

Schriftenreihe  
Deutsche Strafverteidiger e.V.

45

Benedikt Jugl

## Fair trial als Grundlage der Beweiserhebung und Beweisverwertung im Strafverfahren

Ein Beitrag zu der Lehre von den Beweisverboten am Beispiel  
des Auskunftsverweigerungsrechts nach § 55 StPO



**Nomos**



Schriftenreihe  
Deutsche Strafverteidiger e.V.

Herausgegeben von Deutsche Strafverteidiger e.V.

Band 45

Benedikt Jugl

## Fair trial als Grundlage der Beweiserhebung und Beweisverwertung im Strafverfahren

Ein Beitrag zu der Lehre von den Beweisverboten am Beispiel  
des Auskunftsverweigerungsrechts nach § 55 StPO



**Nomos**

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Regensburg, Univ., Diss., 2016

ISBN 978-3-8487-3601-0 (Print)

ISBN 978-3-8452-7907-7 (ePDF)

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2015/16 von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Regensburg als Dissertation angenommen. Tag der mündlichen Prüfung war der 26.07.2016. Rechtsprechung und Literatur konnten noch bis einschließlich Dezember 2016 berücksichtigt werden.

Danken möchte ich insbesondere meinem Doktorvater, Herrn Rechtsanwalt Prof. Dr. Bernd von Heintschel-Heinegg, VRiBayObLG a.D., VRiOLG a.D., für die Betreuung und Unterstützung von der Themenfindung bis zur Druckfreigabe. Ein weiterer Dank gebührt dem Zweitgutachter meiner Dissertation, Herrn Prof. Dr. Tonio Walter, RiOLG, für die schnelle Erstellung des Gutachtens und die hilfreichen Anmerkungen. Danken will ich auch dem Deutsche Strafverteidiger e.V. für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe.

Ferner gilt mein Dank der Studienstiftung des deutschen Volkes e.V., die mir mit der Gewährung eines Promotionsstipendiums die Arbeit an der Dissertation deutlich erleichtert hat. Gleiches gilt für den Deutschen Akademischen Austauschdienst (DAAD), der mir mit der Bewilligung eines Graduiertenstipendiums nicht nur mein LL.M.-Studium an der University of Cambridge ermöglicht hat, sondern dadurch auch für die rechtsvergleichenden und internationalen Aspekte der Arbeit mitverantwortlich ist.

Einen besonderen Dank schulde ich der Initiative Bayerischer Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger e.V., die die Veröffentlichung der Arbeit mit einem Druckkostenzuschuss unterstützt hat, und insbesondere ihrem Vorstandsvorsitzenden, Herrn Rechtsanwalt Prof. Dr. Jan Bockemühl.

Zu guter Letzt und doch zuvorderst möchte ich meiner Lebensgefährtin Franziska Lohr sowie allen Verwandten danken, die mich während der Anfertigung und bei der Veröffentlichung der Dissertation unterstützt haben: Hildegard und Xaver Bachmaier, Christine Hohenester, Hildegard Hohenester, Klaus Jugl und vor allem Getraud Jugl und Kurt Jugl; ihnen ist die Arbeit gewidmet.

Regensburg, im Januar 2017

Benedikt Jugl



# Inhaltsverzeichnis

Verzeichnis der verwendeten Abkürzungen	13
Einführung	17
1. Teil: Fair trial als fundamentaler Grundsatz des deutschen Strafverfahrensrechts	21
1. Kapitel: Die Entstehung des Rechts auf ein faires Verfahren	21
A. Fair trial als fundamentaler Grundsatz des englischen Strafverfahrensrechts	22
I. Fair trial im Rahmen des common law	22
II. section 78 PACE 1984	23
III. Der Einfluss von EMRK und EGMR	24
B. Fair trial in der EMRK und die Rechtsprechung des EGMR	25
I. Fair trial in der EMRK und anderen internationalen Verträgen	25
II. Die Rechtsprechung des EGMR	27
2. Kapitel: Fair trial im deutschen Strafverfahrensrecht	30
A. Die Geltung des Fair-trial-Prinzips im deutschen Strafverfahrensrecht	31
B. Die beweisrechtliche Reichweite des Fair-trial-Prinzips im deutschen Strafverfahrensrecht	32
I. Die deutsche höchstrichterliche Rechtsprechung zum Fair- trial-Grundsatz	32
II. Das Schrifttum	36

## *Inhaltsverzeichnis*

3. Kapitel: Nemo tenetur als bedeutender Teil des Rechts auf ein faïres Verfahren	38
A. Die Entwicklung des Nemo-tenetur-Prinzips	39
I. Das Aussageverweigerungsrecht des Beschuldigten	39
II. Die Zeugnisverweigerungsrechte	40
III. Das Auskunftsverweigerungsrecht des Zeugen	42
B. Nemo tenetur im deutschen Strafverfahrensrecht	43
C. Nemo tenetur als Bestandteil des Rechts auf ein faïres Verfahren	44
2. Teil: Fair trial als Grundlage einer neuen Beweisverbotslehre	47
1. Kapitel: Die staatliche Pflicht zur Wahrheitserforschung	47
A. Der Untersuchungsgrundsatz nach § 244 Abs. 2 StPO	47
B. Das Prinzip der freien richterlichen Beweiswürdigung nach § 261 StPO	49
2. Kapitel: Die Lehre(n) von den Beweisverboten	49
A. Die Entwicklung der Lehre von den Beweisverboten	50
B. Die Beweiserhebungsverbote	51
C. Die Beweisverwertungsverbote	52
I. Die Funktion der Beweisverwertungsverbote	53
II. Die Ermittlung von Beweisverwertungsverboten	53
1. Die Rechtskreistheorie	55
a) Die Rechtsprechung des BGH	55
b) Die Kritik an der Rechtskreistheorie	57
2. Die Schutzzwecklehren	60
a) Wichtige Vertreter der Schutzzwecklehren	60
b) Die Kritik an den Schutzzwecklehren	63
3. Die Abwägungslehre	63
a) Wichtige Vertreter der Abwägungslehre	64
b) Die Kritik an der Abwägungslehre	66

3. Kapitel: Fair trial als Grundlage der Entstehung von Beweisverwertungsverböten	67
A. Zur grundsätzlichen Bedeutung des Fair-trial-Grundsatzes	67
B. Die Beweisverböte als Ausprägung des Fair-trial-Grundsatzes	68
C. Folgerungen für die Beweisverböte	70
D. Zu den bisherigen Ansätzen zur Entstehung von Beweisverwertungsverböten	71
I. Bewertung der Rechtskreistheorie	71
1. Die „natürliche Stufung“ von Verfahrensvorschriften	72
2. Die „wesentliche“ Berührung des Rechtskreises	73
3. Die Berücksichtigung von Beweisschwierigkeiten	73
II. Bewertung der Schutzzwecklehren	74
III. Bewertung der Abwägungslehre	75
E. Stattdessen: Am Fair-trial-Grundsatz orientierte Beweisverbötslehre	76
F. Ausnahmen	78
3. Teil: Das Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 StPO unter Beachtung von fair trial	81
1. Kapitel: Das Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 StPO	81
A. Die Berechtigung zur Auskunftsverweigerung	82
I. Der Zeuge im Strafverfahren	82
II. Abgrenzung des Auskunftsverweigerungsrechts zu anderen Schweigerechten	83
1. Das Aussageverweigerungsrecht des Beschuldigten	83
2. Die Zeugnisverweigerungsrechte	84
B. Der Sinn und die Notwendigkeit eines Auskunftsverweigerungsrechts	86
I. Die Pflicht des Zeugen zur wahrheitsgemäßen Aussage	86
II. Die Zwangsmöglichkeiten der Strafverfolgungsbehörden zur Aussageerzwingung	87
III. Die Konfliktlage des Zeugen	88
IV. Die Zuverlässigkeit und die Häufigkeit des Zeugenbeweises	91

C. Der Umfang des Auskunftsverweigerungsrechts	92
D. Die Ausübung des Auskunftsverweigerungsrechts	93
E. Die Gefahr der Verfolgung	94
I. Bestehen der Verfolgungsgefahr	94
II. Zweifellos ausgeschlossene Gefahr	96
III. Strafklageverbrauch	96
1. Rechtskräftiges Urteil und Strafbefehl	97
2. Einstellung des Verfahrens	98
IV. Die Verfolgungsgefahr unter Beachtung des Rechts auf ein faires Verfahren	99
F. Die Glaubhaftmachung gemäß § 56 StPO	100
2. Kapitel: Der Verstoß gegen die Belehrungspflicht des § 55 Abs. 2 StPO	101
A. Die Belehrungspflicht nach § 55 Abs. 2 StPO	102
I. Das „Wie“ der Belehrung	102
II. Das „Wann“ der Belehrung	102
B. Die Verwertbarkeit im Ausgangsverfahren gegen den Angeklagten	104
I. Die höchstrichterliche Rechtsprechung	104
1. Die Rechtsprechung vor der Rechtskreistheorie	104
2. Die Entscheidung des Großen Senats vom 21.01.1958 (BGHSt 11, 213)	106
II. Das Schrifttum	107
1. Die zustimmenden Ansichten	107
2. Die ablehnenden Ansichten	109
a) Die Kritik vor der Entscheidung des Großen Senats	109
b) Die Kritik nach der Entscheidung des Großen Senats	110
III. Der eigene Ansatz	113
1. Bewertung der Entscheidung des Großen Senats	113
2. Der Verstoß gegen § 55 Abs. 2 StPO unter Beachtung des Rechts auf ein faires Verfahren	114
C. Die Verwertbarkeit in einem Folgeverfahren gegen den Zeugen	115
I. Die obergerichtliche Rechtsprechung	115
1. Grundsätzliche Unverwertbarkeit	115

2. Die Widerspruchslösung	116
II. Das Schrifttum	118
III. Der eigene Ansatz	120
1. Die Verwertbarkeit der Aussage in einem Folgeverfahren	120
2. Die Widerspruchslösung	120
3. Kapitel: Die Einführung einer früheren Zeugenaussage in die Hauptverhandlung	121
A. Die Einführung von Bekundungen aus früheren Vernehmungen	122
I. Die Verlesung des Vernehmungsprotokolls	123
1. Verlesung bei Abwesenheit des Zeugen	124
2. Verlesung zur Behebung von Erinnerungslücken und bei Widersprüchen in den Aussagen des Zeugen	125
3. Verlesung von Geständnisprotokollen und bei Widersprüchen in den Aussagen des Angeklagten	125
4. Der formfreie Vorhalt	126
II. Die Vernehmung der Verhörsperson	126
1. Die Vernehmung einer polizeilichen oder staatsanwaltlichen Verhörsperson	127
2. Die Vernehmung einer richterlichen Verhörsperson	127
B. Die Verwertbarkeit im Ausgangsverfahren gegen den Angeklagten	129
I. Die höchstrichterliche Rechtsprechung	129
II. Das Schrifttum	131
III. Der eigene Ansatz	133
1. § 252 StPO als umfassendes Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbot	133
2. Zur Ausnahme richterliche Verhörsperson	134
3. Zur Anwendbarkeit von § 252 StPO auf § 55 StPO	135
a) Keine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren	135
b) Zur Differenzierung zwischen §§ 52 ff. StPO und § 55 StPO	136
c) Zum Schutz der Wahrheitsfindung	137
C. Die Verwertbarkeit in einem Folgeverfahren gegen den Zeugen	137
I. Die höchstrichterliche Rechtsprechung	138

*Inhaltsverzeichnis*

II. Das Schrifttum	139
III. Der eigene Ansatz	141
4. Teil: Anwendbarkeit auf andere Fallgruppen, Ausblick und Empfehlungen	145
1. Kapitel: Anwendbarkeit auf andere Fallgruppen	145
A. Die Nichtbelehrung über das Aussageverweigerungsrecht des Beschuldigten	145
B. Die Nichtbelehrung über das Recht zur Verteidigerkonsultation	146
C. Die Nichtbelehrung über ein Zeugnisverweigerungsrecht	146
D. Die Nichtbelehrung des Zeugen über die Wahrheitspflicht	147
E. Die Blutentnahme	148
F. Die Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten	148
2. Kapitel: Ausblick und Empfehlungen an den Gesetzgeber	149
A. Ausblick	149
B. Empfehlungen an den Gesetzgeber	150
I. Zu § 55 StPO	151
II. Zu § 252 StPO	152
III. Zu § 254 StPO	152
IV. Allgemeine Empfehlungen zu den Beweisverwertungsverböten	153
Schlussbetrachtung	155
Anhang: Zusammenfassung in Thesen	159
Verzeichnis der verwendeten Literatur	161

## Verzeichnis der verwendeten Abkürzungen

a.A.	andere Ansicht
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
ähnl.	ähnlich
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AK	Alternativkommentar
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
ausführl.	ausführlich
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGSt	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen
Bd.	Band
Bearb.	Bearbeiter
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BZRG	Bundeszentralregistergesetz
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
diff.	differenzierend
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGStGB	Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch
Einl.	Einleitung

## *Verzeichnis der verwendeten Abkürzungen*

EMRK/MRK	Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten
EU	Europäische Union
EUC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EUV	Vertrag über die Europäische Union
f./ff.	folgende
Fn.	Fußnote(n)
FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv für (preußisches) Strafrecht
GG	Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland
HK	Heidelberger Kommentar
h.M.	herrschende Meinung
HRA	Human Rights Act
insb.	insbesondere
IPbpR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JGG	Jugendgerichtsgesetz
JR	Juristische Rundschau
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KK	Karlsruher Kommentar
krit.	kritisch
lit.	Buchstabe
LR	Löwe-Rosenberg
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
M-G/S	Meyer-Goßner/Schmitt
MüKo	Münchener Kommentar
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht - Rechtsprechungsreport
OLG	Oberlandesgericht
PACE	Police and Criminal Evidence Act
RG	Reichsgericht
RGSt	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen

## *Verzeichnis der verwendeten Abkürzungen*

RiStBV	Richtlinien über das Straf- und Bußgeldverfahren
Rn.	Randnummer(n)
Rspr.	Rechtsprechung
RStPO	Reichsstrafprozeßordnung
S.	Satz/Seite
s.	siehe
SK	Systematischer Kommentar
sog.	sogenannte(r/s)
SSW	Satzger-Schluckebier-Widmaier
st.	stetige/ständige
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StR	Strafsenat
str.	streitig/strittig
StraFo	Strafverteidiger-Forum
StrK	Strafkammer
StV	Der Strafverteidiger
u.a.	unter anderem/und andere
Urt.	Urteil
v.	von/vom
Verf.	Verfasser
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
vs.	gegen
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
z.B.	zum Beispiel
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft



## Einführung

Ein faires Verfahren. Ein *fair trial*. Das ist sicherlich der Wunsch eines jeden Beschuldigten im Strafverfahren, unabhängig von dem konkreten Stadium, in dem es sich befindet. Mit diesem Wunsch korrespondiert bei vielen die Angst, nur deshalb verurteilt zu werden, weil die Strafverfolgungsbehörden auf unfaire Mittel zurückgegriffen haben oder das Gericht einen unfairen Prozess nicht als solchen beanstandet hat.

Das Gebot eines fairen Strafverfahrens ist im deutschen Recht allgemein anerkannt. Durch den Einfluss der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) gewann das Fairnessprinzip auch in der deutschen Rechtsprechung und Rechtslehre zunehmend an Bedeutung. *Fair trial* stammt aus dem englischen *common law* und stellt dort den entscheidenden Grundsatz dar, nach dem beurteilt wird, ob von den Strafverfolgungsbehörden gewonnene Beweise vor Gericht zur Urteilsfindung berücksichtigt werden dürfen. Die deutsche Strafrechtsprechung, insbesondere der Bundesgerichtshof (BGH), und auch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) bemühen bereits seit Jahrzehnten das Fair-trial-Prinzip, um für Fragen des deutschen Strafprozessrechts eine „billige“ Lösung zu finden. Über die Bedeutung und die beweisrechtliche Reichweite dieses Grundsatzes besteht in den Einzelheiten jedoch noch keine Einigkeit.

Bei *fair trial* handelt es sich nicht um einen strafprozessualen Grundsatz von vielen. Vielmehr handelt es sich beim Recht auf ein faires Verfahren um ein fundamentales Prinzip, dessen Bedeutung nicht unterschätzt werden sollte. *Fair trial* ist auch heranzuziehen, um eine Frage zu beantworten, auf die Rechtsprechung und Literatur bislang noch keine befriedigende Antwort gefunden haben, nämlich die Grundlage für das Entstehen von Beweisverwertungsverböten.

Ausprägung eines fairen Verfahrens ist auch ein weiteres in der Strafprozessordnung (StPO) nicht normiertes, aber ebenso anerkanntes Prinzip des deutschen Strafverfahrensrechts: *nemo tenetur se ipsum prodere/accusare*. Niemand ist verpflichtet, sich selbst zu belasten. Der Schutz vor Selbstbezichtigung stellt einen der zentralen Pfeiler eines fairen Verfahrens dar.