der Mitwirkungsfreiheit auf einzelne Rechtspositionen im Strafverfahren</i>	214
I.	Die Mitwirkungsfreiheit als Pflichtenfreiheit bzgl. des Strafverfolgungsinteresses	214
II.	Befugnisse des Staates (sog. „Zwangsmaßnahmen“)	224
III.	Insbesondere zur Befugnis, den Beschuldigten in Untersuchungshaft zu nehmen	234
IV.	Heimliche Ermittlungsmethoden und Täuschungen in privaten Kommunikationsbeziehungen – Zum Zusammenspiel von allgemeiner und besonderer Opfergrenze	237
V.	Beschuldigtenlüge und staatliche Täuschung – Zur Frage eines allgemeinen Täuschungsverbots	246
VI.	Zwischenergebnis zu den Befugnissen des Beschuldigten und des Staates	258
VII.	Zur Möglichkeit von Pflichten im Dritt- und Allgemeininteresse	260
VIII.	Die Mitwirkungsfreiheit in Beweiswürdigung und Strafzumessung	263
IX.	Das Verhältnis zu anderen Zeugnis- und Auskunfts- verweigerungsrechten	276
<i>H.</i>	<i>Schlussbetrachtung</i>	308
	Literaturverzeichnis	311
	Sachregister	331

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XVII
A. Einleitung	1
B. Annäherung an den Untersuchungsgegenstand	3
I. <i>Die Mitwirkungsfreiheit als sog. Selbstbelastungsfreiheit in der Rechtsprechung</i>	3
1. Sachliche Reichweite der Selbstbelastungsfreiheit	4
a) Der Schutz der Aussagefreiheit in der Vernehmung	4
aa) Schutzbereich	5
bb) Unzulässige Eingriffe	5
(1) Zwang	5
(2) Zulässige List und unzulässige Täuschung in der Vernehmung	7
b) Der Schutz der Aussagefreiheit außerhalb der Vernehmung	8
aa) Schutz der Aussagefreiheit vor Täuschung?	8
(1) Verdeckte Befragungen – Die sog. „Hörfalle“	8
(2) Verdeckte Befragungen in Haft als Zwang	10
(3) Verdeckte Befragungen als Unterlaufen des Schweigerechts – Die Reaktion auf EGMR <i>Allan/UK</i>	12
(4) Erweiterung des Nemo-tenetur-Grundsatzes um bloße Irreführung?	14
(5) Festigung der Kriterien zu verdeckten Befragungen nach EGMR <i>Bykov/RUS</i>	16
(6) Zwischenergebnis	17
bb) Schutz von (staatlich nicht veranlassten) Äußerungen vor heimlichem Abhören	18
c) Der Schutz vor Zwang zu sonstiger Mitwirkung	18
aa) Die Unterscheidung zwischen aktiver Mitwirkung und passiver Duldung	18
bb) Schutz vor Täuschung?	21

cc) Beweiswürdigung	22
d) Freiheit zur aktiven Verhinderung der Sanktion?	23
aa) Lügerecht	23
bb) Andere Verschleierungshandlungen	24
2. Zeitliche Reichweite	25
3. Folgen einer Verletzung	26
4. Fazit	27
II. <i>Erste Lehren aus dem Rechtsprechungsüberblick – „Nemo-tenetur“ als Rechtssatz?</i>	27
1. Vorverständnis I – Zugleich Präzisierung des Untersuchungs- gegenstandes	28
2. Vorverständnis II – Kritik der Methodik insbesondere der Literatur ...	30
a) Die „Verortung“ in der Verfassung	31
b) Der Nemo-tenetur-Grundsatz als „althergebrachter“ Rechtssatz von Verfassungsrang – Übernahme einer Rechtstradition?	35
c) Fazit	42
3. Zum richtigen Umgang mit benannten und unbenannten Freiheitsrechten – Die Bedeutung der materialen Grundlage der Freiheitsrechte und des konkret betroffenen Bereichs	44
III. <i>Präzisierung des Untersuchungsziels</i>	45
C. Das verfassungsdogmatische Schema der Eingriffs- rechtfertigung in freiheitstheoretischer Modifizierung	47
I. <i>Einordnung der Diskussion um den Nemo-tenetur-Grundsatz – Zum Verständnis des Strafverfahrens als Eingriffsverfahren</i>	48
II. <i>Die Eingriffsrechtfertigung – Grundlage und Grenze von Freiheitsbeschränkungen</i>	52
1. Ermächtigungsgrundlage	52
2. Verhältnismäßigkeit	53
a) Legitimes Ziel	54
b) Geeignetheit und Erforderlichkeit des Mittels (Zweck-Mittel-Relation)	54
c) Angemessenheit	56
III. <i>Zusammenfassung: Begrenzte Leistungsfähigkeit der verfassungsrechtlichen Analyse</i>	61

D. Die Bedeutung des Strafverfahrenszwecks und der Strafbegründung für die weitere Untersuchung	63
I. <i>Das Strafverfolgungsinteresse – Förderung der Strafverfolgung als legitimer Eingriffszweck?</i>	64
1. Der Zweck des Strafverfahrens als legitimer Zweck	64
2. Zur Legitimität der Strafe – Die Straftheorien	66
a) Begriff der Strafe – Was ist Strafe?	66
b) Ansätze zur Rechtfertigung von Strafe	68
aa) Präventive Theorien	69
(1) Negative Generalprävention	70
(2) Spezialprävention	78
(3) Positive Generalprävention	80
bb) Freiheitsgesetzlich-retributive Theorie – Das Recht als Verhältnis gegenseitiger Anerkennung	85
3. Präzisierung des Ziels des Strafverfahrens	100
4. Erste Folgerungen für die Legitimität des Strafverfahrens	105
II. <i>Vorgehen in der weiteren Untersuchung der Beschuldigtenstellung</i> ..	106
E. Strukturelle Analyse möglicher Rechtspositionen – Annäherung über den Begriff des „subjektiven Rechts“	107
I. <i>Die analytische Theorie des „subjektiven Rechts“ Hohfelds</i>	108
II. <i>Anwendbarkeit der Hohfeld'schen Terminologie auf Verfahrensrechte</i>	112
III. <i>Mögliche Folgerungen für das Strafverfahrensverhältnis</i>	116
IV. <i>Einordnung in die Eingriffsdogmatik – Wie erkennt man die einzelne Position?</i>	118
1. Die Eingriffsgrundlage des Staates	118
2. Folgen der Ungeeignetheit oder der mangelnden Erforderlichkeit einer bestimmten Maßnahme	119
3. Die Bedeutung der Angemessenheit des Eingriffs für die konkrete Rechtsposition	119
a) Überwiegen des Beschuldigteninteresses und Gleichwertigkeit der Interessen: Anspruchsrechte des Beschuldigten auf Unterlassen	120
b) Überwiegen des Eingriffsinteresses: Freiheit/Freiheit oder Anspruch/Pflicht	121
V. <i>Fazit</i>	121

F. Die Ratio der Mitwirkungsfreiheit	123
<i>I. Individuumsorientierte Ansätze</i>	<i>123</i>
1. Selbsterhaltungstrieb, Cruel trilemma (Konfliktsituationen), Würde ...	123
a) Die psychologisierende Herangehensweise	125
b) Bloßer Gefühlsschutz – Zur Einengung des Schutzguts	126
c) Unschlüssige oder inkonsequente Folgerungen	127
d) Phänomenologische Einwände gegen die Abgrenzungskriterien ...	131
e) Fazit	131
2. Der Schutz der Subjektstellung und das Instrumentalisierungsverbot ..	132
3. Geheimhaltung verfänglichen Wissens	137
<i>II. Verfahrensspezifische Erklärungen</i>	<i>141</i>
1. Herleitung aus anderen Verfahrenspositionen bzw. aus der Verfahrensgerechtigkeit als solcher	141
2. Verfahrensstruktureller Ansatz	146
3. Rein funktionaler Ansatz – Verfahrensakzeptanz	150
a) Immanente Pflichten und Folgenverantwortung	151
b) Mitwirkungsfreiheit wegen Verfahrensakzeptanz	152
<i>III. Das Distanzinteresse des Beschuldigten – Zum Strafverfahren als Kampf um Anerkennung</i>	<i>153</i>
1. Die Belastung mit der Beschuldigung, eine Straftat begangen zu haben	155
a) Die Schwere des Vorwurfs	155
b) Die Vorwirkungen des Vorwurfs durch die Beschuldigung im Verfahren	156
2. Der Eingriff unter Unsicherheit über die Schuld	158
3. Das Rechtfertigungsproblem gegenüber dem Unschuldigen	160
a) Die Frage der Legitimationswirkung des Verdachts und der Störergedanke	161
aa) Verhaltensstörer	163
bb) Zustandsstörer	165
c) Zwischenergebnis und Klarstellung zur Bedeutung des Verdachts	168
b) Die grundsätzliche Möglichkeit der Rechtfertigung aus dem Aufopferungs- bzw. Teilhabegedanken	171
4. Der Aufopferungsgedanke im Einzelnen	176
a) Die Voraussetzung des „wesentlich überwiegenden Interesses“ ...	176
b) Die Voraussetzung des Ausgleichs	180
c) Die Einhaltung der Opfergrenze	184
aa) Allgemeine Anforderungen an die Wahrung der Opfergrenze ...	188
bb) Das Sonderproblem des Strafverfahrenseingriffs	189
d) Zwischenergebnis	191

5. Implikationen des veränderten Verhältnisses zwischen Staat und Beschuldigtem für die Frage der Mitwirkung – Distanzinteresse, Pflichtenfreiheit und der Kampf um Anerkennung	193
6. Klarstellungen zur Konstruktion und Abgrenzung	199
a) Erweiterung staatlicher Befugnisse aus dem Gedanken des Kampfes?	200
b) Abgrenzung zum materiell-rechtlichen Erlaubnistatbestandsirrtum ..	200
c) Ergänzungen zur Pflichtenfreiheit – Abgrenzung zum materiell-rechtlichen Notstand und den sog. „Duldungspflichten“ ..	202
d) Distanzinteresse auch für den Schuldigen?	204
e) Abgrenzung von Konstruktionen über die Unschuldsvermutung....	205
f) Abgrenzung zu anderen Ansätzen in der Literatur zu Widerstand, Kampf und Distanz im Strafverfahren	206
7. Zusammenfassung	211
G. Der Einfluss der Mitwirkungsfreiheit auf einzelne Rechtspositionen im Strafverfahren	214
I. <i>Die Mitwirkungsfreiheit als Pflichtenfreiheit bzgl. des Strafverfolgungsinteresses</i>	214
1. Die Aussagefreiheit – Schweigen und Lügen	215
2. Insb.: Die Frage der Anwesenheitspflicht	217
a) Anwesenheitspflicht oder Abwesenheitsbefugnis?	218
b) Anwesenheitsbefugnis und Anwesenheitsrecht	223
II. <i>Befugnisse des Staates (sog. „Zwangsmaßnahmen“)</i>	224
1. Eingriffsermächtigungen als Befugnisse zu eigenem Verhalten	224
a) Der Unterschied zu dem Aktiv/passiv-Kriterium der Rechtsprechung	226
b) Das weitere Kriterium des Widerstandes gegen Maßnahmen des Staates	228
c) Unzulässige Beeinträchtigung der Mitwirkungsfreiheit durch die Vorhersehbarkeit oder Ankündigung der Gewaltanwendung?	229
d) Zwischenergebnis zum Einfluss der Mitwirkungsfreiheit als spezieller Opfergrenze auf die Eingriffsbefugnisse des Staates	230
2. Beachtung der allgemeinen Opfergrenze	231
3. Ausschluss erniedrigender Behandlung	233
III. <i>Insbesondere zur Befugnis, den Beschuldigten in Untersuchungshaft zu nehmen</i>	234
1. Die Verhaltensweisen der Flucht und der Verdunkelung	234
2. Die Haft bei unerlaubtem und bei erlaubtem Verhalten	235
IV. <i>Heimliche Ermittlungsmethoden und Täuschungen in privaten Kommunikationsbeziehungen – Zum Zusammenspiel von allgemeiner und besonderer Opfergrenze</i> ..	237

1. Heimliche Ermittlungsmethoden	237
2. Täuschungen in privaten Kommunikationsbeziehungen	244
3. Zwischenergebnis zu heimlicher Überwachung und Täuschung und weitere notwendige Bestimmungen	244
<i>V. Beschuldigtenlüge und staatliche Täuschung – Zur Frage eines allgemeinen Täuschungsverbots</i>	<i>246</i>
1. Gibt es ein Rechtsprinzip der Wahrhaftigkeit? – Zu Kants Aufsatz „Über ein vermeintliches Recht aus Menschenliebe zu lügen“	246
2. Ableitungen für die Lüge des Beschuldigten	250
3. Ableitungen für die staatliche Lüge und Täuschung	251
a) Das allgemeine Täuschungsverbot gegenüber Nichtstörern	251
b) Struktureller Zusammenhang zwischen Mitwirkungsfreiheit und Täuschungsverbot	254
c) Inhaltlicher Zusammenhang zwischen Distanzinteresse und Täuschungsverbot	256
4. Fazit	257
<i>VI. Zwischenergebnis zu den Befugnissen des Beschuldigten und des Staates</i>	<i>258</i>
<i>VII. Zur Möglichkeit von Pflichten im Dritt- und Allgemeininteresse</i>	<i>260</i>
<i>VIII. Die Mitwirkungsfreiheit in Beweiswürdigung und Strafzumessung</i>	<i>263</i>
1. Freie Beweiswürdigung	263
2. Strafzumessung	265
a) Begrenzte Möglichkeiten für strafzumessungsrechtliche Anknüpfungspunkte des Prozessverhaltens	267
aa) Veränderung des Maßes der Schuld: Veränderung des Erfolgswerts	267
bb) Feststellung des Maßes der Schuld: Indizkonstruktion bzgl. des Handlungswerts	269
cc) Veränderung des Wiederherstellungsbedarfs durch andere Wiederherstellungsleistungen	270
b) Auswirkungen von Strafschärfung und Strafmilderung für das Prozessverhalten auf die Mitwirkungs- und Verteidigungsfreiheit. . .	272
aa) Zu den Auswirkungen der Milderungsmöglichkeit auf die Mitwirkungsfreiheit	272
bb) Zur strafschärfenden Berücksichtigung zulässigen Mitwirkungs- oder Verteidigungsverhaltens	274
<i>IX. Das Verhältnis zu anderen Zeugnis- und Auskunftsv verweigerungsrechten</i>	<i>276</i>
1. Der Zusammenhang von Mitwirkungsfreiheit und anderen Zeugnisverweigerungsbefugnissen (§§ 52 ff. StPO)	276
2. Der Beginn der Mitwirkungsfreiheit und ihr Verhältnis zu § 55 StPO – Zugleich zum Beschuldigtenbegriff	277

a) Der Beginn der neuen Rechtsstellung	277
aa) Der hier vertretene Ansatz zum Beginn der neuen Rechtsstellung	279
bb) Mögliche Einwände und Entgegnung	284
cc) Weitere Präzisierung: Mitteilung des Beschuldigtenstatus	290
b) Zwischenergebnis	294
c) Auskunftsverweigerung bei Selbstbelastung? Zum einfachgesetzlichen § 55 StPO	294
aa) Der Grund für eine (beschränkte) Mitwirkungsfreiheit von noch nicht beschuldigten Personen	295
bb) Inhaber der beschränkten Mitwirkungsfreiheit	299
cc) Wertung der Mitwirkungsverweigerung als anfangsverdachtsbegründend?	302
3. Die Vorwirkung der Mitwirkungsfreiheit auf Auskunftspflichten außerhalb des Strafverfahrens (Steuerrecht, Zivilprozess etc.)	304
H. Schlussbetrachtung	308
Literaturverzeichnis	311
Sachregister	331

Abkürzungsverzeichnis

a.a. O.	am angegebenen Ort
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AA	Akademie-Ausgabe
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Anm.	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
BayOBLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
Bd.	Band
BerlVerfGH	Berliner Verfassungsgerichtshof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI. I	Bundesgesetzblatt Teil I
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt (GrS)	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Großer Senat)
BRJ	Bonner Rechtsjournal
Bsp.	Beispiel
bspw.	beispielsweise
BT-Drucks.	Drucksache des deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
d. h.	das heißt
dems.	demselben
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Einl.	Einleitung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
f./ff.	folgende
Fn.	Fußnote

FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GS	Gedächtnisschrift
h. M.	herrschende Meinung
HRRS	Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
i. R. d.	im Rahmen des
i. S.	im Sinne
i. V. m.	in Verbindung mit
insb.	insbesondere
IPBPR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht Berlin
KK	Karlsruher Kommentar
KMR	Kommentar zur Strafprozessordnung (benannt nach den Begründern Kleinknecht, Müller, Reitberger)
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für die Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
LG	Landgericht
LK	Leipziger Kommentar
LR	Löwe-Rosenberg (Kommentar)
m.	mit
m. E.	meines Erachtens
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
m. z. N.	mit zahlreichen Nachweisen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MüKo	Münchener Kommentar
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK	Nomos Kommentar
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht Rechtsprechungs-Report
OLG	Oberlandesgericht
PolG ME	Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes
RG	Reichsgericht
RGSt	Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
RStPO	Reichsstrafprozessordnung
RW	Rechtswissenschaft. Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung

S.	Seite, Satz
s.	siehe
s. a.	siehe auch
s. o.	siehe oben
Sch/Sch	Schönke/Schröder (Kommentar)
SK	Systematischer Kommentar
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StraFo	Strafverteidiger Forum
StV	Strafverteidiger
u. a.	unter anderem
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Strafrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
z. B.	zum Beispiel
z. T.	zum Teil
ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZPO	Zivilprozessordnung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
zust.	zustimmend
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

A. Einleitung

Thema dieser Arbeit ist die Mitwirkungsfreiheit des Beschuldigten im Strafverfahren. In Rechtsprechung und Literatur wird diese zumeist unter den Begriffen der „Freiheit von Selbstbelastungszwang“, der „Selbstbelastungsfreiheit“ oder dem „Nemo-tenetur-Grundsatz“ diskutiert. Die Mitwirkungsfreiheit kennzeichnet in weiten Teilen die Rechtsstellung des Beschuldigten im Strafverfahren. Sie betrifft einen Bereich, in dem Staat und Bürger in einer außergewöhnlichen Weise aufeinandertreffen. Die Frage, warum der Beschuldigte einerseits die Einleitung und Durchführung des Strafverfahrens wie selbstverständlich erdulden, andererseits aber innerhalb dieses Verfahrens – im Gegensatz zu anderen Bürgern – unter keinen Umständen zur Mitwirkung verpflichtet sein soll, deutet bereits an, dass man bei der Betrachtung dieser Rechtsposition an die Grenzen des Staat-Bürger-Verhältnisses gelangt.

Die Freiheit, die Mitwirkung am Strafverfahren zu verweigern, war als „Selbstbelastungsfreiheit“ bereits Gegenstand zahlreicher Arbeiten und wurde historisch, funktional, in Verfassungsexegese auf sämtliche betroffene Einzelgrundrechte hin und in zahlreichen weiteren Zusammenhängen untersucht.

Anlass, diese Rechtsposition des Beschuldigten noch einmal von Grund auf zu untersuchen, besteht dennoch. Er liegt aber nicht allein darin, dass bis heute keine Einigkeit über Ratio und Reichweite der „Selbstbelastungsfreiheit“ erzielt werden konnte; dann wäre von der hiesigen Arbeit nur zu erwarten, den vorhandenen Vorschlägen einen weiteren hinzuzufügen. Die bisherigen Untersuchungen eint vielmehr ein Mangel in der Begründung, die allen Ausdifferenzierungen vorausgehen muss: Der Grundsatz, dass sich niemand selbst einer Straftat bezichtigen muss, wurde auf Grundlage eines als selbstverständlich erachteten Strafverfahrens untersucht.

Die vorgelagerte Frage, wann der Eingriff des *Strafverfahrens*, d. h. des auf eine mögliche *Strafe* gerichteten Verfahrens, dem Beschuldigten gegenüber zu rechtfertigen ist, wurde nicht gestellt. Die besondere Schwere dieses Eingriffs und seine Rechtfertigungsbedingungen spielen allerdings eine wesentliche Rolle bei der Bestimmung der Rechtspositionen des Betroffenen. Der Charakter der Strafe und die Belastung durch den Verdacht, gerade eine Straftat begangen zu haben, müssen daher in den Fokus der Untersuchung rücken, bevor Auskunft über Grund und Reichweite der Mitwirkungsfreiheit des Beschuldigten gegeben werden kann.

Der Zusammenhang von *Freiheit und Pflicht* ist in seiner rechtstheoretisch-analytischen Begrifflichkeit, vor allem aber in seiner inhaltlichen Begründung zu klären: Aus welchen Gründen kann der Einzelne gegenüber der Gemeinschaft verpflichtet werden?

Dass man von der Mitwirkungsfreiheit so letztlich zurückgelangt zu den Grundbedingungen menschlichen Zusammenlebens, ist nicht zufällig. Denn will man eine konkrete Regelung wie die, dass ein Beschuldigter im Kontext des Strafverfahrens nicht mitwirken muss, auf ihren Sinn untersuchen, so muss man zunächst eine Idee vom Beschuldigten als Person und dem Strafverfahren als freiheitlich begründeter Institution zur Aufklärung eines Verhältnisses zwischen Einzelem und Staat haben.

Erst nach diesen Vorarbeiten kann eine Aussage darüber getroffen werden, welche Bedeutung der Aspekt der Selbstbelastung für die Mitwirkungsfreiheit hat und ob es sich bei dieser Freiheit um eine absolute handelt bzw. aus welchen Gründen Einschränkungen möglich sind. Einzelfragen wie die nach der Zulässigkeit von Täuschungen oder der negativen Würdigung des Schweigens können nur mit diesem Vorwissen beantwortet werden.

Die Arbeit untersucht die Rechtsstellung des Beschuldigten nicht darauf, wie sein Mitwirkungsverhalten im geltenden Recht geregelt *ist*, sondern fragt, wie es nach Rechtsprinzipien ausgestaltet sein *muss*. Die „Freiheit von Selbstbelastungszwang“ soll einer Kritik, d. h. einer Analyse und umfassenden Prüfung unterzogen werden. Ziel dieser Arbeit ist es, die Frage nach der Möglichkeit von Mitwirkungspflichten im Strafverfahren vom Ausgangspunkt der Freiheit des Bürgers aus zu beantworten.

B. Annäherung an den Untersuchungsgegenstand

Der Annäherung an den Untersuchungsgegenstand dient im Folgenden zunächst ein Überblick über die Rechtsprechung (I.). Sodann wird ein Blick auf die Vorannahmen weiter Teile der Literatur bei der Untersuchung der Selbstbelastungsfreiheit geworfen (II.), um in Abgrenzung hierzu das weitere Vorgehen in dieser Arbeit zu erläutern (III.).

I. Die Mitwirkungsfreiheit als sog. Selbstbelastungsfreiheit in der Rechtsprechung

In der Rechtsprechung wird die Stellung des Beschuldigten in Hinblick auf sein Mitwirkungsverhalten zumeist mit dem Begriff der „Selbstbelastungsfreiheit“ bzw. mit dem Grundsatz „*nemo tenetur se ipsum accusare*“ (niemand ist gehalten, sich selbst zu belasten) gekennzeichnet.¹

Die Selbstbelastungsfreiheit ist im deutschen Recht zwar nicht ausdrücklich normiert, genießt nach der Rechtsprechung jedoch Verfassungsrang.² Zudem soll die Selbstbelastungsfreiheit als Bestandteil des in Art. 6 I EMRK normierten Anspruchs auf ein faires Verfahren in Deutschland im Rang des einfachen Rechts stehen.³ Eine ausdrückliche einfachrechtliche Grundlage findet zumindest ein Teilaspekt der Selbstbelastungsfreiheit in Art. 14 III g IPBPR, wonach der Angeklagte nicht gezwungen werden darf, gegen sich selbst als Zeuge auszusagen oder sich schuldig zu bekennen.⁴ Wenn daran anknüpfend von einer

¹ Siehe zur Begrifflichkeit und zum in dieser Arbeit weiter gefassten Untersuchungsgegenstand der „Mitwirkungsfreiheit“ unten B.II.1, S. 28 ff.

² Über die genaue Verortung im Grundgesetz besteht keine Einigkeit. Die Rspr. sieht die Rechtsgrundlage für den Nemo-tenetur-Grundsatz in Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG, so etwa BGHSt (GrS) 42, 139 Rn. 37, oder im Rechtsstaatsprinzip, so etwa BVerfG NJW 2013, 1058, 1061 Rn. 60; NJW 2014, 3506 Rn. 13. Nach BVerfG JZ 2016, 1113, 1114 Rn. 34 ist die Selbstbelastungsfreiheit „zum einen im Rechtsstaatsprinzip verankert und wird von dem Recht auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG umfasst (...). Zum anderen ist der Schutz vor einem Zwang zur Selbstbezeichnung als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG anerkannt (...).“

³ Dazu ausführlich unten B.I.1.b) aa)(3), S. 12 ff.

⁴ Ausführlich zu Art. 14 III g IPBPR *Arslan*, ZStW 127 (2015), 1111 ff.

„Freiheit von Selbstbelastungszwang“ gesprochen wird,⁵ verlagert sich nicht nur terminologisch der Fokus auf die Abwehr bestimmter Eingriffe. Auch in der Sache spielt der Eingriff durch Zwang eine wesentliche Rolle bei der Konturierung des Gewährleistungsbereichs der Selbstbelastungsfreiheit durch die Rechtsprechung.

Der folgende Überblick über die Rechtsprechung vor allem des BGH und des BVerfG, aber auch des EGMR soll zunächst ohne detaillierte Kritik den Bereich aufzeigen, in dem die sog. Selbstbelastungsfreiheit des Beschuldigten im Strafverfahren relevant werden kann. Wie die Rechtsprechung in ihren Grundlagen und in den gefundenen Rechtsfolgen zu beurteilen ist, wird noch ausführlich an späterer Stelle diskutiert werden.⁶

1. Sachliche Reichweite der Selbstbelastungsfreiheit

Aufgrund der Selbstbelastungsfreiheit ist der Beschuldigte nach der Rechtsprechung nicht verpflichtet, aktiv an der Aufklärung des Sachverhalts mitzuwirken. Unter der Selbstbelastungsfreiheit wird ein Recht zur Passivität verstanden, welches die Aussagefreiheit *in* (a) und – in beschränktem Maße auch – *außerhalb* der Vernehmung (b) ebenso schützt wie die nonverbale bzw. nicht auf eine Aussage bezogene Mitwirkungsfreiheit (c). Nicht jede Art staatlicher Einwirkung wird jedoch gleichermaßen als Eingriff angesehen, vielmehr wird zwischen der Erlangung von selbstbelastenden Beweismitteln durch Zwang und durch „List“ unterschieden. Während die Erschwerung der Strafverfolgung durch das Passivverhalten des Beschuldigten als Folge der Rechtsausübung hinzunehmen sei, stehe die aktive Behinderung der Strafverfolgung durch den Beschuldigten nur ausnahmsweise unter dem Schutz der Rechtsordnung (d).

a) Der Schutz der Aussagefreiheit in der Vernehmung

Das Schweigerecht ist nach der Rechtsprechung der Kernbestandteil des Nemo-tenetur-Grundsatzes und wird im Strafverfahren auch vom einfachen Recht durch die Belehrungspflichten nach den §§ 115 III 1, 136 I 2, 243 V 1 StPO und das Verbot bestimmter Vernehmungsmethoden nach § 136 a StPO geschützt.⁷

⁵ In diesem Zusammenhang ist insbesondere in BGHSt (GrS) 42, 139 die Rede vom „Verbot des Selbstbeichtigungszwangs“ (Rn. 39) und von der „Freiheit von Zwang zur Aussage oder zur Mitwirkung am Strafverfahren“ (Rn. 42), siehe zu dieser Entscheidung noch ausführlich unten B.I.1.b)aa) (1), S. 8 ff.

⁶ Siehe unten F.I., S. 123 ff.

⁷ Siehe zur problematischen Orientierung des BGH an § 136 a StPO, wenn es um die Bestimmung von Schutzzumfang und gleichzeitig auch Grenzen des Nemo-tenetur-Grundsatzes geht, unten bei und in Fn. 38, 39.

aa) *Schutzbereich*

Der Beschuldigte darf nicht nur – wie der Zeuge gem. § 55 StPO – partiell zu belastenden Themen schweigen, sondern insgesamt die Aussage zur Sache verweigern.⁸ Zur Angabe der Personalien soll er dagegen verpflichtet sein.⁹

Die deutsche Rechtsprechung beschäftigt sich weniger (positiv) mit dem Inhalt der Rechtsposition, als vielmehr (negativ) mit den Eingriffen. Sie definiert den Gewährleistungsgehalt von den Eingriffen her. Diese Herangehensweise soll hier übernommen werden, um den Gedankengang der Rechtsprechung nachvollziehen zu können.

bb) *Unzulässige Eingriffe*

(1) *Zwang*

Nach der Rechtsprechung besteht der Kern der Selbstbelastungsfreiheit darin, dass der Beschuldigte nicht *gezwungen* werden darf, gegen sich selbst auszusagen. Unter den Begriff des Zwangs fällt nicht nur der unmittelbare physische oder psychische Druck, sondern auch der mittelbare Druck durch eine negative Wertung des Schweigens in der Beweiswürdigung oder durch eine strafscharfende Berücksichtigung.¹⁰

Damit der Beschuldigte sich nicht angesichts einer vermeintlichen Aussagepflicht zur Aussage gezwungen sieht,¹¹ ist er zu Beginn einer jeden Vernehmung – gleich ob durch einen Richter (§§ 115 III 1, 136 I 2, 243 V 1 StPO), die Polizei (§ 163 a IV 2 i. V. m. § 136 I 2 StPO) oder die Staatsanwaltschaft (§ 163 a III 2 i. V. m. § 136 I 2 StPO) – über sein Schweigerecht zu belehren.¹² Berufte sich der Beschuldigte auf sein Schweigerecht, so ist diese Entscheidung von den Ermittlungsbehörden grundsätzlich zu respektieren; stetige Nachfragen ohne zureichenden Grund könnten das Schweigerecht entwerten.¹³

⁸ BGHSt 27, 374 Rn. 21.

⁹ BGHSt 21, 334 Rn. 131; BGHSt 25, 13 Rn. 14. Teile der Literatur sprechen sich wegen der möglicherweise selbstbelastenden Wirkung gegen eine Aussagepflicht bzgl. der Personalien aus, siehe LR/Gless, § 136 StPO, Rn. 17 m. w. N. in Fn. 61. Nach einer vermittelnden Ansicht soll die diesbezügliche Aussagepflicht nur dann entfallen, wenn die Aussage im Einzelfall zur Selbstbelastung führen würde, so SK/Rogall, vor §§ 133 ff. StPO, Rn. 71 m. w. N.

¹⁰ Zu Fragen der Beweiswürdigung und Strafzumessung näher sogleich.

¹¹ Hierin sieht der BGH den einzigen Zweck der Belehrungspflicht, siehe nur BGHSt (GrS) 42, 139 Rn. 28 („empfundener Aussagezwang“).

¹² Die Belehrungspflicht wurde 1964 eingeführt, ein Verwertungsverbot bzgl. der Aussage im Falle eines Verstoßes gegen diese Pflicht wird jedoch erst seit der Entscheidung BGHSt 38, 214 im Jahr 1992 anerkannt. Zuvor wurde die Pflicht als bloße „Ordnungsvorschrift“ angesehen (siehe BGHSt 22, 170 Rn. 11). Siehe zu dieser Entwicklung Schumann 2016, S. 19 ff. sowie unten B.II.2.b), S. 35 ff. bei Fn. 224.

¹³ BGHSt 58, 301 Rn. 9; BGH NJW 2006, 1008, 1010. Siehe zur Frage, ob zur Respektierung des Schweigerechts auch gehört, dass die Ermittlungsbehörden nicht *außerhalb* der Vernehmung versuchen, an eine Aussage zu gelangen, unten bei B.I.1.b).

Macht der Beschuldigte von seinem Schweigerecht Gebrauch, so ist das Schweigen der freien Beweiswürdigung (§ 261 StPO) entzogen. Das Schweigen darf nach der Rechtsprechung nicht als belastendes Indiz gegen den Beschuldigten verwendet werden, weil dies den Beschuldigten „mittelbar einem unzulässigen psychischen Aussagezwang“ aussetze.¹⁴ Dies gilt auch für das nur anfängliche Schweigen des Beschuldigten in der Polizeivernehmung, der erst in der richterlichen Vernehmung aussagt (zeitweises Schweigen).¹⁵ Ebenso darf das erst späte Vorbringen eines Alibi-Zeugen nach anfänglichem Schweigen nicht dazu führen, dass aus dem anfänglichen Schweigen negative Schlüsse bzgl. der Glaubwürdigkeit des Alibizeugen gezogen werden.¹⁶ Das teilweise Schweigen zu einer von mehreren selbstständigen Taten darf auch dann nicht verwertet werden, wenn der Beschuldigte zu einer anderen als der vorgeworfenen Tat aussagt.¹⁷ Das teilweise Schweigen nur zu bestimmten Fragen eines einheitlichen Geschehens kann dagegen von indizieller Bedeutung sein.¹⁸ Ein vollständiges Schweigen wird jedoch nicht dadurch zu einem verwertbaren Teilschweigen, dass der Angeklagte über seinen Verteidiger Beweisanträge stellt.¹⁹ Eine Teileinlassung ist auch dann nicht gegeben, wenn der Beschuldigte seine Schuld lediglich grundsätzlich bestreitet.²⁰

Das Schweigen darf zudem nicht strafscharfend berücksichtigt werden.²¹ Dagegen kann sich ein Geständnis strafmildernd auswirken. Das Geständnis darf

¹⁴ Siehe nur BVerfG NStZ 1995, 555 Rn. 32. Vgl. nun aber auch den Nichtannahmebeschluss BVerfG JZ 2016, 1113 ff., wonach die Möglichkeit der Verwertung des Schweigens zum Nachteil des Angeklagten nach § 35 Criminal Justice and Public Order Act 1994 die Auslieferung an das Vereinigte Königreich nicht hindert, weil durch die Verwertung des Schweigens als Schuldindiz nicht der durch Art. 1 GG geschützte „Kern“ der Selbstbelastungsfreiheit betroffen sei. Dass die Auslieferung danach nicht gegen die in Art. 23 I 3 i. V. m. Art. 79 III GG für integrationsfest erklärten Grundsätze der Verfassung (hier Art. 1 I GG) verstößt, bedeutet freilich nicht, dass eine schuldindizielle Würdigung des Schweigens insgesamt mit dem Grundgesetz, insb. mit den weiteren Gewährleistungen der Selbstbelastungsfreiheit nach dem Verständnis des BVerfG vereinbar wäre (s. dort S. 1116 Rn. 43). Gemessen an Art. 6 I EMRK ist die negative Würdigung des Schweigens nach der Grundsatzentscheidung des EGMR in *Murray/UK*, Urteil vom 08.02.1996 – 18731/91, §§ 44 ff. mit dem Schweigerecht vereinbar. Siehe zur Rspr. des EGMR zum *right to silence* und zum *right not to incriminate oneself* noch ausführlich unten B.I.1.b)aa)(3), S. 12 ff.

¹⁵ BGHSt 20, 281 Rn. 7 ff.; BGH StV 1984, 143; BGH NStZ 2014, 666 f. („st. Rspr.“).

¹⁶ BGH StV 1985, 401.

¹⁷ BGHSt 32, 140 Rn. 17.

¹⁸ BGHSt 32, 140 Rn. 17.

¹⁹ BGH NStZ 1990, 447 f. Zudem darf „aus dem Zeitpunkt, zu dem ein Verteidiger einen Beweisantrag anbringt, nichts zum Nachteil des bis dahin schweigenden Angeklagten hergeleitet werden“ (BGH NStZ 2016, 59 f.); ohnehin „darf der Antrag des Verteidigers sowie die hierzu abgegebene Begründung oder weitergehende Erläuterung nicht als Einlassung des Angeklagten behandelt werden, es sei denn der Angeklagte erklärt (eventuell auf Befragen), er mache sich das Vorbringen als eigene Einlassung zu eigen“ (a. a. O., S. 60 m. z. N.).

²⁰ BGHSt 25, 265 Rn. 10; BGHSt 34, 32 Rn. 4; BGHSt 38, 302 Rn. 20.

²¹ BGH NStZ 1996, 80; NStZ-RR 1996, 71.

jedoch nicht „um seiner selbst willen“ als Strafzumessungsgrund berücksichtigt werden, sondern nur dann, wenn sich daraus Schlüsse auf das innerliche Verhältnis des Täters zur Tat (wie das Empfinden von Reue) ergeben, welche Anhaltspunkte für eine geringere Schuld liefern.²² Auch ohne diesen Umweg über eine Indizkonstruktion findet das Geständnis strafmildernde Berücksichtigung bei den Absprachen, welche den unmittelbaren „Tausch“ des Geständnisses gegen eine Strafobergrenze zum Gegenstand haben (§ 257 c II 2, III 2 StPO). In seiner Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit der Absprachen im Strafverfahren hat das BVerfG zwar erkannt, dass sich der Beschuldigte hierdurch „einer besonderen Anreiz- und Verlockungssituation ausgesetzt“ sieht.²³ Die hiermit einhergehende Gefährdung der Selbstbelastungsfreiheit soll jedoch bereits dadurch aufgefangen werden können, „dass der Angeklagte vor der Verständigung (gem. § 257 V StPO) über die Voraussetzungen und Folgen einer Abweichung des Gerichts von dem in Aussicht gestellten Ergebnis zu belehren ist.“²⁴ Das BVerfG sieht also in der bloßen Tatsache der Privilegierung des Geständigen gegenüber dem Schweigenden keineswegs eine Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit.

(2) Zulässige List und unzulässige Täuschung in der Vernehmung

Die Rechtsprechung sieht die Aussagefreiheit auch durch die verbotene Vernehmungsmethode der Täuschung i. S. v. § 136 a StPO als beeinträchtigt an.²⁵ Eine Täuschung sei zwar nicht bereits bei jeder List, wohl aber bei einer Lüge gegeben, durch die der Beschuldigte bewusst in die Irre geführt werde.²⁶ Eine solche Lüge liegt nach der Rechtsprechung des BGH beispielsweise im Vortäuschen einer erdrückenden Beweislage.²⁷ Auch die Täuschung über den Tatvorwurf (Vernehmung angeblich in einer Vermisstensache, obwohl die Leiche des Mordopfers bereits gefunden wurde) ist verboten: Der Vernehmende müsse den Beschuldigten zwar nicht über sein gesamtes Wissen von der Tat unterrichten, da nicht jede kriminalistische List (wie das „kriminaltaktisch oftmals gebotene und erlaubte Verschweigen von Tatsachen“) untersagt sei. Bei der Täuschung über den Tatvorwurf werde der Beschuldigte jedoch „bewusst über den Sinn der Vernehmung in die Irre geführt.“²⁸

²² Vgl. BGHSt 1, 105.

²³ BVerfGE 133, 168 Rn. 99, s. dort auch Rn. 124 ff.; ebenso BVerfG NJW 2014, 3506 Rn. 13 ff.

²⁴ BVerfGE 133, 168 Rn. 99; dazu ebenso BVerfG NJW 2014, 3506 Rn. 13 ff.

²⁵ BGHSt 35, 328 Rn. 7. Ein Bezug der Aussagefreiheit zur (umfassenderen) Selbstbelastungsfreiheit wird in dieser Entscheidung (wie auch in der folgenden, s. Fn. 28) ausnahmsweise nicht explizit hergestellt; es wird vielmehr direkt auf § 136 a StPO abgestellt.

²⁶ BGHSt 35, 328 Rn. 7.

²⁷ BGHSt 35, 328 Rn. 7.

²⁸ BGHSt 37, 48 Rn. 14.

b) Der Schutz der Aussagefreiheit außerhalb der Vernehmung

Angesichts des sehr umfassenden Gewährleistungsgehalts der Selbstbelastungsfreiheit in der Vernehmung könnte man darauf schließen, dass der BGH ein bedeutendes Rechtsgut und mit ihm die von Druck und Irreführung freie Entscheidung über dessen Preisgabe schützen wolle.

Umso mehr erstaunt die Lückenhaftigkeit des Schutzes desselben Rechtsguts, sobald man den Bereich der Vernehmung verlässt. Zwar ist das Schweigerecht auch hier vor Zwang durch die Ermittlungsbehörden und entsprechendes ihnen zurechenbares Verhalten Dritter geschützt.²⁹ Wenden die Behörden jedoch eine Täuschung an, um trotz dieses Schutzes an eine Aussage zu gelangen, scheint die Bedeutung des Rechts zu schwinden.

aa) Schutz der Aussagefreiheit vor Täuschung?

Da der Beschuldigte in der Vernehmung über sein Schweigerecht belehrt werden muss und seine Entscheidung zur Aussageverweigerung zu achten ist, bleibt den Ermittlungsbehörden zur Erlangung einer Aussage oft nur die Möglichkeit, auf eine *verdeckte* Befragung auszuweichen.

(1) Verdeckte Befragungen – Die sog. „Hörfälle“

In der sog. „Hörfällen“-Entscheidung hatte der Große Senat des BGH über einen Fall zu entscheiden, in dem die Ermittlungsbehörden eine Privatperson veranlasst haben, mit einem Tatverdächtigen ohne Aufdeckung der Ermittlungsabsicht ein auf die Erlangung selbstbelastender Angaben gerichtetes Gespräch zu führen, und dieses Gespräch über einen Zweithörer belauscht haben.³⁰

Dieses Vorgehen hat der BGH mit der folgenden Erwägung für mit der Selbstbelastungsfreiheit vereinbar erklärt: „Gegenstand des Schutzes des nemo-tenetur-Grundsatzes ist die Freiheit von Zwang zur Aussage oder zur Mitwirkung am Strafverfahren. Die Freiheit von Irrtum fällt nicht in den Anwendungsbereich dieses Grundsatzes.“³¹ Wenn der Große Senat hier von der „Freiheit von Irrtum“ spricht, so will er nicht nur das bloße *Ausnutzen* eines bereits vorhandenen Irrtums aus dem Anwendungsbereich des Nemo-tenetur-Grundsatzes ausklammern,³² sondern auch das *Hervorrufen* eines Irrtums durch die Straf-

²⁹ Siehe BGHSt 34, 362, wobei im konkreten Fall richtigerweise nicht – wie vom BGH angenommen – Zwang, sondern Täuschung zu der Aussage geführt hat; BGHSt 44, 129 (Verbreiten von Mitteln i. S. v. § 136 a StPO); BGHSt 55, 138 (Nötigung durch NOEP).

³⁰ Im konkreten Fall wurde noch ein Dolmetscher eingeschaltet, der das Gespräch am Zweithörer für die Polizei belauschte. Dies ist jedoch für die Entscheidung unerheblich.

³¹ BGHSt (GrS) 42, 139 Rn. 42.

³² So noch in Abgrenzung zur verbotenen Täuschung i. S. v. § 136 a StPO BGHSt 40, 66 Rn. 20; siehe auch BGHSt 39, 335 Rn. 31, der auch bei einer Hörfalle nur die „Ausnutzung eines bereits bestehenden Irrtums“ annahm.

verfolgungsbehörden und damit die „staatlich veranlasste irrtumsbedingte Selbstbelastung.“³³

Zwar äußert der Große Senat gegen eine heimliche Ausforschung „Bedenken“, die sich aus der „Nähe“ solcher Methoden zum Nemo-tenetur-Grundsatz sowie aus dem Rechtsstaatsprinzip und dem aus ihm hervorgehenden Grundsatz des fairen Verfahrens ergeben.³⁴ Diese Bedenken würden jedoch aufgrund einer Abwägung mit der „Pflicht des Rechtsstaates zur effektiven Strafverfolgung“ in einem Fall wie diesem, in dem es um eine Straftat von erheblicher Bedeutung gehe und die Erforschung des Sachverhalts unter Einsatz anderer Ermittlungsmethoden erheblich weniger erfolversprechend oder wesentlich erschwert gewesen wäre, nicht durchgreifen.³⁵

Als Argumente für diese Beschränkung der Selbstbelastungsfreiheit auf einen Zwangsschutz nennt der Große Senat neben der „Rechtstradition“ vor allem einfachgesetzliche Bestimmungen: Das Gesetz schütze in Art. 14 III g IPBPR nur vor Zwang und es habe auch sonst die Zulässigkeit verdeckter Ermittlungen in den §§ 110 a ff StPO zum Ausdruck gebracht.³⁶ Zudem sieht sich der Große Senat durch die Verneinung³⁷ des Vorliegens einer Täuschung i. S. v. § 136 a StPO daran gehindert, derartiges heimliches Vorgehen trotzdem als Verstoß gegen den Nemo-tenetur-Grundsatz anzusehen, da dessen Schutzbereich nicht weiter reichen könne als derjenige des § 136 a StPO.^{38,39}

³³ BGHSt (GrS) 42, 139 Rn. 43.

³⁴ BGHSt (GrS) 42, 139 Rn. 56.

³⁵ BGHSt (GrS) 42, 139 Rn. 57.

³⁶ Ein Widerspruch zwischen der grundsätzlichen Zulässigkeit verdeckter Ermittlungsmaßnahmen nach §§ 100 a ff. StPO und der Unzulässigkeit „staatlich veranlasster irrtumsbedingter Selbstbelastung“ wegen Verstoßes gegen das Täuschungsverbot bzw. gegen Nemo-tenetur ist jedoch nicht zwingend. Denn bloße heimliche Überwachungsmaßnahmen wären mangels Kausalität („veranlasst“) für die selbstbelastende Äußerung weiterhin zulässig. Ähnlich *Zerbes* 2010, S. 94 ff.

³⁷ Dass das heimliche Vorgehen nicht das Gewicht der übrigen in § 136 a StPO genannten Verstöße gegen die Willensfreiheit erreichen und daher nicht als Täuschung i. S. v. § 136 a StPO einzustufen sein soll (s. Rn. 30), verwundert angesichts des oben besprochenen Urteils BGHSt 37, 48 zur Irreführung in der Vernehmung, wo eine solche Täuschung bejaht wurde, obwohl dort nicht über die gesamte Situation der Befragung, sondern nur über den Tatvorwurf getäuscht wurde. Auch dort „fühlte“ sich der Beschuldigte nicht zu einer Aussage verpflichtet (zu diesem Kriterium näher sogleich im Text).

³⁸ BGHSt (GrS) 42, 139 Rn. 43. Der Große Senat scheint unentschieden in Bezug auf das Verhältnis des Nemo-tenetur-Grundsatzes zu § 136 a StPO: Einerseits setzt er den Gewährleistungsgehalt gleich, andererseits prüft er einen möglichen Verstoß gegen § 136 a StPO unabhängig von dem gegen Nemo-tenetur (Rn. 29 f., Rn. 36 ff.). Siehe ebenso die bereits oben zur Täuschung in der Vernehmung genannten Urteile BGHSt 35, 328 und BGHSt 37, 48, wo nur § 136 a StPO, nicht aber die Selbstbelastungsfreiheit thematisiert wird.

³⁹ Die gesamte Argumentation des Großen Senats mit dem einfachen Recht, welches verbindlich über den Gewährleistungsgehalt eines verfassungsrechtlichen Grundsatzes entscheiden können soll, ist bereits wegen der Missachtung der Normenhierarchie verfehlt.

Die Selbstbelastungsfreiheit soll somit nicht als solche, sondern nur vor einer Einwirkung durch Zwang geschützt sein. Ein Verstoß gegen den Nemo-tenetur-Grundsatz liegt nur dann vor, wenn sich der Beschuldigte „aufgrund eines tatsächlichen oder eines vorgetäuschten Zwanges“ äußert. Er muss sich also zu einer Äußerung zumindest verpflichtet „fühlen“.⁴⁰

In einem früheren Urteil hat der BGH dagegen darauf hingewiesen, dass das Verbot, eine Mitwirkung (konkret: eine Stimmprobe) vom Beschuldigten zu erzwingen, *wirkungslos* wäre, wenn es dadurch umgangen werden könnte, dass der Beschuldigte durch eine ausdrückliche oder konkludente Täuschung zur Mitwirkung veranlasst werden dürfte.⁴¹ Der Große Senat hat jedoch offensichtlich eine völlig andere Sichtweise vom Sinn des Zwangsverbots: Dieses ist nach seiner Betrachtung nicht *wirkungslos*, wenn der Erfolg (hier: das Erlangen der Aussage) anderweitig herbeigeführt wird, da der einzige Zweck, die *erwünschte Wirkung* also des Verbots nur die ist, dass kein Zwang ausgeübt wird und damit keine erzwungenen Aussagen erlangt werden. Der Gehalt der Selbstbelastungsfreiheit erschöpft sich nach dieser Rechtsprechung also in einem bloßen Mittelverbot.

Entsprechend dieser Konkretisierung des Inhalts der Selbstbelastungsfreiheit soll auch die zum Schutz des Schweigerechts bestehende Belehrungspflicht in § 136 I 2 StPO nach der Rechtsprechung des Großen Senats nicht dem Beschuldigten die Möglichkeit sichern, „von seinem Recht, gegenüber Ermittlungsbehörden zu einem strafrechtlichen Vorwurf schweigen zu dürfen, Gebrauch machen“ zu können.⁴² Die Belehrungspflicht des § 136 I 2 StPO diene einzig dem Zweck, „den Beschuldigten vor der irrigen Annahme eines möglicherweise aufgrund des amtlichen Charakters einer Befragung empfundenen Aussagezwangs zu schützen.“⁴³

Die besondere Bedeutung des Eingriffsmittels „Zwang“ zeigt sich auch in den folgenden Fällen verdeckten Ermitteln.

(2) Verdeckte Befragungen in Haft als Zwang

Anders als in der Hörfallen-Entscheidung verneint der BGH die Zulässigkeit verdeckter Befragungen, wenn sich der Beschuldigte in Haft befindet. Im sog. Polizeispitzel-Fall⁴⁴ hatte die Polizei einen Mitgefangenen auf den Beschuldigten angesetzt, um unter Vortäuschen eines Vertrauensverhältnisses selbstbelastende Angaben zu erlangen. Die hierdurch erlangten Informationen sah der BGH wegen eines Verstoßes gegen den auf Befragungen durch Privatper-

⁴⁰ BGHSt (GrS) 42, 139 Rn. 41.

⁴¹ BGHSt 34, 46 Rn. 23.

⁴² So aber die Ansicht des vorliegenden 5. Senats, wiedergegeben in BGHSt (GrS) 42, 139 Rn. 3.

⁴³ BGHSt (GrS) 42, 139 Rn. 28.

⁴⁴ BGHSt 34, 362.

sonen im Auftrag der Polizei entsprechend anwendbaren § 136 a StPO als unverwertbar an. Der BGH sah die Willensentschließungsfreiheit des Beschuldigten jedoch nicht durch eine Täuschung, sondern durch unzulässigen Zwang als beeinträchtigt an: Die an sich zulässige U-Haft sei zur Beeinflussung des Aussageverhaltens missbraucht worden, insbesondere dazu, von seinem Schweigerecht keinen Gebrauch zu machen.⁴⁵

Ebenso entschied der BGH im sog. Wahrsagerinnen-Fall.⁴⁶ Hier hatte eine als „Wahrsagerin“ auftretende und mit der Polizei als Zeugin zusammenarbeitende Mitgefängene der Beschuldigten „unter Ausnutzung abergläubischer Vorstellungen vorgespiegelt, bei Ablegen eines Geständnisses einen günstigen Einfluss auf ihr Strafverfahren zu nehmen, ihr darüber hinaus mit der Rache ‚höherer Mächte‘ gedroht, falls sie sich der Zeugin nicht rückhaltlos offenbare“ und zur Erlangung selbstbelastender Angaben wahrscheinlich sogar Drogen eingesetzt.⁴⁷ Auch hier nahm der BGH einen Verstoß gegen § 136 a StPO an, wobei er offen ließ, ob wegen des Missbrauchs der Untersuchungshaft „unzulässiger Zwang“ oder wegen des Drogeneinsatzes eine „Verabreichung von Mitteln“ vorlag.⁴⁸ Eine entsprechende Anwendung des § 136 a StPO auf derartiges Vorgehen einer Privatperson sei zudem unabhängig davon, ob die „Wahrsagerin“ auf Veranlassung der Polizei oder aus eigenem Antrieb tätig wurde, da die Strafverfolgungsbehörden das Handeln der Mitgefängenen jedenfalls hätten unterbinden müssen. Die Zurechnung des Handelns erfolgte hier über eine Garantspflicht der Ermittlungsbehörden im besonderen Gewaltverhältnis der Untersuchungshaft.⁴⁹

In beiden Fällen führte die verdeckte Befragung an sich – wie auch bei der Hörfalle – nicht zur Unzulässigkeit der Verwertung der Beweismittel. Der BGH hat vielmehr erneut maßgeblich auf das Zwangskriterium abgestellt.

⁴⁵ BGHSt 34, 362 Rn. 4 ff. Große Teile der Literatur sehen hier jedoch keinen *Zwang* zur Aussage, sondern eine *Täuschung* i. S. v. § 136 a StPO, siehe nur *Wagner*, NStZ 1989, 33, 34; *Roxin*, NStZ 1997, 18, 19; *Kretschmer*, HRRS 2010, 343, 345. Für das Vorliegen von Zwang und Täuschung SK/*Rogall*, § 136 a StPO, Rn. 26, 67.

⁴⁶ BGHSt 44, 129.

⁴⁷ BGHSt 44, 129 Rn. 21.

⁴⁸ BGHSt 44, 129 Rn. 22 f.

⁴⁹ BGHSt 44, 129 Rn. 20, 22. Anders entschied BGH NStZ 2017, 593, 595 nun in einem Fall, in dem zwei Mithäftlinge in der Untersuchungshaft den Beschuldigten aus eigenem Antrieb und ohne vorherige Kooperation mit der Polizei durch Täuschung dazu bewegten, selbstbelastende Informationen (über eine andere, derzeit nicht verfolgte Tat) preiszugeben: „Allein die Entgegennahme von belastenden Informationen durch die Ermittlungsbehörden, die ein Zeuge durch Täuschung des Beschuldigten erlangt hat, führt indes nicht zu einem Beweisverwertungsverbot. Eine Pflicht, dies zu unterbinden, trifft die Ermittlungsbehörden grundsätzlich nicht.“

(3) *Verdeckte Befragungen als Unterlaufen des Schweigerechts – Die Reaktion auf EGMR Allan/UK*

Eine Loslösung vom Zwangskriterium und eine Erweiterung des Schutzes des Schweigerechts auch vor einem täuschenden „Unterlaufen“ hat der BGH jedoch in den jüngeren Entscheidungen BGHSt 52, 11 und BGH NStZ 2009, 343 vollzogen. Auslöser für diesen Rechtsprechungswandel war die Entscheidung *Allan/UK* des EGMR: In diesem Fall befand sich der Beschwerdeführer wegen des Verdachts des Mordes in Untersuchungshaft und machte von seinem Schweigerecht Gebrauch. Daraufhin verlegte die Polizei einen Spitzel auf die Zelle des Beschwerdeführers, um diesen auszuhorchen. Mit Erfolg erlangte der Spitzel Aussagen zu Raubdelikten, welche er mit einem Abhörgerät aufzeichnen konnte, und angeblich weitere Aussagen zu dem Mord. Diese Beweismittel wurden vom Tatgericht maßgeblich verwertet. Der EGMR sah hierin einen Verstoß gegen das *right to silence* und das *right not to incriminate oneself*. Zwar hatte der EGMR diese auch zuvor schon als zum Kernbereich des fairen Verfahrens i. S. v. Art. 6 I EMRK gehörig angesehen;⁵⁰ er begrenzte den Schutz jedoch zunächst wie der BGH auf Zwang.⁵¹ In der Entscheidung *Allan/UK* geht er ausdrücklich hierüber hinaus, wenn er generell die freie Entscheidung zwischen Aussagen und Schweigen als gewährleistet ansieht. Diese Freiheit werde unterlaufen, wenn die Behörden in einem Fall, in dem der Beschuldigte sich während einer Vernehmung entschieden hat zu schweigen, eine Täuschung anwenden, um dem Beschuldigten Geständnisse oder andere belastende Äußerungen zu entlocken, welche sie während der Vernehmung nicht erlangen konnten, und wenn die so erlangten Beweismittel in das Verfahren eingeführt werden.⁵²

Dieses Unterlaufen des Schweigerechts führt jedoch nicht automatisch zu einem Konventionsverstoß. Der EGMR prüft vielmehr zusätzlich, ob das Schweigerecht unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls in einem solchen Maße missachtet wurde, dass eine Verletzung des Art. 6 EMRK vorliegt.⁵³ Unter den „Umständen des Einzelfalls“ prüft der EGMR lediglich *zwei Voraussetzungen* für eine Verletzung des Schweigerechts: Als erste Voraussetzung fordert der EGMR, dass der Informant *als Agent des Staates gehandelt* hat. Ein Handeln als Agent des Staates liege dann vor, wenn der Wortwechsel zwischen dem Beschuldigten und dem Informanten ohne das Eingreifen der Polizei so nicht stattgefunden hätte. Dies ist hier ohne weiteres der Fall. Als zweites wird vorausgesetzt, dass der Informant den Beschuldigten *zur Äußerung veranlasst* hat. Ob die fraglichen Beweise als vom Informanten entlockt

⁵⁰ EGMR *Murray/UK*, Urteil vom 08.02.1996 – 18731/91, § 45.

⁵¹ Siehe EGMR *Saunders/UK*, Urteil vom 17.12.1996 – 19187/91, § 68 („methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused“).

⁵² EGMR *Allan/UK*, Urteil vom 05.11.2002 – 48539/99, § 50.

⁵³ Hierzu und zum Folgenden EGMR *Allan/UK*, Urteil vom 05.11.2002 – 48539/99, § 51.

zu betrachten sind, hänge von der *Art der Beziehung* zwischen dem Informanten und dem Beschuldigten und davon ab, ob sich das Gespräch als *funktionales Äquivalent einer staatlichen Vernehmung* darstellt. Ein Entlocken der Beweise lag hier zum einen wegen der beharrlichen Befragung auf Veranlassung der Polizei vor.⁵⁴ Weiter bestand im konkreten Fall zwar kein besonderes Verhältnis zwischen dem Beschuldigten und dem Informanten und auch direkter Zwang war nicht gegeben; allerdings bejaht der EGMR wegen des Mordverdachts, der Haftsituation und dem direkten Druck durch die Polizeivernehmungen das Vorliegen psychologischen Drucks, der die Freiwilligkeit der Offenbarungen eingeschränkt hat.⁵⁵

An dieser Stelle wird deutlich, dass die Druckausübung durch die Untersuchungshaft nicht als allgemeine Voraussetzung für eine Verletzung des Schweigerechts angesehen wird. Damit die Äußerung „entlockt“ ist, reicht neben der vernehmungähnlichen Befragung vielmehr eine „besondere Beziehung“ zwischen dem Informanten und dem Beschuldigten aus.

Der BGH⁵⁶ hatte einige Jahre später Gelegenheit, diese Grundsätze des EGMR umzusetzen.⁵⁷ Es ging um einen Fall, in dem auf einen Beschuldigten, der sich gegenüber den ermittelnden Polizeibeamten auf sein Schweigerecht berufen hatte, ein Verdeckter Ermittler angesetzt wurde. Der Beschuldigte befand sich wegen einer anderen Verurteilung bereits in Strafhaft. Der Verdeckte Ermittler schaffte ein Vertrauensverhältnis durch Besuche in der JVA, war die einzige Vertrauensperson außerhalb, half bei Vollzugslockerungen und begleitete den Beschuldigten bei Hafturlauben. Dann verbrachte der Beschuldigte einen einwöchigen Hafturlaub in einer vom Verdeckten Ermittler bereitgestellten Wohnung. Während dieses Aufenthalts drängte dieser den Beschuldigten „unter Hinweis auf das zwischen ihnen bestehende Vertrauensverhältnis“ zu einer Aussage, woraufhin der Beschuldigte seine Täterschaft bzgl. einer Körperverletzung mit Todesfolge auf Mallorca einräumte.

In dieser sog. Mallorca-Entscheidung nimmt der BGH ein Verwertungsverbot bzgl. der Äußerungen des Beschuldigten wegen eines Verstoßes gegen den Nemo-tenetur-Grundsatz⁵⁸ an: Der BGH zitiert zunächst die Entscheidung des Großen Senats zur Hörfalle und stellt fest, dass hiernach der Nemo-tenetur-Grundsatz nur vor Zwang, nicht aber vor Irrtum schütze, verweist dann jedoch auf die weitere Auslegung durch den EGMR, welcher prinzipiell die Entscheidungsfreiheit über Aussage oder Schweigen als gewährleistet ansieht.⁵⁹

⁵⁴ EGMR *Allan/UK*, Urteil vom 05. 11. 2002 – 48539/99, § 52 („persistent questioning“).

⁵⁵ EGMR *Allan/UK*, Urteil vom 05. 11. 2002 – 48539/99, § 52.

⁵⁶ BGHSt 52, 11.

⁵⁷ Die Auslegung der innerstaatlich im Range eines einfachen Bundesgesetzes stehenden EMRK durch den EGMR ist bei der Anwendung des nationalen Rechts zu *berücksichtigen*, vgl. BVerfG NJW 2004, 3407 ff. (Görgülü).

⁵⁸ BGHSt 52, 11 Rn. 19 ff.

⁵⁹ BGHSt 52, 11 Rn. 21 ff.

Im vorliegenden Fall stellt der BGH sodann – unter Berufung auf die Entscheidung *Allan/UK* – maßgeblich auf die Inanspruchnahme des Schweigerechts in der vorhergehenden Vernehmung ab.⁶⁰ Der „allgemeine Schutz, den ihm der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit bietet“, „verdichte“ sich, sodass die Strafverfolgungsbehörden seine Entscheidung für das Schweigerecht „grundsätzlich zu respektieren haben.“⁶¹ Ein Drängen zu einer Aussage unter Ausnutzung des geschaffenen Vertrauens und eine Befragung zu Einzelheiten in einer vernehmungähnlichen Weise seien dann unzulässig.⁶²

Diese Rechtsprechung stehe im Ergebnis nicht im Gegensatz zu der des Großen Senats,⁶³ nur habe dieser lediglich *mit Blick auf* die Nähe zum Nemo-tenetur-Grundsatz höhere Anforderungen an die Hörfälle gestellt, während der Senat nun einen *direkten Verstoß* gegen Nemo-tenetur annimmt.⁶⁴

War bereits in der Mallorca-Entscheidung die „Ausnutzung der besonderen Belastung der Haftsituation“⁶⁵ nicht mehr entscheidend für die Annahme eines Verstoßes gegen den Nemo-tenetur-Grundsatz, so konnte sich der BGH in einem kurz darauf ergangenen Urteil noch klarer vom Kriterium der Haftsituation lösen: Auch in diesem Fall hatte sich die des Mordes an ihren drei Kindern Beschuldigte auf ihr Schweigerecht berufen, woraufhin ein Verdeckter Ermittler auf sie angesetzt wurde. Dieser baute über eineinhalb Jahre ein Vertrauensverhältnis zu ihr auf und konnte ihr schließlich ein Geständnis entlocken. Der BGH bejaht auch hier wegen der vernehmungähnlichen Befragung unter Ausnutzung des Vertrauensverhältnisses und unter Missachtung der vorherigen Inanspruchnahme des Schweigerechts einen Verstoß gegen den Nemo-tenetur-Grundsatz.⁶⁶

(4) Erweiterung des Nemo-tenetur-Grundsatzes um bloße Irreführung?

Eine nochmalige Erweiterung des Schweigerechts auch vor einer bloßen Irreführung ohne Einflussnahme auf den Verlauf des Gesprächs könnte man auf den ersten Blick in der Entscheidung BGHSt 53, 294 sehen. Auf ermittlungsrichterliche Anordnung wurden Gespräche des inhaftierten Beschuldigten mit seiner Ehefrau bei deren Besuchen in der Untersuchungshaft unbemerkt akustisch überwacht. Seitens der Ermittlungsbehörden wurde bewusst auf die sonst übliche Anwesenheit einer Aufsichtsperson verzichtet, so dass dem Angeklag-

⁶⁰ BGHSt 52, 11 Rn. 28 f. In EGMR *Allan/UK*, Urteil vom 05. 11. 2002 – 48539/99, § 52 bemerkte der EGMR zwar, dass der Beschuldigte sich in Polizeibefragungen durchgängig auf sein Schweigerecht berufen hatte, ließ die Bedeutung dieser Inanspruchnahme aber ungeklärt.

⁶¹ BGHSt 52, 11 Rn. 27.

⁶² BGHSt 52, 11 Rn. 15, 34.

⁶³ BGHSt 52, 11 Rn. 28, 30.

⁶⁴ Vgl. BGHSt 52, 11 Rn. 31.

⁶⁵ BGHSt 52, 11 Rn. 35.

⁶⁶ BGH NSiZ 2009, 343, 344 Rn. 7 ff.

ten, der sich entgegen dem sonst üblichen Ablauf mit seiner Ehefrau in einem separaten Besuchsraum und zudem in seiner Muttersprache unterhalten durfte, der Eindruck einer unüberwachten Gesprächssituation vermittelt wurde. Während dieser Besuchsgespräche tätigte der Beschuldigte belastende Äußerungen.

Der BGH hält dieses Vorgehen „vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlich verankerten Verbots eines Zwangs zu Selbstbelastung“ für „bedenklich“.⁶⁷ Es liege zwar kein „gezieltes und beharrliches Einwirken“ durch einen Informanten auf den Beschuldigten zur Erlangung einer selbstbelastenden Aussage vor, sondern nur ein „Abschöpfen“ der Äußerungen, die der Beschuldigte „aus freien Stücken“ gegenüber seiner Ehefrau getätigt habe, weil er sich un beobachtet fühlte.⁶⁸ Mangels Einflussnahme auf den Gesprächsinhalt begegne dies grundsätzlich keinen Bedenken.⁶⁹ Entscheidend stellt der BGH hier jedoch auf die durch die Haft begrenzte Möglichkeit des Ausweichens auf einen unüberwachten Gesprächsort⁷⁰ sowie auf die gezielte Herbeiführung der Situation und die bewusste Irreführung zur Erlangung selbstbelastender Aussagen ab⁷¹ und bejaht aus diesen Gründen „jedenfalls in der Gesamtschau“ eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren.⁷²

Es wäre verfehlt, aus dem Urteil den Schluss zu ziehen, dass grundsätzlich auch bloße Irreführungen des Beschuldigten mit dem Ziel, ihn überhaupt zu einem selbstbelastenden Gespräch zu bewegen, ohne dass auf den Gesprächsinhalt selbst Einfluss genommen wird, unter den Nemo-tenetur-Grundsatz fallen. Denn der BGH betont, dass „die einzelnen Grundsätze – jeweils für sich isoliert betrachtet – noch nicht in einem Ausmaß verletzt (sind), dass allein schon aus dem jeweils einzelnen Grundsatz ein Verwertungsverbot abzuleiten wäre.“ Ob der Nemo-tenetur-Grundsatz überhaupt verletzt wurde, sagt der BGH nicht, wenn er lediglich auf „Bedenken“ verweist. Welche anderen Grundsätze neben dem Recht auf ein faires Verfahren, dessen Verletzung er letztlich mit der Folge eines Beweisverwertungsverbots bejaht, noch betroffen sein sollen, bleibt ebenfalls offen. Diese vom BGH sogenannte „besondere Fallgestaltung“⁷³ erlaubt keine tragfähigen Schlüsse bzgl. der Reichweite der Selbstbelastungsfreiheit.

⁶⁷ BGHSt 53, 294 Rn. 49.

⁶⁸ BGHSt 53, 294 Rn. 40.

⁶⁹ Ebenso BGHSt 52, 11 Rn. 14 (Mallorca): Keine Verletzung des Nemo-tenetur-Grundsatzes, wenn sich der Beschuldigte „von sich aus“, d. h. ohne in einer vernehmungsgleichen Befragung dazu gedrängt worden zu sein, gegenüber einem Verdeckten Ermittler aufgrund eines Vertrauensverhältnisses zur Tat äußert. Dies gelte jedenfalls außerhalb einer Haftsituation.

⁷⁰ BGHSt 53, 294 Rn. 44.

⁷¹ BGHSt 53, 294 Rn. 47, 49 f.

⁷² BGHSt 53, 294 Rn. 51.

⁷³ BGHSt 53, 294 Rn. 39.