

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 Strafverfahrengeseingriff

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](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 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. 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. 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. 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
<i>II. Erste Lehren aus dem Rechtsprechungsüberblick – „Nemo-tenetur“ als Rechtssatz? .....</i>	<i>27</i>
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
<i>III. Präzisierung des Untersuchungsziels .....</i>	<i>45</i>
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>	<i>48</i>
<i>II. Die Eingriffsrechtfertigung – Grundlage und Grenze von   Freiheitsbeschränkungen .....</i>	<i>52</i>
1. Ermächtigungsgrundlage .....	52
2. Verhältnismäßigkeit .....	53
a) Legitimes Ziel .....	54
b) Geeignetheit und Erforderlichkeit des Mittels (Zweck-Mittel-Relation) .....	54
c) Angemessenheit .....	56
<i>III. Zusammenfassung: Begrenzte Leistungsfähigkeit der   verfassungsrechtlichen Analyse .....</i>	<i>61</i>

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 Auskunft- 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.<sup>1</sup>

Die Selbstbelastungsfreiheit ist im deutschen Recht zwar nicht ausdrücklich normiert, genießt nach der Rechtsprechung jedoch Verfassungsrang.<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup> Wenn daran anknüpfend von einer

---

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

<sup>2</sup> 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 (...).“

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

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



„Freiheit von Selbstbelastungszwang“ gesprochen wird,<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup>

### 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.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> Siehe unten F.I., S. 123 ff.

<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup> Zur Angabe der Personalien soll er dagegen verpflichtet sein.<sup>9</sup>

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 strafschärfende Berücksichtigung.<sup>10</sup>

Damit der Beschuldigte sich nicht angesichts einer vermeintlichen Aussagepflicht zur Aussage gezwungen sieht,<sup>11</sup> 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.<sup>12</sup> Beruft 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.<sup>13</sup>

<sup>8</sup> BGHSt 27, 374 Rn. 21.

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> Zu Fragen der Beweiswürdigung und Strafzumessung näher sogleich.

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

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup> Dies gilt auch für das nur anfängliche Schweigen des Beschuldigten in der Polizeivernehmung, der erst in der richterlichen Vernehmung aussagt (zeitweises Schweigen).<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup> 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.<sup>17</sup> Das teilweise Schweigen nur zu bestimmten Fragen eines einheitlichen Geschehens kann dagegen von indizieller Bedeutung sein.<sup>18</sup> Ein vollständiges Schweigen wird jedoch nicht dadurch zu einem verwertbaren Teilschweigen, dass der Angeklagte über seinen Verteidiger Beweisanträge stellt.<sup>19</sup> Eine Teileinlassung ist auch dann nicht gegeben, wenn der Beschuldigte seine Schuld lediglich grundsätzlich bestreitet.<sup>20</sup>

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

<sup>14</sup> 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.

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

<sup>16</sup> BGH StV 1985, 401.

<sup>17</sup> BGHSt 32, 140 Rn. 17.

<sup>18</sup> BGHSt 32, 140 Rn. 17.

<sup>19</sup> 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.).

<sup>20</sup> BGHSt 25, 265 Rn. 10; BGHSt 34, 32 Rn. 4; BGHSt 38, 302 Rn. 20.

<sup>21</sup> 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.<sup>22</sup> 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.<sup>23</sup> 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.“<sup>24</sup> 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.<sup>25</sup> 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.<sup>26</sup> Eine solche Lüge liegt nach der Rechtsprechung des BGH beispielsweise im Vortäuschen einer erdrückenden Beweislage.<sup>27</sup> 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.“<sup>28</sup>

---

<sup>22</sup> Vgl. BGHSt 1, 105.

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

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

<sup>25</sup> 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.

<sup>26</sup> BGHSt 35, 328 Rn. 7.

<sup>27</sup> BGHSt 35, 328 Rn. 7.

<sup>28</sup> 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.<sup>29</sup> 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.<sup>30</sup>

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.“<sup>31</sup> 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,<sup>32</sup> sondern auch das *Hervorrufen* eines Irrtums durch die Straf-

<sup>29</sup> 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).

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

<sup>31</sup> BGHSt (GrS) 42, 139 Rn. 42.

<sup>32</sup> 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.“<sup>33</sup>

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.<sup>34</sup> 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.<sup>35</sup>

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.<sup>36</sup> Zudem sieht sich der Große Senat durch die Verneinung<sup>37</sup> 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.<sup>38,39</sup>

---

<sup>33</sup> BGHSt (GrS) 42, 139 Rn. 43.

<sup>34</sup> BGHSt (GrS) 42, 139 Rn. 56.

<sup>35</sup> BGHSt (GrS) 42, 139 Rn. 57.

<sup>36</sup> 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.

<sup>37</sup> 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).

<sup>38</sup> 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.

<sup>39</sup> 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.