

Mehmet Arslan

Die Aussagefreiheit des Beschuldigten
in der polizeilichen Befragung

Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für
ausländisches und internationales Strafrecht

Strafrechtliche Forschungsberichte

Herausgegeben von Ulrich Sieber

Band S 153



Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Strafrecht

Die Aussagefreiheit des Beschuldigten in der polizeilichen Befragung

Ein Vergleich zwischen EMRK,
deutschem und türkischem Recht

Mehmet Arslan



Duncker & Humblot • Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

DOI <https://doi.org/10.30709/978-3-86113-801-3>

Alle Rechte vorbehalten

© 2015 Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e.V.
c/o Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht
Günterstalstraße 73, 79100 Freiburg i.Br.

<http://www.mpicc.de>

Vertrieb in Gemeinschaft mit Duncker & Humblot GmbH, Berlin

<http://www.duncker-humblot.de>

Umschlagbild: © ECHR-CEDH Council of Europe Credits

Foto des Autors: Baschi Bender


Druck: Appel & Klinger Druck und Medien GmbH

Printed in Germany

ISSN 1860-0093

ISBN 978-3-86113-801-3 (Max-Planck-Institut)

ISBN 978-3-428-14957-5 (Duncker & Humblot)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2014/2015 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Dissertation angenommen. Gesetzgebung, Literatur und Rechtsprechung sind bis Januar 2014 berücksichtigt.

Meinem Doktorvater Prof. Dr. Dr. h.c. mult. *Ulrich Sieber* gilt mein herzlicher Dank für seine intensive und vor allem methodische Beratung und für die Freiheit, die er mir bei der Entwicklung des Forschungsvorhabens und dessen Umsetzung inhaltlich und zeitlich gewährt hat. Des Weiteren möchte ich mich bei Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. *Hans-Jörg Albrecht* für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens bedanken.

Die Arbeit entstand während meiner Zeit als Doktorand an der International Max Planck Research School for Comparative Criminal Law (IMPRS-CC), die mir durch die finanzielle Unterstützung der Bahçeşehir-Universität Istanbul ermöglicht wurde. Hierfür danke ich vielmals dem Vorstandsvorsitzenden des Stiftungsrats der Universität, Herrn *Enver Yücel*, der Dekanin der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, Frau Prof. Dr. *Ayşe Nuhoğlu*, und Herrn Prof. Dr. *Feridun Yenisey*.

An Frau Dr. *Silvia Tellenbach* am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht geht mein besonderer Dank für ihre umfassende Betreuung, ich konnte mich jederzeit mit Fragen an sie wenden. Frau *Hildegund Schaab*, Frau *Irene Kortel* und Herrn *Matthias Rawert* möchte ich für die kompetente und sehr angenehme redaktionelle Betreuung meiner Dissertation danken. Schließlich sage ich meiner Familie und meinen Freunden in Freiburg für ihren großartigen moralischen Beistand vielen Dank.

Freiburg, im Dezember 2015

Mehmet Arslan

Inhaltsübersicht

Kapitel 1: Einführung

I. Gegenstand der Untersuchung	1
A. Selbstbelastungsfreiheit	1
B. Probleme der Auslegung und Umsetzung	2
C. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands	3
II. Forschungsstand	5
III. Ziele der Untersuchung	6
IV. Methoden der Untersuchung	8
V. Aufbau der Untersuchung	10

Kapitel 2: Europäische Menschenrechtskonvention

I. Grundzüge der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR	15
A. Das Schutzsystem der EMRK	16
B. Inter-partes-Bindung der Entscheidungen des EGMR	18
C. Bedeutung der Rechtsprechung des EGMR	20
II. Entwicklung und Begründung der Selbstbelastungsfreiheit	21
A. Historische Entwicklung	21
B. Begründung der Selbstbelastungsfreiheit	34
C. Definition der Selbstbelastungsfreiheit	63
D. Schutzbereich der Selbstbelastungsfreiheit	67
III. Schutz vor Aussagezwang	84
A. Umfang der Aussagefreiheit	84
B. Definition von Zwang	85
C. Tatsächlicher Zwang	88
D. Rechtlicher Zwang	112
IV. Umgehungsverbot	125
A. Grundzüge der Zulässigkeit verdeckter Ermittlungsmaßnahmen	126
B. Konventionsrechtliche Grenzen verdeckten Veranlassens zur Selbstbelastung	128
C. Zwischenergebnisse	137
V. Ergänzende Schutzrechte	138
A. Beschuldigteneigenschaft nach Art. 6 Abs. 1 EMRK	139
B. Informationsrechte	142
C. Recht auf Verteidigerbeistand	152

VI. Beweisverwertungsverbote	167
A. Grundsätze des konventionsrechtlichen Beweisverfahrens	168
B. Einzelne Beweisverwertungsverbote	171
VII. Zusammenfassung	184

Kapitel 3: Landesbericht Deutschland

I. Grundzüge des Strafverfahrensrechts	195
A. Quellen des Strafverfahrensrechts	195
B. Aufbau des Strafverfahrens	196
C. Verfassungsgerichtsbarkeit	198
D. Strafrechtsliteratur	198
II. Entwicklung und Begründung der Selbstbelastungsfreiheit	199
A. Historische Entwicklung	200
B. Begründung der Selbstbelastungsfreiheit	214
C. Definition der Selbstbelastungsfreiheit	273
III. Schutz vor Aussagezwang	277
A. Besonderheiten des Polizeigewahrsams	277
B. Umfang der Aussagefreiheit	279
C. Tatsächlicher Zwang	284
D. Rechtlicher Zwang	303
IV. Umgehungsverbot	317
A. Erforderlichkeit eines Umgehungsschutzes	318
B. Vernehmungssähnliche Situationen	319
C. Grenzen verdeckten Veranlassens	321
D. Zwischenergebnisse zum Umgehungsverbot	331
V. Ergänzende Schutzrechte	332
A. Informationsrechte	332
B. Recht auf Verteidigerbeistand	352
VI. Beweisverwertungsverbote	364
A. Erforderlichkeit eines Verwertungsverbots	364
B. Verwertungsverbote bei Verstößen gegen die Selbstbelastungsfreiheit	365
C. Einzelne Beweisverwertungsverbote	366
VII. Zusammenfassung	379

Kapitel 4: Landesbericht Türkei

I. Grundzüge des Strafverfahrensrechts	390
A. Quellen des Strafverfahrensrechts	390
B. Aufbau des Strafverfahrens	391
C. Verfassungsgerichtsbarkeit	395

D. Strafrechtswissenschaften	395
II. Entwicklung und Begründung der Selbstbelastungsfreiheit	396
A. Historische Entwicklung	397
B. Begründung der Selbstbelastungsfreiheit	440
C. Schutzbereich des Verbot des Selbstbelastungszwangs	476
III. Schutz vor Aussagezwang	480
A. Einfachgesetzliche Ausprägung	480
B. Tatsächlicher Zwang	482
C. Rechtlicher Zwang	492
IV. Umgehungsverbot	504
A. Gesetzliche Vorgaben	504
B. Höchststrichterliche Rechtsprechung	506
C. Literaturmeinungen	508
V. Ergänzende Schutzrechte	510
A. Informationsrechte	510
B. Recht auf Verteidigerbeistand	517
VI. Beweisverwertungsverbote	524
A. Revisionsprüfung des Kassationsgerichtshofs	524
B. Grundzüge des Beweisrechts	531
C. Einzelne Beweisverwertungsverbote	534
VII. Zusammenfassung	552

Kapitel 5: Rechtsvergleich

I. Die EMRK als Vergleichsmaßstab	561
A. Mindeststandards eines gemeineuropäischen Strafverfahrensrechts	561
B. Geltung der EMRK in den zu vergleichenden Rechtsordnungen	562
II. Entwicklung und Begründung der Selbstbelastungsfreiheit	565
A. Strukturelle Unterschiede im deutschen und türkischen Strafverfahrensrecht	565
B. Besonderheiten der Rechtsprechung des EGMR	566
C. Historische Entwicklung	567
D. Begründung der Selbstbelastungsfreiheit	571
E. Schutzbereich und Definition der Selbstbelastungsfreiheit	578
III. Schutz vor Aussagezwang	582
A. Grundzüge des Schutzzumfangs	582
B. Tatsächlicher Zwang	583
C. Rechtlicher Zwang	588
IV. Umgehungsverbot	593
A. Tatprovokation	593
B. Aushorchungsfälle	593

C.	Abhörfälle	594
D.	Abhören durch aktive Täuschung	594
V.	Ergänzende Schutzrechte	595
A.	Beschuldigtenstatus	595
B.	Vernehmungsbegriff	599
C.	Informationsrechte	601
D.	Recht auf Verteidigerbeistand	604
VI.	Beweisverwertungsverbote	611
A.	Grundlagen	611
B.	Verstöße gegen die Selbstbelastungsfreiheit	612
C.	Einzelne Verwertungsverbote	613
VII.	Schlussbetrachtung	620

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXVIII

Kapitel 1: Einführung

I. Gegenstand der Untersuchung	1
A. Selbstbelastungsfreiheit	1
B. Probleme der Auslegung und Umsetzung	2
C. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands	3
II. Forschungsstand	5
III. Ziele der Untersuchung	6
IV. Methoden der Untersuchung	8
V. Aufbau der Untersuchung	10

Kapitel 2: Europäische Menschenrechtskonvention

I. Grundzüge der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR	15
A. Das Schutzsystem der EMRK	16
B. Inter-partes-Bindung der Entscheidungen des EGMR	18
C. Bedeutung der Rechtsprechung des EGMR	20
II. Entwicklung und Begründung der Selbstbelastungsfreiheit	21
A. Historische Entwicklung	21
1. Vorbereitende Arbeiten	22
2. Versuche zur Aufnahme in die EMRK	23
3. Kasuistik der Konventionsorgane vor der ausdrücklichen Anerkennung	25
a) Verwertbarkeit unfreiwilliger Geständnisse	26
b) Belehrungspflichten bei der polizeilichen Vernehmung	28
c) Verteidigerkonsultationsrecht bei der polizeilichen Vernehmung	28
d) Ergebnisse	31
4. Ausdrückliche Anerkennung der Selbstbelastungsfreiheit	31
5. Zwischenergebnisse zur historischen Entwicklung	32
B. Begründung der Selbstbelastungsfreiheit	34
1. Recht auf ein faires Verfahren	34
2. Auslegungsprämissen	36
3. Konturen des Rechts auf ein faires Verfahren	37

4.	Schutzzwecke der Selbstbelastungsfreiheit	39
a)	Schutz vor unzulässigem Zwang	39
b)	Schutz der Willensfreiheit	41
c)	Vermeidung von Justizirrtümern	43
d)	Erfüllung von Zwecken des Art. 6	45
e)	Ergebnisse	46
5.	Auf der Ebene des Völkerrechts	46
6.	Innerhalb der Konvention	47
a)	Unschuldsvermutung	47
aa)	Grundzüge des Schutzzinhalts	47
bb)	Verbindung zwischen den beiden Grundsätzen	49
cc)	Ableitbarkeit der Selbstbelastungsfreiheit	51
dd)	Kritik an der Ableitung	52
b)	Recht auf Verteidigung	54
c)	Recht auf Privatleben	56
aa)	Anwendungsbereich im Überblick	56
bb)	Ableitbarkeit der Selbstbelastungsfreiheit	57
(1)	Der Aspekt der Würdegarantie	58
(2)	Das Recht auf Selbstbestimmung	58
d)	Recht auf Meinungsäußerungsfreiheit	60
e)	Ergebnisse	63
C.	Definition der Selbstbelastungsfreiheit	63
1.	Problematik der unterschiedlichen Begriffe	63
2.	Bedeutung des Zwangselements	66
D.	Schutzbereich der Selbstbelastungsfreiheit	67
1.	Im Überblick	67
a)	Umriss des Schutzzumfangs	67
b)	Die Frage der Beschränkbarkeit	68
c)	Gesamtbetrachtungslehre des EGMR bei der Selbstbelastungsfreiheit	69
2.	Anwendbarkeit des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit	71
a)	Persönlicher Anwendungsbereich	72
aa)	Angeklagter im Sinne des Art. 6	72
bb)	Zeugen	73
b)	Sachlicher Anwendungsbereich	74
aa)	Kriminelles Vergehen	74
bb)	Stichhaltigkeit einer Anklage	76
c)	Zeitlicher Anwendungsbereich	79
d)	Außerstrafrechtliche Geltung der Selbstbelastungsfreiheit	81
aa)	Zulässigkeit staatlicher Mitwirkungspflichten	81
bb)	Rückwirkende Geltung der Selbstbelastungsfreiheit	83
3.	Zusammenfassung des Schutzbereichs	84

III. Schutz vor Aussagezwang	84
A. Umfang der Aussagefreiheit	84
B. Definition von Zwang	85
C. Tatsächlicher Zwang	88
1. Unmittelbarer tatsächlicher Zwang	88
a) Folter- und Misshandlungsverbot	90
aa) Schutzzumfang des Art. 3 EMRK	90
bb) Begriff der Folter und Misshandlung	91
cc) Verbotene Vernehmungsmethoden	94
(1) Körperliche Übergriffe	95
(2) Misshandlungen ohne körperliche Spuren	98
(3) Verbale Übergriffe	100
dd) Niederschwellige Vernehmungsmethoden	101
ee) Konzeptionelle Schwächen des Art. 3	103
b) Freiwilligkeit eines Geständnisses	106
aa) Maßstab für ein unfreiwilliges Geständnis	106
bb) Konkrete Umstände eines unfreiwilligen Geständnisses	107
2. Mittelbarer tatsächlicher Zwang	109
3. Zwischenergebnisse	111
D. Rechtlicher Zwang	112
1. Unmittelbarer rechtlicher Zwang	112
a) Strafbarkeit des Schweigens	112
b) Strafbewehrte Erscheinungspflicht	113
2. Mittelbarer rechtlicher Zwang	113
a) Nachteilige Verwertung des Aussageverhaltens des Beschuldigten	114
aa) Einschränkung der Aussagefreiheit	114
bb) Rechtfertigung der nachteiligen Verwertung	115
cc) Schranken-Schranken	119
dd) Erforschung des Motivs – insbesondere Verteidigerrat	120
ee) Die Prüfung des EGMR	122
b) Ergebnisse	124
3. Zwischenergebnisse	125
IV. Umgehungsverbot	125
A. Grundzüge der Zulässigkeit verdeckter Ermittlungsmaßnahmen	126
B. Konventionsrechtliche Grenzen verdeckten Veranlassens zur Selbstbelastung	128
1. Tatprovokation	128
a) Im Allgemeinen	128
b) Zulässige Tatprovokation	129
c) Schutz vor Selbstbelastung	130
2. Einfaches Abhören	131
3. Abhören durch aktive Täuschung	132

4.	Verdeckte Befragung durch eine Abhörfalle	132
a)	Durch eine Privatperson auf eigene Initiative	132
b)	Durch eine Privatperson im Auftrag der Ermittlungsbehörde	133
5.	Verdeckte Befragung	134
6.	Aushorchen eines inhaftierten Beschuldigten	136
C.	Zwischenergebnisse	137
V.	Ergänzende Schutzrechte	138
A.	Beschuldigteneigenschaft nach Art. 6 Abs. 1 EMRK	139
1.	Kriterien im Überblick	139
2.	Fallkonstellationen	140
a)	Beginn des Beschuldigtenstatus bei einem Verdächtigen	140
b)	Erlangung des Beschuldigtenstatus bei einer informatorischen Befragung	140
B.	Informationsrechte	142
1.	Belehrung über Beschuldigungen	142
a)	Das Recht auf Unterrichtung gemäß Art. 6 Abs. 3 lit. a	142
b)	Das Recht auf Mitteilung gemäß Art. 5 Abs. 2	144
2.	Belehrung über die Aussagefreiheit	146
a)	Im Allgemeinen	146
b)	Belehrung als Erfordernis eines gültigen Verzichts	147
c)	Belehrungspflicht als Gewährleistung der Aussagefreiheit	148
3.	Belehrung über das Verteidigerkonsultationsrecht	149
a)	Im Allgemeinen	149
b)	Belehrung als Erfordernis eines gültigen Verzichts	149
c)	Belehrung als Gewährleistung des Verteidigerkonsultationsrechts	150
4.	Zwischenergebnisse zu den Informationsrechten	151
C.	Recht auf Verteidigerbeistand	152
1.	Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 3 lit. c	152
2.	Recht auf Verteidigerbeistand im Polizeigewahrsam	153
a)	Entwicklung in der Rechtsprechung	153
b)	Wendepunkt: Fall Salduz	155
3.	Schutzumfang des Verteidigerkonsultationsrechts	156
a)	Zeitpunkt des Verteidigerzugangs	156
b)	Gültiger Verzicht	158
aa)	Belehrung als Mindestgarantie	159
bb)	Freiwilligkeit	160
cc)	Unterbrechungs- und Hilfspflicht	160
c)	Umfang der Konsultation – Anwesenheitsrecht	161
d)	Einschränkung des Verteidigerzugangs	163
e)	Umfang der verbotenen Beeinträchtigung	164
f)	Ergebnisse	164
4.	Recht auf einen unentgeltlichen Verteidiger	165

a) Voraussetzungen	165
b) Kasuistik des Gerichtshofs	166
5. Zwischenergebnisse zur einschlägigen Rechtsprechung des EGMR	167
VI. Beweisverwertungsverbote	167
A. Grundsätze des konventionsrechtlichen Beweisverfahrens	168
1. Die Konvention als Menschenrechtscharta	168
2. Fairness bei Beweisfragen	168
B. Einzelne Beweisverwertungsverbote	171
1. Verwertungsverbot bei erzwungenen Beweismitteln	171
a) Unmittelbarer tatsächlicher Zwang	171
aa) Folter und Misshandlungen	171
(1) Im Grundsatz	171
(2) Umfang des Verwertungsverbots nach Art. 3 i.V.m. Art. 6 Abs. 1	173
(3) Nachweisbarkeit	174
(4) Unterbrechung der Kausalität – die Frage der „qualifizierten“ Belehrung	175
(5) Ermittlungspflicht	176
bb) Unfreiwillige Geständnisse	177
cc) Ergebnisse	178
b) Unmittelbarer rechtlicher Zwang	179
2. Verwertungsverbote bei Verstößen gegen das Umgehungsverbot	180
a) Tatprovokation	180
aa) Rechtsfolgen einer konventionswidrigen Tatprovokation	180
bb) Erfordernis eines Beweisverwertungsverbots	180
b) Umgehungsverbot bei verdeckter Befragung des Beschuldigten	181
3. Verwertungsverbote bei Verstößen gegen Informationsrechte	182
a) Belehrung über die Aussagefreiheit	182
b) Belehrung über das Verteidigerkonsultationsrecht	182
4. Verwertungsverbote bei Verstößen gegen das Verteidigerkonsultationsrecht	183
5. Zwischenergebnisse zu beweisrechtlichen Anforderungen	184
VII. Zusammenfassung	184

Kapitel 3: Landesbericht Deutschland

I. Grundzüge des Strafverfahrensrechts	195
A. Quellen des Strafverfahrensrechts	195
B. Aufbau des Strafverfahrens	196
1. Ermittlungsverfahren	196
2. Hauptverhandlung	197
3. Rechtsmittelverfahren	197
C. Verfassungsgerichtsbarkeit	198
D. Strafrechtsliteratur	198

II. Entwicklung und Begründung der Selbstbelastungsfreiheit	199
A. Historische Entwicklung	200
1. Mittelalterlicher Inquisitionsprozess	200
a) Begründung einer durch Folter erzwingbaren Selbstbelastungspflicht	200
b) Folter als Beweiserhebungsmethode	202
2. Einwände der humanistischen Gedanken der Aufklärung und Akkusationsverfahren	203
a) Kritische Betrachtung der Folter	203
b) Abschaffung der Folter	204
c) Einführung des Anklageprozesses	204
d) Ergebnisse	205
3. Einführung der Reichsstrafprozessordnung von 1877	206
a) Anerkennung der Selbstbelastungsfreiheit	206
aa) Umsetzung in der Reichsstrafprozessordnung	206
bb) Motive des Gesetzgebers	207
cc) Ergebnisse	208
b) Zäsur in der Geltung der Selbstbelastungsfreiheit – Drittes Reich	208
c) Wiederkehr der Selbstbelastungsfreiheit – Gründung der Bundesrepublik Deutschland	209
aa) Einfachgesetzliche Verstärkung	210
bb) Völkerrechtliche Anerkennung	211
4. Historische Würdigung der Selbstbelastungsfreiheit	211
a) In der höchstrichterlichen Rechtsprechung	211
b) Literaturmeinungen	212
5. Zwischenergebnisse	213
B. Begründung der Selbstbelastungsfreiheit	214
1. Brandenburgische Verfassung	214
2. Verfassungsrechtliche Ableitung in der Rechtsprechung	215
a) Würdegehalt der Selbstbelastungsfreiheit	215
b) Selbstbelastungsfreiheit als Persönlichkeitsschutz	217
aa) Grundzüge des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG	217
bb) Allgemeine Selbstbestimmung – Schutz vor unzumutbarer Konfliktsituation	218
cc) Informationelle Selbstbestimmung	220
c) Selbstbelastungsfreiheit als Ausprägung von Fairness	221
d) Absoluter Kern der Selbstbelastungsfreiheit	223
aa) Begrenzung durch das Strafverfahren	223
bb) Immanente Grenzen	224
e) Ergebnisse	226
3. Verfassungsrechtliche Ableitung in der Literatur	227
a) Das Argument der Degradierung zum Verfahrensobjekt	228
b) Das Argument der Instrumentalisierung	230

c)	Das Argument des Persönlichkeitsschutzes	232
aa)	Selbsterhaltungstrieb	232
bb)	Eigenverantwortlichkeit	234
cc)	Informationelle Selbstbestimmung	236
d)	Fairnessgehalt der Selbstbelastungsfreiheit	237
e)	Unschuldvermutung	239
f)	Verfassungsrechtliche Wertentscheidung	241
aa)	Kritische Betrachtung der Selbstbelastungsfreiheit	241
bb)	Entgegnung der Kritik	243
cc)	Ergebnisse	244
g)	Verfassungsrechtliche Ableitung	245
aa)	Kritik – Vertreter eines induktiven Ansatzes	245
bb)	Entgegnung und Befürworter eines deduktiven Ansatzes	247
h)	Zwischenergebnisse zum verfassungsrechtlichen Inhalt der Selbstbelastungsfreiheit	248
4.	Menschenrechtliche Konventionen	249
a)	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte	249
aa)	Höchststrichterliche Rechtsprechung	250
bb)	Literaturmeinungen	250
b)	Europäische Menschenrechtskonvention	251
aa)	Höchststrichterliche Rechtsprechung	252
bb)	Literatur	254
c)	Zwischenergebnisse	256
5.	Systematik der StPO – Wechselwirkung zwischen Verfassung und StPO	256
a)	Die Mitwirkungslehre der StPO	257
aa)	Abgrenzungskriterium: Passivität – Aktivität	258
bb)	Umfang des Rechts auf Passivität	260
(1)	Praktische Bedeutung – Aspekt der Erzwingbarkeit	261
(2)	Schutz vor Täuschung	262
cc)	Ausscheiden als Beweismittel	264
b)	Die Reichweite der Aussagefreiheit nach der StPO	265
aa)	Aussagepersonen der StPO	265
(1)	Zeuge	265
(2)	Beschuldigter	267
(3)	Folgen der fehlerhaften Rollenzuweisung	268
bb)	Vernehmungsbegriff der StPO	268
(1)	Offener Vernehmungsbegriff	269
(2)	Verdeckte Abschöpfungen	269
(3)	Ergebnisse	272
6.	Zwischenergebnisse zu den Begründungsansätzen	272
C.	Definition der Selbstbelastungsfreiheit	273
1.	Uneinheitliche Begriffe	273

2.	Aus der Eingriffsperspektive – die Bedeutung des Zwangselements	274
3.	Aus der Perspektive der Freiheit	276
4.	Zwischenergebnisse zur Definition	277
III.	Schutz vor Aussagezwang	277
A.	Besonderheiten des Polizeigewahrsams	277
B.	Umfang der Aussagefreiheit	279
1.	Definition von Zwang	279
2.	Funktionales Zwangsverständnis	280
3.	Methoden der Zwanganwendung und § 136a StPO	282
C.	Tatsächlicher Zwang	284
1.	Unmittelbarer tatsächlicher Zwang	284
a)	Folter	284
b)	Misshandlungen – Quälerei – körperliche Eingriffe	285
c)	Verabreichen von Mitteln	287
d)	Ermüdung	287
2.	Drohung – Vorteilsversprechen	288
3.	Täuschung	291
a)	Restriktive Auslegung	291
b)	Fallbeispiele	292
c)	Ausnutzung von vorhandenen Irrtümern	293
d)	Kritik	295
4.	Prozesswidriger Einsatz von Zwangsmaßnahmen	297
5.	Psychoanalytische Methoden	298
a)	Einsatz von Lügendetektoren	299
b)	Projektiver Persönlichkeitstest	301
6.	Mittelbarer tatsächlicher Zwang	301
7.	Zwischenergebnisse zum Schutz vor tatsächlichem Zwang	303
D.	Rechtlicher Zwang	303
1.	Unmittelbarer rechtlicher Zwang	303
2.	Mittelbarer rechtlicher Zwang	305
a)	Nachteilige Verwertung des Aussageverhaltens des Beschuldigten	305
aa)	Rechtliche Aspekte	305
(1)	Gründe für eine nachteilige Verwertung	305
(2)	Gründe gegen die nachteilige Verwertung	306
bb)	Ergebnisse der herrschenden Meinung	308
cc)	Die praktische Bedeutung der Verwertbarkeit	311
(1)	Nur bedingte Erheblichkeit	311
(2)	Harte Prozessrealität	312
b)	Konkrete Fallgruppen in der Rechtsprechung	313
aa)	Vollständiges oder teilweises Schweigen	313
bb)	Zeitweises Schweigen	316
c)	Zwischenergebnisse zum Schutz vor rechtlichem Zwang	317

IV. Umgehungsverbot	317
A. Erforderlichkeit eines Umgehungsschutzes	318
B. Vernehmungähnliche Situationen	319
C. Grenzen verdeckten Veranlassens	321
1. Tatprovokation	322
a) Zulässige Tatprovokation	322
b) Schutz vor Selbstbelastung	323
2. Einfaches Abhören	324
3. Abhören durch aktive Täuschung	324
4. Verdeckte Befragung durch eine Abhörfalle	325
a) Ausgangspunkt: heimliche Tonbandaufnahme durch eine Privatperson	325
b) Unzulässigkeit einer polizeilich initiierten Abhörfalle	326
c) Abweichung – BGHSt 39, 335	327
d) Aktuelle Rechtsprechung des BGH	328
5. Verdeckte Befragung	330
6. Aushorchungsfälle	330
D. Zwischenergebnisse zum Umgehungsverbot	331
V. Ergänzende Schutzrechte	332
A. Informationsrechte	332
1. Belehrung über Beschuldigungen	332
a) Allgemeine Belehrung	332
b) Belehrung bei Freiheitsentzug	334
c) Ergebnisse	334
2. Belehrung über die Aussagefreiheit	335
a) Notwendigkeit einer Belehrung	335
b) Beschuldigtenstatus	336
aa) Ausgangspunkt	336
bb) Erste Revision der subjektiven Beschuldigtentheorie	337
cc) Letzte Revision	339
dd) Ergebnisse	340
c) Vernehmungsbegriff	341
aa) Definition	341
bb) Vorgespräch	342
cc) Spontane Äußerungen	343
d) Einführung europäischer Vorgaben – sogenannte Letter of Rights	344
aa) Entwicklungsgeschichte	344
bb) Beschuldigtenstatus bei Freiheitsentzug	345
e) Zwischenergebnisse	346
3. Belehrung über das Verteidigerkonsultationsrecht	346
a) Erforderlichkeit einer Belehrung	346
b) Unvollständigkeit der StPO	347

c)	Uneinheitliche Rechtsprechung	347
d)	Neue Belehrungspflicht des § 136 Abs. 1 Satz 3 StPO	348
e)	Überholte Rechtsprechung	348
aa)	Bei fehlendem Wunsch	349
bb)	Bei ausdrücklichem Wunsch	349
f)	Zwischenergebnisse	351
B.	Recht auf Verteidigerbeistand	352
1.	Bedeutung für die Aussagefreiheit	352
2.	Rechtliche und faktische Grenzen	353
3.	Recht auf Konsultation eines Verteidigers eigener Wahl	355
a)	Grundzüge des Schutzzumfangs	355
b)	Reichweite der Sorgepflicht	356
c)	Fortsetzung der Vernehmung	357
aa)	Grenzen freiwilligen Verzichts	358
bb)	Entgegennahme spontaner Äußerungen	359
4.	Bestellung eines Pflichtverteidigers	360
a)	Voraussetzung einer Pflichtverteidigerbestellung	360
b)	Rechtsprechung des BGH	361
c)	Ergebnisse	363
5.	Zwischenergebnisse zum Recht auf Verteidigerbeistand	363
VI.	Beweisverwertungsverbote	364
A.	Erforderlichkeit eines Verwertungsverbots	364
B.	Verwertungsverbote bei Verstößen gegen die Selbstbelastungsfreiheit	365
C.	Einzelne Beweisverwertungsverbote	366
1.	Verwertungsverbote bei erzwungenen Beweismitteln	366
a)	Art. 15 UN-Antifolterkonvention	367
b)	§ 136 Abs. 3 Satz 2 StPO	368
aa)	Voraussetzungen	368
bb)	Fortwirkung	369
cc)	Fernwirkung	370
2.	Verwertungsverbote bei Verstößen gegen das Umgehungsverbot	371
3.	Verwertungsverbote bei Verstößen gegen Informationsrechte	373
a)	Unterlassene Belehrung über die Aussagefreiheit	373
b)	Unterlassene Belehrung über das Verteidigerkonsultationsrecht	373
c)	Voraussetzungen eines Verwertungsverbots	375
d)	Fortwirkung	376
4.	Verwertungsverbote bei Verstößen gegen das Verteidigerkonsultationsrecht	377
5.	Zwischenergebnisse	379
VII.	Zusammenfassung	379

Kapitel 4: Landesbericht Türkei

I. Grundzüge des Strafverfahrensrechts	390
A. Quellen des Strafverfahrensrechts	390
B. Aufbau des Strafverfahrens	391
1. Ermittlungsverfahren	392
2. Hauptverhandlung	393
3. Revisionsverfahren	393
C. Verfassungsgerichtsbarkeit	395
D. Strafrechtsliteratur	395
II. Entwicklung und Begründung der Selbstbelastungsfreiheit	396
A. Historische Entwicklung	397
1. Osmanisches Recht	397
a) Im Allgemeinen	397
b) Schariastrafrecht	398
aa) Einzelne Straftaten	398
bb) Grundzüge des Beweisrechts	399
(1) Verlauf der Beweisaufnahme	399
(2) Aussagebefugnis des Beschuldigten	400
cc) Geständnisfreiheit nach der klassischen Lehre	401
(1) Geständnis als Beweismittel	401
(2) Begründung	401
(3) Abweichung	404
dd) Geständniszwang nach dem osmanischen Recht	404
(1) Standpunkt der Juristen	404
(2) Osmanische Gesetzgebung des 15. und 16. Jahrhunderts	405
ee) Osmanische Gerichtspraxis	407
(1) Strafverfolgung wegen Diebstahls	408
(2) Unklarheiten	410
(3) Ergebnisse	411
c) Ausdrückliche Abschaffung der Folter	412
d) Strafverfahren vor Nizamiye-Gerichten	412
e) Osmanische Strafprozessordnung	414
f) Exkurs: nachteilige Verwertung des Aussageverhaltens	415
g) Ergebnisse	416
2. Recht der Türkischen Republik	416
a) Einführung der türkischen Strafprozessordnung von 1929	417
aa) Motive des Gesetzes	417
bb) Beschuldigter als Aussageperson	418
cc) Höchstrichterliche Rechtsprechung	420
dd) Literaturmeinungen	420
b) Verfassungsrechtliche Einführung des Verbots des Selbstbelastungszwangs	422

3.	Rechtswirklichkeit: Folter	423
a)	Umstände des Polizeigewahrsams im Allgemeinen	423
b)	De-facto-Charakter der Folter	426
aa)	Verbreitete und systematische Folteranwendung	426
bb)	Folter als Staatsräson bei der Bekämpfung des Terrorismus	429
cc)	Staat im Staate	430
dd)	Weitere strukturelle Probleme der Strafverfolgung	431
c)	Die Strafprozessnovelle von 1992	432
aa)	Reformforderungen	432
bb)	Änderungsgesetz von 1992	434
d)	Null-Toleranz-Politik	436
e)	Ergebnisse	438
4.	Die neue Strafprozessordnung von 2004	438
B.	Begründung der Selbstbelastungsfreiheit	440
1.	Verfassungsrechtliche Verankerung	440
a)	Spruchpraxis des tVerfG im Allgemeinen	440
b)	Verfassungsrechtliche Auslegung des Verbots des Selbstbelastungszwangs	443
aa)	Würdegehalt des Verbots des Selbstbelastungszwangs	444
(1)	Im Allgemeinen	444
(2)	Möglichkeit einer Begründung	445
(3)	Würdeverständnis des Gesetzgebers der tStPO von 2004	447
bb)	Persönlichkeitsschutz und Verbot des Selbstbelastungszwangs	449
cc)	Fairness und Verbot des Selbstbelastungszwangs	450
dd)	Ergebnisse	451
c)	Weitere Bezüge des Verbots des Selbstbelastungszwangs	452
aa)	Verteidigungsrecht und Verbot des Selbstbelastungszwangs	452
(1)	Grundzüge des Schutzzinhalts	452
(2)	Verbindung mit der Selbstbelastungsfreiheit	453
bb)	Unschuldsvermutung und Verbot des Selbstbelastungszwangs	455
(1)	Schutzzinhalt im Überblick	455
(2)	Der Zweifelsgrundsatz in der Spruchpraxis des KGH	456
cc)	Ergebnisse	458
d)	Literaturmeinungen	458
aa)	Persönliche Autonomie	458
bb)	Willensfreiheit	459
cc)	Unschuldsvermutung	460
dd)	Ergebnisse	461

e)	Verfassungsrechtliche Werteentscheidung	461
aa)	Kein subjektives Recht auf Selbstbelastungsfreiheit	461
(1)	Gölcüklü	461
(2)	Stellungnahme	462
bb)	Einfachgesetzliches Recht	463
(1)	Erem	463
(2)	Stellungnahme	464
cc)	Verfassungsrechtliches Zwangsverbot	464
(1)	Özgenç	464
(2)	Stellungnahme	466
dd)	Subjektives Recht auf Selbstbelastungsfreiheit	467
f)	Zwischenergebnisse zur verfassungsrechtlichen Begründung	468
2.	Menschenrechtliche Konventionen	469
3.	Systematik der tStPO	470
a)	Mitwirkungslehre in der tStPO von 2004	470
b)	Mitwirkungslehre in der höchstrichterlichen Rechtsprechung	472
c)	Beschuldigter als Aussageperson	472
aa)	Aussagefreiheit	472
bb)	Formelle Voraussetzungen	474
C.	Schutzbereich des Verbot des Selbstbelastungszwangs	476
1.	Unklarheiten	476
a)	Persönlicher Schutzbereich	476
b)	Sachlicher Schutzbereich	477
2.	Bedeutung des Zwangselements	478
III.	Schutz vor Aussagezwang	480
A.	Einfachgesetzliche Ausprägung	480
B.	Tatsächlicher Zwang	482
1.	Unmittelbarer tatsächlicher Zwang	482
a)	Folter und Misshandlungen	482
aa)	§ 243 tStGB von 1926.....	482
bb)	§ 94 tStGB von 2004	484
b)	Ermüdung	486
c)	Versprechen von Vorteilen und Drohung	486
d)	Täuschung	488
e)	Andere unzulässige Vernehmungsmethoden	490
f)	Ergebnisse	490
2.	Mittelbarer tatsächlicher Zwang	490
C.	Rechtlicher Zwang	492
1.	Unmittelbarer rechtlicher Zwang	492
2.	Mittelbarer rechtlicher Zwang	493
a)	Rechtliche Aspekte der Zulässigkeit in der Literatur	495
aa)	Gründe gegen eine nachteilige Verwertung	495
bb)	Gründe für eine nachteilige Verwertung	496

b)	Erheblichkeit	497
c)	Beweisrechtliche Grundsätze	498
d)	Fallgruppen	500
aa)	Vollständiges Schweigen	500
bb)	„Umdeutendes“ Geständnis	501
cc)	Zeitweises Schweigen	503
e)	Ergebnisse	504
IV.	Umgehungsverbot	504
A.	Gesetzliche Vorgaben	504
B.	Höchstrichterliche Rechtsprechung	506
1.	Zulässigkeit heimlicher Tonbandaufnahmen	506
2.	Ergebnisse verdeckter Ermittlungen	507
C.	Literaturmeinungen	508
1.	Zulässigkeit heimlicher Tonbandaufnahmen	508
2.	Verdeckte Befragung	508
3.	Zwischenergebnisse	509
V.	Ergänzende Schutzrechte	510
A.	Informationsrechte	510
1.	Belehrung über Beschuldigungen	510
2.	Belehrung über die Aussagefreiheit	510
a)	In der Polizeipraxis	511
b)	Beschuldigten- und Vernehmungsbegriff	511
aa)	Gesetzliche Definitionen	511
bb)	In der höchstrichterlichen Rechtsprechung	512
cc)	Literaturmeinungen	514
3.	Belehrung über das Verteidigerkonsultationsrecht	515
a)	Im Allgemeinen	515
b)	In der Polizeipraxis	516
B.	Recht auf Verteidigerbeistand	517
1.	Gesetzliche Ausgestaltung	517
2.	In der Polizeipraxis	518
3.	In der höchstrichterlichen Rechtsprechung	521
4.	Literaturmeinungen	522
a)	Unterbrechungspflicht	522
b)	Anwesenheit des Verteidigers	523
5.	Zwischenergebnisse	523
VI.	Beweisverwertungsverbote	524
A.	Revisionsprüfung des Kassationsgerichtshofs	524
1.	Prozessrechtsrigorismus bei Verfahrensverstößen	525
2.	Eigene Beweisaufnahme und -würdigung	526
3.	Weitere Probleme der Revisionsprüfung	528
4.	Zwischenergebnisse	530

B.	Grundzüge des Beweisrechts	531
1.	Prinzip des freien Beweissystems	531
2.	Absolutes Verwertungsverbot	532
3.	Verstöße gegen das Verbot des Selbstbelastungszwangs	533
C.	Einzelne Beweisverwertungsverbote	534
1.	Verwertungsverbote bei erzwungenen Beweismitteln	534
a)	Vor der Einführung des gesetzlichen Beweisverwertungsverbots	534
aa)	Ausdrückliche Verwertung von erfolgterten Beweisen	534
bb)	Verlesungsverbot	536
b)	Nach der Strafprozessnovelle von 1992	538
aa)	Zulässigkeitskriterien	538
bb)	Konkrete Anwendung	540
c)	Abweichende Rechtsprechung	543
d)	Nachweis des Aussagezwangs bei der polizeilichen Vernehmung	544
2.	Verwertungsverbote bei Verstößen gegen das Umgehungsverbot	546
3.	Verwertungsverbote bei Verstößen gegen Informationsrechte	546
a)	Im Allgemeinen	546
b)	Frage der Verwertbarkeit	548
4.	Verwertungsverbote bei Verstößen gegen das Verteidigerkonsultationsrecht	550
a)	Ausdrückliches Verwertungsverbot	550
b)	Höchststrichterliche Rechtsprechung	550
VII.	Zusammenfassung	552

Kapitel 5: Rechtsvergleich

I.	Die EMRK als Vergleichsmaßstab	561
A.	Mindeststandards eines gemeineuropäischen Strafverfahrensrechts	561
B.	Geltung der EMRK in den zu vergleichenden Rechtsordnungen	562
1.	Deutsches Recht	562
2.	Türkisches Recht	563
II.	Entwicklung und Begründung der Selbstbelastungsfreiheit	565
A.	Strukturelle Unterschiede im deutschen und türkischen Strafverfahrensrecht	565
B.	Besonderheiten der Rechtsprechung des EGMR	566
C.	Historische Entwicklung	567
1.	Mittelalter	567
2.	Reformen im 19. Jahrhundert	568
3.	Rezeption der dStPO in der Türkei	569
4.	Straßburger Bilanz	570
D.	Begründung der Selbstbelastungsfreiheit	571
1.	Freiheitsrechtliche Begründung	572

a)	Willensfreiheit	572
b)	Selbstschutz	574
2.	Prozessrechtliche Begründung	575
a)	Schutz vor Justizirrtümern	575
b)	Negatives Verteidigungsrecht	576
c)	Erfordernis eines fairen Verfahrens	577
d)	Erfordernis der Unschuldsvermutung	578
E.	Schutzbereich und Definition der Selbstbelastungsfreiheit	578
1.	Gegenstand der Selbstbelastungsfreiheit	578
2.	Kernschutzbereich	579
3.	Umgehungsverbot	580
4.	Ergänzende Schutzrechte	580
5.	Anwendbarkeitskriterien	581
III.	Schutz vor Aussagezwang	582
A.	Grundzüge des Schutzzumfangs	582
B.	Tatsächlicher Zwang	583
1.	Verbotene Vernehmungsmethoden	583
2.	Freiwilligkeit eines Geständnisses	585
3.	Mittelbarer Zwang	587
4.	Rechtstatsächlichkeit	587
C.	Rechtlicher Zwang	588
1.	Unmittelbarer rechtlicher Zwang	588
2.	Mittelbarer rechtlicher Zwang	589
a)	Rechtliche Aspekte	589
b)	Grenzen der Beweiswürdigung	590
IV.	Umgehungsverbot	593
A.	Tatprovokation	593
B.	Aushorchungsfälle	593
C.	Abhörfälle	594
D.	Abhören durch aktive Täuschung	594
V.	Ergänzende Schutzrechte	595
A.	Beschuldigtenstatus	595
1.	Im Allgemeinen	595
2.	Allgemeine Beschuldigtenlehre	596
3.	Abgrenzung	597
4.	Intensität des Verdachts	597
5.	Schutz der Aussagefreiheit	598
B.	Vernehmungsbegriff	599
1.	Im Allgemeinen	599
2.	Formeller Vernehmungsbegriff	600
C.	Informationsrechte	601
1.	Belehrung über Beschuldigungen	601

2.	Belehrung über die Aussagefreiheit	602
3.	Belehrung über das Verteidigerkonsultationsrecht	603
D.	Recht auf Verteidigerbeistand	604
1.	Grundzüge der Regelung	604
2.	Zeitpunkt	605
3.	Unterbrechungspflicht	606
4.	Hilfspflicht	607
5.	Anwesenheitsrecht	608
6.	Recht auf einen unentgeltlichen Verteidiger	609
a)	Bestellung eines Pflichtverteidigers	609
b)	Bestellung eines Rechtshilfeverteidigers	610
c)	Anwaltlicher Notdienst	611
VI.	Beweisverwertungsverbote	611
A.	Grundlagen	611
B.	Verstöße gegen die Selbstbelastungsfreiheit	612
C.	Einzelne Verwertungsverbote	613
1.	Verwertungsverbote bei Verstößen gegen das Verbot eines Aussagezwangs	613
a)	Unmittelbarer tatsächlicher Zwang	613
aa)	Folter und Misshandlungen	613
bb)	Weitere unzulässige Vernehmungsmethoden	614
cc)	Kausalität – qualifizierte Belehrung	615
dd)	Nachweis	615
b)	Unmittelbarer rechtlicher Zwang	616
2.	Verwertungsverbote bei Verstößen gegen das Umgehungsverbot	616
3.	Verwertungsverbote bei Verstößen gegen Informationsrechte	617
a)	Unterlassene Belehrung über die Aussagefreiheit oder das Verteidigerbeistandsrecht	617
b)	Formelle Voraussetzungen eines Beweisverwertungsverbots	618
4.	Verwertungsverbote bei Verstößen gegen das Verteidigerkonsultationsrecht	619
VII.	Schlussbetrachtung	620
	Anhang: Gesetzestexte	624
	Literaturverzeichnis	638

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Auffassung
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABD	Ankara Barosu Dergisi (Zeitschrift der Anwaltskammer Ankara)
Abs.	Absatz
Absch.	Abschnitt
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte
a.F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
AL	Albanien
Alt.	Alternative
AM	Armenien
AMRK	Amerikanische Menschenrechtskonvention
Anm.	Anmerkung
Annales	Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul
AnwBl.	Anwaltsblatt
AO	Abgabeordnung
Art.	Artikel
AsYCD	Askeri Yargıtay Ceza Dairesi (Strafsenat des Militärkassationsgerichtshofs)
AsYDK	Askeri Yargıtay Daireler Kurulu (Großer Senat des Militärkassationsgerichtshofs)
AT	Österreich
AÜEHFD	Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi (Zeitschrift der Juristischen Fakultät der Atatürk-Universität, Erzincan)
AYD	Askeri Yargıtay Dergisi (Zeitschrift des Militärkassationshofs)
AYM	Anayasa Mahkemesi (Verfassungsgericht)
AYMKD	Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi (Zeitschrift der Verfassungsgerichtsentscheidungen)

AZ	Aserbaidsschan
Az.	Aktenzeichen
BayObLG	Bayrisches Oberstes Landesgericht
BayObLGSt	Entscheidungen des BayObLG in Strafsachen
Bd.	Band
BE	Belgien
BeckOK-GG	Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz
BeckOK-StPO	Beck'scher Online-Kommentar Strafprozessordnung
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Beschl.	Beschluss
Beschw.	Beschwerde
BG	Bulgarien
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHR	Sammlung der BGH-Rechtsprechung in Zivil- und Strafsachen
BGHSt	Entscheidungen des BGH in Strafsachen
BK	Bonner Kommentar
BT	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des BVerfG
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
Cardozo L.Rev.	Cardozo Law Review
CAT	Committee Against Torture
CCPR	Covenant on Civil and Political Rights
CCZ	Corporate Compliance (Zeitschrift)
CD	Collection of Decisions, European Commission of Human Rights
CDDH	Comité directeur pour les Droits de l'Homme
CH	Schweiz
CHD	Ceza Hukuku Dergisi (Zeitschrift für Strafrecht)
CLJ	Cambridge Law Journal
Colum. J. Eur. L.	Columbia Journal of European Law
CPT	European Committee for the Prevention of Torture and inhuman or Degrading Treatment or Punishment
Crim.L.R.	Criminal Law Review
C.S.L.R.	Cambridge Student Law Review

XXX

Abkürzungsverzeichnis

CY	Zypern
CZ	Tschechien
DAV	Deutscher Anwaltsverein
DE	Deutschland
ders.	derselbe
DK	Dänemark
DRIZ	Deutsche Richterzeitung
dStPO	deutsche Strafprozessordnung
D&R	Decisions and Reports, European Commission of Human Rights
E.	Esas (Aktenzeichen)
ebd.	ebenda
EE	Estland
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
E.H.R.L.R.	European Human Rights Law Review
Einl.	Einleitung
EJIL	European Journal of International Law
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
Entsch.	Entscheidung
ES	Spanien
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EÜHFD	Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Zeitschrift der Juristischen Fakultät der Universität Erzincan)
f./ff.	folgende/fortfolgende
FG	Festgabe/Finanzgericht
FI	Finnland
Fn.	Fußnote
FR	Frankreich
FS	Festschrift
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GB	Großbritannien
GE	Georgien
Ges.	Gesetz
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls

GK	Große Kammer
GR	Griechenland
GrS	Großer Senat
GS	Gedenkschrift
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HPD	Hukuki Perspektifler Dergisi (Zeitschrift für juristische Perspektiven)
h.M.	herrschende Meinung
HR	Kroatien
HRRS	Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht (Online-Zeitschrift)
Hrsg.	Herausgeber
HU	Ungarn
HUDOC	Human Rights Documentation
hukuktürk	Hukuk Bilgi Bankası (Juristische Datenbank)
İAD	İslami Araştırmalar Dergisi (Zeitschrift für Forschungen zum Islam)
ICCPR	International Covenant on Civil and Political Rights
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
i.d.F.	in der Fassung
IE	Irland
İHMD	İnsan Hakları Merkezi Dergisi (Zeitschrift des Menschenrechtszentrums)
İHY	İnsan Hakları Yıllığı (Menschenrechtsjahrbuch)
IPBPR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte
ISAM	İslam Araştırmaları Merkezi (Zentrum für islamische Studien)
i.S.d.	im Sinne des
Isr. L. Rev.	Israel Law Review
i.S.v.	im Sinn von
IT	Italien
İÜHFEM	İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası (Zeitschrift der Juristischen Fakultät Istanbul)
Ius commune	Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinn
JA	Juristische Arbeitsblätter für Ausbildung und Examen

Jh.	Jahrhundert
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
K.	Karar (Urteil, Entscheidung)
Kap.	Kapitel
kararevi	Kararevi Arama Motoru (Kararevi Suchmaschine)
kazancı	Kazancı Bilgi Bankası (Kazancı Datenbank)
KG	Kammergericht (Berlin)
KGH	Kassationsgerichtshof
KHukA	Kamu Hukuku Arşivi (Archiv des Öffentlichen Rechts)
KK-StPO	Karlsruher Kommentar zur StPO und zum GVG
KMR-StPO	Kleinknecht/Müller/Reitberger, Kommentar zur StPO
Kriminalistik	Kriminalistik, Zeitschrift für die gesamte kriminalistische Wissenschaft und Praxis
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
LAG	Landesarbeitsgericht
legalbank	Elektronik Hukuk Bankası (juristische Datenbank)
LG	Landgericht
LI	Liechtenstein
lit.	litera, Buchstabe
LR-StPO	Löwe-Rosenberg Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz
LT	Litauen
LU	Luxemburg
LV	Lettland
LVerf.	Landesverfassung
MD	Moldawien
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MK	Mazedonien
MKGH	Militärkassationsgerichtshof
MRA	Menschenrechtsausschuss
MT	Malta

MÜHAD	Marmara Üniversitesi Hukuki Araştırmalar Dergisi (Zeitschrift der Marmara Universität für Rechtsstudien)
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NE	Niger
NI	Nicaragua
NJECL	New Journal of European Criminal Law
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport
NL	Niederlande
NO	Norwegen
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht – Rechtsprechungs-Report Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
O.J.L.S.	Oxford Journal of Legal Studies
OLG	Oberlandesgericht
OpenJur	http://openjur.de/
OrgKG	Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität
oStPO	Osmanische Strafprozessordnung
PH	Philippinen
PL	Polen
Prä.	Präambel
PT	Portugal
RA	Rechtsprechungsauswertung
R.G.	Resmi Gazete (Amtsblatt)
RGSt	Reichsgericht in Strafsachen
RiStBV	Richtlinien über das Straf- und Bußgeldverfahren
Rn.	Randnummer(n)
RO	Rumänien
RS	Serbien
RStPO	Reichsstrafprozessordnung
RU	Russland

SBFD	Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (Zeitschrift der Fakultät für Politikwissenschaft)
SE	Schweden
SJZ	Die Schweizerische Juristen-Zeitung
SK	Slowakei
SK-StPO	Systematischer Kommentar zur StPO
StGB	Strafgesetzbuch
StK-GG	Studienkommentar zum GG
StK-StPO	Studienkommentar zur StPO
StPNov	Strafprozessnovelle
StPO	Strafprozessordnung
StraFO	Strafverteidiger Forum
StRR	StrafRechtsReport
StV	Der Strafverteidiger
SÜHFD	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Zeitschrift der Juristischen Fakultät der Universität Selçuk)
TBBD	Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Zeitschrift des Verbands der türkischen Anwaltskammern)
tOrgKG	Türkisches Gesetz zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität)
TJ	Tadschikistan
TR	Türkei
TSA	Türkiye Sosyal Araştırmalar Dergisi (Zeitschrift für sozialwissenschaftliche Studien)
tStGB	Türkisches Strafgesetzbuch
tStPO	Türkische Strafprozessordnung
tVerf.	Türkische Verfassung
tVerfG	Türkisches Verfassungsgericht
u.	und
u.a.	unter anderem/und andere
UA	Ukraine
UN	United Nations
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
UYAP	Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (Nationales Justiz-Netzwerk)

UZ	Usbekistan
v.	vom
VerfKlg	Verfassungsklage
vgl.	vergleiche
Vor.	Vorbemerkung
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
YB	Yearbook of the European Convention on Human Rights
YCD	Yargıtay Ceza Dairesi (Strafsenat des Kassationsgerichtshofs)
YCGK	Yargıtay Ceza Genel Kurulu (Großer Strafsenat des Kassationsgerichtshofs)
YD	Yargı Dergisi (Zeitschrift der Justiz)
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi (Zeitschrift der Kassationsgerichtshofsentscheidungen)
z.B.	zum Beispiel
ZDGM	Zeitschrift der Deutschen Morgenländischen Gesellschaft
ZE	Zulässigkeitsentscheidung
ZIS	Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZPO	Zivilprozessordnung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Kapitel 1

Einführung

I. Gegenstand der Untersuchung

A. Selbstbelastungsfreiheit

Der Beschuldigte nimmt in einem Strafverfahren unterschiedliche Rollen ein. Einerseits bedroht ihn das Strafverfahren mit Zwangsmaßnahmen und Sanktionen. Andererseits ist er eine Auskunftsperson, deren Aussagen bei der Aufklärung der ihm zur Last gelegten Straftat von Bedeutung sind. Insofern steht er auf zweierlei Weise im Visier des Strafverfahrens. Im reformierten Inquisitionsverfahren, dessen Grundzüge im kontinentaleuropäischen Rechtskreis auf den französischen *Code d'instruction criminelle* von 1808 zurückgehen, wird eine rechtliche Auskunftspflicht des Beschuldigten verneint. Denn der Zwang des Beschuldigten, sich selbst zu belasten, entspräche nicht dem Leitbild eines liberalen Freiheitsverständnisses, welches jeden Menschen als Person achtet und ihm auch im Strafverfahren eine Subjektstellung zuerkennt.¹ Diese Rechtsstellung des Beschuldigten kommt in dem Rechtsgrundsatz des *nemo tenetur se ipsum accusare* (im Folgenden: *nemo tenetur*) zum Ausdruck, der mittlerweile einen festen Bestandteil der internationalen Menschenrechtsverträge bildet.² Hiernach darf niemand gezwungen werden, sich selbst zu belasten.

Sowohl im türkischen Recht (Art. 36 Abs. 5 tVerf)³ als auch im deutschen Recht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) genießt die Selbstbelastungsfreiheit Verfassungsrang.⁴ Ihre völkerrechtliche Verankerung erfolgt insbesondere durch § 14 Abs. 3 lit. g des Internationalen Pakts für bürgerliche und politische Rechte. Außerdem hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (im Folgenden: EGMR

¹ SK-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 60; Peters, S. 67; 303; Bosch, Aspekte, S. 96 f.; Wolff, S. 26; Aselmann, S. 30; Rau, S. 54; siehe außerdem unten Kap. 3, II.A.2.

² So etwa Art. 14 Abs. 3 lit. g Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte von 1949; Art. 8 Abs. 2 lit. g Amerikanische Menschenrechtskonvention vom 22.11.1969; Art. 55 Abs. 1 lit. a des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs vom 17.07.1998; Art. 16 Abs. 1 Nr. 6 Arabische Menschenrechtscharta vom 22.05.2004; hierzu mehr unten Kap. 2, II.A.2.

³ AYM Entsch. v. 31.01.2007 E. 2004/31 K. 2007/11, R.G. v. 08.05.2007 – 26526; Erdem, S. 265; Özbek u.a., S. 71; siehe außerdem unten Kap. 4, II.B.1.

⁴ BVerfG NJW 2013, 1058, 1061; BGHSt 53, 294, 305; 52, 11, 17; so auch die h.M. in der Literatur, SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 66; LR-StPO-Gleiß, § 136 Rn. 27; Bosch, Aspekte, S. 18; Verrel, S. 4; hierzu mehr unten Kap. 3, II.B.2.

oder Gerichtshof) das Privileg, sich nicht selbst belasten zu müssen, als einen Anspruch des Beschuldigten auf ein faires Verfahren gemäß Art. 6 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (im Folgenden: EMRK) zu einem festen Bestandteil der Konvention erklärt.⁵

B. Probleme der Auslegung und Umsetzung

Auch wenn hinsichtlich der Geltung der Selbstbelastungsfreiheit in den genannten Rechtsordnungen keine Zweifel bestehen, so sind doch die Einzelheiten ihrer Reichweite nicht unumstritten.⁶ Außerdem begegnet ihre Gewährleistung in der Rechtsstatsächlichkeit immer wieder Problemen. So war die Polizeipraxis in der Türkei noch bis Anfang der 2000er Jahre durch eine verbreitete Anwendung von Folter- und Misshandlungsmethoden gekennzeichnet,⁷ die auch der EGMR durch zahlreiche Verurteilungen mehrmals beanstandete.⁸ Deshalb rief die Regierung 2003 die sogenannte Null-Toleranz-Politik gegen Folter ins Leben.⁹ Im Zuge der EU-Beitrittsverhandlungen verabschiedete das türkische Parlament 2004 außerdem die türkische Strafprozessordnung Nr. 5271, um u.a. massiven Menschenrechtsverletzungen im Polizeigewahrsam vorzubeugen, indem ein großer Teil der Einschränkungen der Rechte von Beschuldigten abgeschafft wurde.¹⁰ Es stellt sich nun die Frage, ob eine jahrelang durch Folter geprägte Strafjustizpraxis, auch mit gutem Willen, so leicht aus der Welt geschafft werden kann.

In Deutschland ist die Selbstbelastungsfreiheit keinen vergleichbaren Gefahren ausgesetzt. Wie es auch aus den zwei Entscheidungen des EGMR bezüglich der Gewährung der Selbstbelastungsfreiheit in Deutschland ersichtlich ist, sind die entsprechenden Diskussionen in erster Linie rechtsdogmatischer Natur. So traten im

⁵ EGMR *Baran und Hun ./. TR* Urt. v. 20.05.2010 § 68; zur Anerkennung der Selbstbelastungsfreiheit siehe EGMR *Funke ./. FR* Urt. v. 25.02.1993 § 44; hierzu mehr unten Kap. 2, II.B.4.

⁶ Siehe unten für die EMRK Kap. 2, II.C; deutsches Recht Kap. 3, II; türkisches Recht Kap. 4, II.B.1.f).

⁷ CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 07. bis 15.09.2003, Rn. 8 ff.; Bericht des UN-Antifolterkomitees, Bericht v. 02. bis 05.05.2003 CAT A/58/44 (2003) Rn. 121; hierzu ausführlich siehe unten Kap. 4, II.A.3.

⁸ So etwa EGMR *Aksoy ./. TR* Urt. v. 18.12.1996 § 64; EGMR *Aydın ./. TR* Urt. v. 25.09.1997 § 86; EGMR *Çakıcı ./. TR* Urt. v. 08.07.1999 § 92; EGMR *Akkoç ./. TR* Urt. v. 10.10.2000 § 116; EGMR *Salman ./. TR* Urt. v. 27.06.2000 § 113; EGMR *İlhan ./. TR* Urt. v. 27.06.2000 § 86; EGMR *Batu und andere ./. TR* Urt. v. 03.06.2004 § 117; EGMR *Baran und Hun ./. TR* Urt. v. 20.05.2010 §§ 52 ff.

⁹ Siehe UN-Antifolterkomitee Bericht v. 30.06.2009 CAT/C/TUR/3 Rn. 4; siehe außerdem unten Kap. 4, II.A.3.d).

¹⁰ R.G. v. 17.12.2004 – 25673; Bericht des Rechtsausschusses des türkischen Parlaments über die Begründung der neuen tStPO; *Şahin*, Gazi Şerhi, S. 68 f.; *Eryılmaz*, ABD 3/2006, 42; hierzu siehe auch unten Kap. 4, II.A.4.

Fall *Jalloh* die Unterschiede zwischen dem deutschen und dem Straßburger Nemo-tenetur-Ansatz zutage.¹¹ Hierbei verurteilte der EGMR Deutschland, weil der Einsatz von Brechmitteln bei einem Beschuldigten zur Beweiserlangung gegen die konventionsrechtliche Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK verstoße.¹² Die beklagte Ermittlungsmaßnahme war vorher in der erfolglosen Revision beim BGH und als nicht zur Entscheidung angenommene Verfassungsbeschwerde beim BVerfG für menschenrechtlich unbedenklich erklärt worden.¹³ Im Fall *Gäfgen* stellte dagegen der EGMR keine Verletzung der konventionsrechtlichen Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK fest, weil bereits das Tatgericht das unter Verstoß gegen Art. 3 EMRK sowie § 136 Abs. 1 StPO erlangte Geständnis des Beschuldigten für unverwertbar erklärt hatte.¹⁴ Von großer Bedeutung war außerdem die Frage der Fernwirkung dieses Verwertungsverbots dahingehend, ob auf diese Weise erlangte Sachbeweise ebenfalls hierunter fallen. Der Gerichtshof hat dies für die Umstände dieses Falles verneint. Die höchstrichterliche Rechtsprechung in Deutschland scheint allerdings die besagte Fernwirkung generell in Frage zu stellen.¹⁵

C. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands

In Anbetracht der oben dargelegten aktuellen Debatte um die Selbstbelastungsfreiheit in den beiden Rechtsordnungen fokussiert sich die vorliegende Arbeit primär auf ihre Gewährleistung im gemeinsamen Problembereich, nämlich in der polizeilichen Befragung des Beschuldigten.¹⁶ Diese thematische Abgrenzung macht es jedoch nicht überflüssig, diesen Grundsatz auch in seinem allgemeinen Schutzbereich zu untersuchen. Im Gegenteil ist dies notwendig, um die Reichweite der Aussagefreiheit als seine spezielle Ausprägung bei der polizeilichen Befragung gegenüber seiner Gesamtheit sachgerecht einzuordnen.

Die gemeinsame Basis für die Bestimmung der Fragen, die im Zusammenhang mit der Aussagefreiheit bei der polizeilichen Befragung für die Türkei und Deutschland zu behandeln sind, bildet die EMRK. Als Vertragsstaaten haben beide

¹¹ Hierzu siehe *Gaede*, HRRS 7/2006, 248; *Renzikowski*, FS für Amelung, S. 685.

¹² EGMR *Jalloh* ./ DE Ur t. v. 11.07.2006 § 114 ff.; zu Einzelheiten siehe unten Kap. 2, II.B.4.b).

¹³ BVerfG Beschl. v. 15.09.1999 – 2 BvR 2360/95 = NS tZ 2000, 96; so auch im Ergebnis KG StV 2002, 124; desgleichen OLG Bremen, NS tZ-RR 2000, 270; a.A. OLG Frankfurt, NJW 1997, 1647 ff.; hierzu siehe auch unten Kap. 3, II.B.2.d)bb).

¹⁴ EGMR *Gäfgen* ./ DE Ur t. v. 01.07.2010 § 179.

¹⁵ BGH NJW 2011, 1523; hierzu siehe unten Kap. 3, VI.B.1.a).

¹⁶ Der Begriff der Befragung wird hier und im gesamten Einführungskapitel etwa im Gegensatz zum Vernehmungsbegriff in nationalen Rechtsordnungen inhaltsneutral verwendet. Er umfasst somit sowohl die offene als auch die verdeckte Auskunfterlangung durch Ermittlungsorgane.

Länder die völkerrechtliche Verpflichtung,¹⁷ dem Beschuldigten bei der polizeilichen Befragung das Recht auf Aussagefreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK zu gewähren. Trotz der fehlenden Regelung in Art. 6 EMRK besteht nach dem EGMR kein Zweifel, dass das Recht auf Schweigen und das Privileg der Selbstbelastungsfreiheit allgemein anerkannte internationale Standards sind, welche im Zentrum eines fairen Verfahrens i.S.v. Art. 6 EMRK stehen.¹⁸ Das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen, gründet primär auf dem Respekt vor dem Willen einer angeklagten Person zu schweigen.¹⁹ Der Beschuldigte darf dementsprechend nicht dazu gezwungen werden, eine Erklärung abzugeben. Im weiteren Sinn umfasst es, dass der Beschuldigte keinem Zwang ausgesetzt werden darf, den staatlichen Behörden materielle Beweise zu liefern.²⁰

Abgesehen von diesem Kernschutzbereich hat der EGMR die Geltung der konventionsrechtlichen Aussagefreiheit auch bei einer verdeckten Befragung des Beschuldigten bejaht. Denn diese könne seine Wahlfreiheit zwischen Schweigen und Aussagen bei einer regulären Befragung effektiv unterlaufen.²¹ Bei näherer Betrachtung der EMRK im Lichte der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergeben sich darüber hinaus ergänzende Schutzrechte, die dem Beschuldigten eine wirksame Ausübung seiner Aussagefreiheit bei der polizeilichen Befragung ermöglichen. Hierzu gehören zum einen einige Informationsrechte, konkret seine Belehrung über die gegen ihn erhobenen Beschuldigungen (siehe Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK),²² über die Aussagefreiheit²³ und das Verteidigerkonsultationsrecht (siehe Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK).²⁴ Zum anderen hat er, wie die Belehrung andeutet, das Recht auf die Konsultation eines Verteidigers bei der polizeilichen Befragung (siehe Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK).²⁵ Schließlich lassen sich aus der Rechtsprechung des EGMR konventionsrechtliche Beweisverwertungsverbote ableiten, wenn Aussagen des Be-

¹⁷ In Kraft getreten für Deutschland am 03.09.1953. BGBl 1952 II, 685; für die Türkei Ratifizierungsgesetz v. 10.03.1954 Ges. Nr. 6366, R.G. v. 19.03.1954 – 8662; zur rechtlichen Geltung in beiden Ländern mehr siehe unten Kap. 5, I.B.

¹⁸ EGMR *John Murray ./. GB* Ur. v. 08.02.1996 § 45.

¹⁹ EGMR *Jalloh ./. DE* Ur. v. 11.07.2006 § 102; hierzu ausführlich unten Kap. 2, III.A.

²⁰ EGMR *Jalloh ./. DE* Ur. v. 11.07.2006 § 111; siehe außerdem unten Kap. 2, II.B.4.b).

²¹ EGMR *Allan ./. GB* Ur. v. 05.11.2002 § 50 = in Leitsätzen HRRS 3/2003, 37; hierzu mehr unten in Kap. 2, IV.

²² Vgl. EGMR *Erdem und andere ./. TR* ZE v. 14.12.2000 § 2 Recht; zu Einzelheiten siehe unten Kap. 2, V.B.1.

²³ EGMR *Aleksandr Zaichenko ./. RU* Ur. v. 18.02.2010 §§ 52 ff.; EGMR *Navone und andere ./. FR* Ur. v. 24.10.2013 §§ 74 ff.; hierzu mehr unten in Kap. 2, V.B.2.

²⁴ Vgl. EGMR *Panovits ./. CY* Ur. v. 11.12.2008 § 67 ff.; siehe auch unten Kap. 2, V.B.3.

²⁵ Hierzu stellvertretend EGMR *Salduz ./. TR* Ur. v. 27.11.2008 § 55; hierzu ausführlich siehe unten Kap. 2, V.C.

schuldigten bei einer polizeilichen Befragung unter Verstoß gegen die genannten Ausprägungen der Selbstbelastungsfreiheit zustande gekommen sind.²⁶

II. Forschungsstand

Die deutsche Literatur hat sich mit dem Grundsatz des *nemo tenetur* und seiner speziellen Ausprägung der Aussagefreiheit des Beschuldigten ausführlich auseinandergesetzt. Stellvertretend seien hier folgende Hauptwerke genannt: Nach der ersten umfangreichen Abhandlung von *Rogall* (bereits 1977) „Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst“ erschien 1997 die Dissertation von *Bosch* mit dem Titel „Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht“, diesem folgte 2001 die Habilitationsschrift von *Verrel*, „Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren“. Dann veröffentlichte *Kölbel* 2005 das Werk „Selbstbelastungsfreiheiten – Der nemo-tenetur-Satz im materiellen Strafrecht“. 2007 brachte *Eidam* die Dissertation mit dem Titel „Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts“ heraus. Mit einzelnen Fragen der Selbstbelastungsfreiheit befassen sich außerdem *Roschmann* (1981) in seiner Dissertation „Das Schweigerecht des Beschuldigten im Strafprozess, seine rechtlichen und faktischen Grenzen“, *Rau* in seinem Werk „Schweigen als Indiz der Schuld“ von 2004 und *Mahlstedt* in „Die verdeckte Befragung des Beschuldigten im Auftrag der Polizei“ von 2011.

Die türkische Strafrechtswissenschaft hingegen verfügt über keine vergleichbare Breite an Literaturbestand. Es liegen lediglich zwei Masterarbeiten vor, nämlich von *İnceoğlu* mit dem Titel „Suçsuzluk Karinesi ve Susma Hakkı“ (Unschuldvermutung und Schweigerecht) aus dem Jahr 2000 und von *İtişgen* mit dem Titel „Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi) ve Susma Hakkı“ (Das Prinzip des Verbots des Selbstbelastungszwangs [Nemo-tenetur-Grundsatz] und das Schweigerecht) von 2013. Insofern besteht ein dringender Forschungsbedarf im türkischen Recht. Die vorliegende Arbeit kommt diesem nach, und es ist davon auszugehen, dass insbesondere die ausführlichen Erörterungen des deutschen Rechts für die türkische Strafrechtswissenschaft einen wichtigen Anreiz dafür schaffen, diese Forschungslücke zu schließen.

Außerdem hat die Rechtsprechung des Gerichtshofs bezüglich der konventionsrechtlichen Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK in der türkischen Literatur bisher kaum Beachtung gefunden. In dieser Hinsicht dürfte die vorliegende Arbeit in der Türkei dazu anregen, das Thema aufzugreifen. In der deutschen

²⁶ Vgl. EGMR *Harutyunyan* ./ AM Ur t. v. 28.06.2007 § 67; EGMR *Allan* ./ GB Ur t. v. 05.11.2002 §§ 50–52; EGMR *Aleksandr Zaichenko* ./ RU Ur t. v. 18.02.2010 § 59 f.; EGMR *Martin* ./ EE Ur t. v. 30.05.2013 § 96; hierzu ausführlich unten Kap. 2, VI.B.

Literatur dagegen ist das Thema zwar bekannt, jedoch relativ neu. Soweit ersichtlich, wurden ihm zwei Abhandlungen gewidmet, nämlich die von *Guder* in „Die repressive Hörfalle im Lichte der Europäischen Menschenrechtskonvention“ von 2007 und die von *Schneider* mit dem Titel „Beweisverbote aus dem Fair-Trial-Prinzip des Art. 6 EMRK. Der Nemo-tenetur-Grundsatz im Lichte der EMRK“ aus dem Jahr 2013. Hieran lässt sich erkennen, dass in der deutschen Literatur die konventionsrechtliche Selbstbelastungsfreiheit weder im Allgemeinen noch im Besonderen auf die polizeiliche Befragung des Beschuldigten zugeschnitten behandelt wurde. Dasselbe gilt für die Literatur beider Länder bezüglich des Gegenstands der vorliegenden Arbeit, sowohl bei ihrem horizontalen Rechtsvergleich als auch beim vertikalen mit der EMRK.

III. Ziele der Untersuchung

Um diesem Forschungsdefizit abzuhelpen und den oben konkretisierten Gegenstand der Untersuchung sachgerecht weiter auszuführen, hat die vorliegende Arbeit folgende Ziele:

1. Sie soll die historische Entwicklung und die rechtsdogmatische Begründung der Selbstbelastungsfreiheit in den einzelnen Rechtsordnungen unter Berücksichtigung ihrer teleologischen, systematischen und verfassungsrechtlichen Aspekte eruieren. Im Licht der hierdurch gewonnenen Erkenntnisse soll dann der allgemeine Schutzbereich der Selbstbelastungsfreiheit bzw. ihre Definition in der jeweiligen Rechtsordnung herausgearbeitet werden.

2. Nach der Behandlung allgemeiner Fragen der Selbstbelastungsfreiheit wird sich die Arbeit speziell und vertiefend der konkreten Reichweite der Aussagefreiheit bei der polizeilichen Befragung in den jeweiligen Rechtsordnungen widmen. Zwar sind die einzelnen Ausprägungen der Aussagefreiheit weitestgehend rechtlich verankert. Ihre Gewährung geht aber unmittelbar damit einher, inwiefern sie in der Rechtsprechung sowie Literatur konkretisiert sind. Die vorliegende Arbeit beabsichtigt daher nicht, die Untersuchungen bei rechtsdogmatischen Ausführungen bewenden zu lassen. Im Gegenteil soll eine Bestandsaufnahme von der Geltung der Aussagefreiheit herausgearbeitet werden, wie sie bereits in der Rechtsanwendung eine echte Gestalt gefunden hat. Insbesondere hinsichtlich der konventionsrechtlichen Reichweite ist dies notwendig, da der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte mittlerweile eine ausgiebige Case-Law-Praxis ausübt und es für die nationalen Rechtsordnungen unvermeidbar ist, sich mit den Einzelheiten seines Case Laws vertraut zu machen, um daraus konkrete Vorgaben abzuleiten. Diese Ziele erfordern zum Teil eine umfangreiche, detaillierte und differenzierte Rechtsprechungsanalyse, die unter Umständen lange Ausführungen bezüglich einer konkreten Frage zur Folge haben und für den sachkundigen Leser ermüdend wirken kann. Dies ist

jedoch in Anbetracht des genannten Ziels in Kauf zu nehmen. Außerdem soll eine Strukturanalyse vorgenommen werden, um systemimmanente Gründe der unterschiedlichen Gewährleistungsinhalte der einzelnen Ausprägungen der Aussagefreiheit festzustellen. So gilt es etwa zu untersuchen, inwiefern die Strafverfolgungsmethode „Vom Beschuldigten zum Schuldnachweis“, die in der Ermittlungspraxis der türkischen Polizei jahrelang angewendet wurde, Einfluss auf die Gewährung der Aussagefreiheit des Beschuldigten bei der polizeilichen Befragung genommen hat.²⁷

3. Anhand der Ergebnisse im deutschen und türkischen Recht prüft die Arbeit, welche Gemeinsamkeiten oder Unterschiede sich bei der Begründung der Selbstbelastungsfreiheit durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte im Vergleich zu den Begründungen der beiden Rechtsordnungen feststellen lassen und ob und wie sich diese bei der Bestimmung des Schutzzumfangs der Selbstbelastungsfreiheit auswirken. Im Einzelnen fragt der vertikale Rechtsvergleich außerdem danach, ob die beiden Länder bezüglich der Aussagefreiheit des Beschuldigten bei der polizeilichen Befragung den Mindeststandards der Europäischen Menschenrechtskonvention genügen.

4. Durch einen horizontalen Rechtsvergleich wird die Arbeit der Frage nachgehen, welche Divergenzen und Konvergenzen hinsichtlich des allgemeinen sowie des speziellen Gegenstands der Untersuchung vorhanden sind. Der Rechtsvergleich zwischen dem deutschen und dem türkischen Recht ist insbesondere deshalb angebracht, weil die Strafprozessordnungen beider Länder in einer sehr engen historischen Verbindung stehen. So hat die deutsche Strafprozessordnung zuletzt 2004 bei der Entstehung der neuen türkischen Strafprozessordnung (Ges. Nr. 5271) eine große Rolle gespielt.²⁸ Bereits 1929 hatte die Türkei die deutsche Strafprozessordnung aus dem Jahr 1877 ins türkische Recht übernommen.²⁹ Das türkische Strafprozessrecht steht daher auch in Lehre und Rechtsprechung stark unter dem Einfluss des deutschen.³⁰ Die ähnlichen Strukturen und die ähnliche Terminologie der beiden Strafprozessordnungen erleichtern außerdem den funktionalen Rechtsvergleich.

²⁷ Vgl. YCGK Urt. v. 22.03.1976 E. 1976/8-100 K. 1976/133 (kazancı); *Öztiirk*, Beweisverbote, S. 87 („Mutter aller Folter“); hierzu siehe unten Kap. 4, II.A.3.b)dd).

²⁸ Siehe etwa Begründung des 78 tStPO des Entwurfs, S. 39, Protokollzeitschrift 22. Periode Bd. 66.

²⁹ Vorbereitende Arbeiten, S. 2 ff.; Protokollzeitschrift 3. Periode 10. Band 48. Sitzung, S. 19; hierzu siehe auch *Rumpf*, S. 152; zu Einzelheiten siehe unten Kap. 4, II.A.2.a).

³⁰ Zur Berücksichtigung der ausländischen Literatur durch die türkische Strafrechtswissenschaft siehe auch *Tellenbach*, Strafrechtsreformen, S. 1693; siehe außerdem unten Kap. 4, I.D).

IV. Methoden der Untersuchung

Die gesetzten Ziele sollen in folgender Weise erreicht werden:

1. Die historische Entwicklung der Selbstbelastungsfreiheit in den einzelnen Rechtsordnungen wird, soweit entsprechende Quellen vorhanden sind, von ihren Anfängen an und jeweils im Zusammenhang mit den zu jener Zeit herrschenden rechtspolitischen Rahmenbedingungen und dem geltenden Recht herausgearbeitet. Dabei stellt die Arbeit insbesondere im türkischen Recht aufgrund fehlender Sekundärliteratur eigene Untersuchungen an, die bis in die Einzelheiten einschlägiger Vorschriften des Osmanischen Rechts und entsprechender Rechtsprechung hineinreichen.³¹ Durch die Darlegung der rechtshistorischen Entwicklung der Selbstbelastungsfreiheit soll belegt werden, wie tief dieses Recht verwurzelt ist, welche politischen Ereignisse ihre Ausformung geprägt haben und welche Einflüsse das historische Verständnis auf ihre heutige Anwendung hat.

Die Begründung der Selbstbelastungsfreiheit wird durch eine umfassende Analyse der jeweiligen Rechtsprechung untersucht. Dabei erfolgt insbesondere im Hinblick auf die EMRK und das türkische Recht eine umfangreiche Auswertung der Gerichtsentscheidungen.³² Die vorliegende Arbeit geht bis zum Beginn der Anwendung der EMRK durch die ehemalige Europäische Kommission für Menschenrechte zurück und zeichnet die anfängliche Zurückhaltung, ja sogar Ablehnung von Straßburg nach, die Selbstbelastungsfreiheit anzuerkennen.³³ Ebenso gründlich analysiert sie die derzeitige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, der die Kommission 1998 endgültig ablöste (siehe 11. Zusatzprotokoll vom 1.11.1998). Dabei liegt das Augenmerk der Untersuchung darauf, herauszufinden, wie der EGMR die Selbstbelastungsfreiheit begründet und ob er ein eigenes Konzept hat, das in sich schlüssig und nachvollziehbar ist. In Anbetracht der sogenannten Gesamtbetrachtung und Bewertungslehre des EGMR begegnet die Untersuchung hier strukturellen Schwierigkeiten, die nicht leicht zu überwinden sind. Im türkischen Recht wird die in der Literatur stark vernachlässigte höchstrichterliche Rechtsprechung, soweit sie überhaupt ergiebig ist, daraufhin untersucht, ob sie eine Begründung für das verfassungsrechtlich verankerte Verbot des Selbstbelastungszwangs nach Art. 38 Abs. 5 tVerf enthält. Da die entsprechenden Fragen in Deutschland bereits ausdrücklich Gegenstand von mehreren verfassungs- und höchstrichterlichen Entscheidungen und zahlreichen Erörterungen in der Literatur

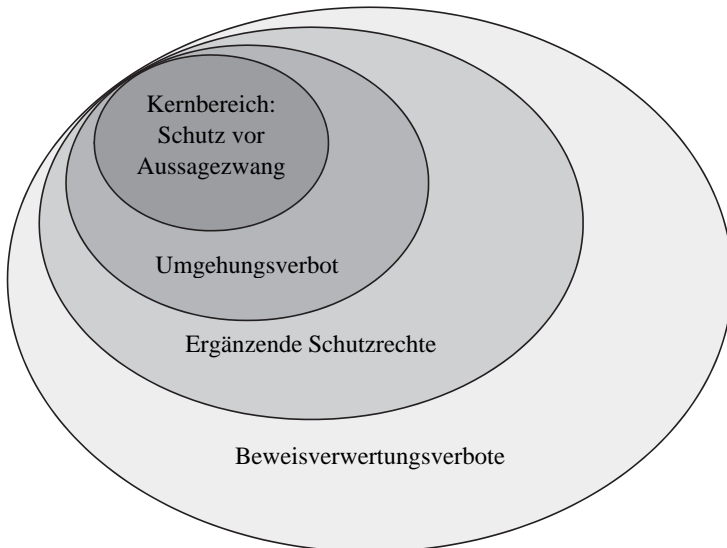
³¹ Hierzu siehe unten Kap. 4, II.A.1.

³² Für die Entscheidungen der Konventionsorgane werden folgende Quellen herangezogen: die Onlinedatenbank des Gerichtshofs (HUDOC: Human Rights Documentation), Decisions and Reports of the European Commission of Human Rights (1975–1998) sowie Collection of Decisions of the European Commission of Human Rights (1960–1974).

³³ Hierzu siehe EKMR X. ./ *DE* Beschw. 4483/70 Entsch. v. 12.07.1971 in C&D 38/1972 S. 77 ff.; vgl. EKMR G. ./ *GB* Entsch. v. 13.10.1983 Recht §§ 5 ff.; siehe außerdem unten Kap. 2, II.A.3.

waren,³⁴ liegt der Schwerpunkt der vorliegenden Arbeit hinsichtlich der Begründung der Selbstbelastungsfreiheit im deutschen Recht darin, einen Gesamtüberblick und die Probleme eines inflationär behandelten Grundrechts zu erarbeiten.

2. Die rechtsvergleichende Analyse dieser Arbeit hat aufgezeigt, dass sich die Aussagefreiheit des Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung unter den vier im folgenden Schaubild dargestellten Gesichtspunkten zusammenfassen lässt:



Dementsprechend ist das Ergebnis der vorliegenden Arbeit, dass die Aussagefreiheit des Beschuldigten bei der polizeilichen Befragung in den untersuchten Rechtsordnungen in diesen vier Bereichen einen Schutz entfaltet, dessen Stärke sich so wie im Schaubild abstufen lässt. Diese Strukturierung der Aussagefreiheit dient einer gelungenen funktionalen Rechtsvergleichung zwischen den drei Rechtsordnungen, da sich die Sachprobleme dadurch auf einer Metaebene ohne eine einseitige rechtliche Würdigung nach den Maßstäben einer einzigen Rechtsordnung eingliedern lassen.

Untersucht wird die Reichweite der Aussagefreiheit des Beschuldigten bei der polizeilichen Befragung unter den genannten vier Gesichtspunkten nicht nur normativ, sondern auch empirisch. Dafür wird erstens auf die bisher geführten empirischen Forschungen und die sekundäre Fachliteratur Bezug genommen. Zweitens werden parlamentarische Anfragen und Berichte einzelner Parlamentsausschüsse sowie Landesberichte des Europäischen Komitees zur Verhütung von Folter und

³⁴ Hierzu siehe unten Kap. 3, II.B.2.

unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung und Strafe (CPT) herangezogen. Da die verbreitete und systematische Anwendung von Folter, wie bereits oben erwähnt, eine lange Zeit die Polizeipraxis in der Türkei dominiert hat, beinhaltet die entsprechende Debatte in der türkischen Öffentlichkeit wichtige Anhaltspunkte hinsichtlich des Ausmaßes und der Gründe dieser Praxis. Um diese Anhaltspunkte bei der Erörterung der Rechtswirklichkeit einzubeziehen, werden drittens alle Ausgaben der zwei wichtigsten nationalen Zeitungen, nämlich Cumhuriyet (von 1930 bis heute) und Milliyet (1950 bis 2007), untersucht.

3. Das Ziel des vertikalen Rechtsvergleichs setzt eine Analyse der Rechtsprechung des Gerichtshofs voraus, sodass aus seiner Kasuistik allgemeine Grundsätze und konkrete Gewährleistungen bezüglich der Aussagefreiheit des Beschuldigten bei der polizeilichen Befragung abstrahiert werden können. An den hierdurch festgestellten Mindeststandards sind das deutsche und türkische Recht zu messen. Die Rechtsvergleichung erfolgt im allgemeinen Teil durch die Herausarbeitung der Schnittmenge der Grundlagen, die vom EGMR und im deutschen und türkischen Recht zur Begründung der Selbstbelastungsfreiheit herangezogen werden. Im besonderen Teil der vertikalen Rechtsvergleichung wird unter den oben genannten Gesichtspunkten untersucht, ob und inwiefern die beiden nationalen Rechtsordnungen mit der konventionsrechtlichen Reichweite der Aussagefreiheit vereinbar sind. Anstatt eines detaillierten punktuellen Vergleichs ist in diesem Zusammenhang auf die Fragen einzugehen, inwiefern die EGMR-Rechtsprechung bereits in den jeweiligen Rechtsordnungen zu konkreten Ergebnissen geführt hat, ob die nationalen Rechtsordnungen in mancher Hinsicht über die Mindeststandards des EGMR hinausgehen oder inwiefern noch ein Annäherungs- bzw. Umsetzungsbedarf bezüglich der EGMR-Rechtsprechung vorhanden ist.

4. Die horizontale Rechtsvergleichung zwischen dem deutschen und türkischen Recht erfolgt in erster Linie durch eine Strukturanalyse. In diesem Zusammenhang wird auf die Besonderheiten des Strafverfahrens in beiden Ländern Bezug genommen, die zu einer voneinander abweichenden Auslegung und Umsetzung der Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren führen.

V. Aufbau der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit gliedert sich in fünf Kapitel und eine Schlussbetrachtung. Dem Einführungskapitel 1. folgen die Hauptkapitel 2., 3. und 4. über die EMRK, das deutsche und das türkische Recht. Sie bestehen jeweils aus sechs Teilen und einer Zusammenfassung.

In Teil I. jedes Kapitels werden die Grundzüge der zu untersuchenden Rechtsordnung dargelegt. Im Hinblick auf die EMRK betreffen diese die Fragen, wie der europäische Schutz der Selbstbelastungsfreiheit durch den EGMR formalrechtlich

im Einzelnen in Anspruch genommen werden kann (A.), was für eine Bindungskraft die Entscheidungen eines völkerrechtlich gegründeten Gerichtshofs für die nationalen Behörden und Gerichte hat (B.) und welche rechtspolitische Bedeutung die Rechtsprechung des EGMR hat (C.). Durch die Erörterung dieser Fragen wird sich herausstellen, dass die konventionsrechtliche Selbstbelastungsfreiheit in Gestalt der Rechtsprechung des EGMR auf der europäischen Ebene einen effektiven Schutz bietet und insbesondere nationale Gerichte gut beraten sind, die Straßburger Vorgaben ernst zu nehmen.

Für die beiden nationalen Rechtsordnungen bedeutet der erste Teil, dass die Quellen des Strafverfahrensrechts (A.) und der Aufbau des Strafverfahrens (B.) dargelegt, die Institutionen und die Funktionsweise der Verfassungsgerichtsbarkeit (C.) kurz erläutert und auf die Bedeutung und die Arbeitsweise der Strafrechtswissenschaft (D.) Bezug genommen werden. Die hierdurch erarbeiteten Grundlagen werden bereits implizieren, welche Art von Rechtsnormen die Selbstbelastungsfreiheit im jeweiligen Land regeln und wie umfangreich und eingehend dieses Recht in der Rechtsprechung und der Literatur begründet wird.

In Teil II. befasst sich das jeweilige Kapitel mit der historischen Entwicklung und Begründung der Selbstbelastungsfreiheit sowie der Bestimmung und der Definition ihres Schutzbereichs.

Im Hinblick auf die EMRK werden die Gründe der fehlenden Normierung erörtert (A.). Dazu sind die vorbereitenden Arbeiten der EMRK daraufhin zu untersuchen (1.). Ebenfalls von Bedeutung sind die nachträglichen Versuche, die Selbstbelastungsfreiheit in das Schutzsystem der EMRK aufzunehmen (2.). Gleichzeitig wurden die Konventionsorgane in mehreren Fällen mit der Geltendmachung der Selbstbelastungsfreiheit konfrontiert. Ihre historische Entstehung im Menschenrechtssystem des Europarats umfasst insofern auch die Haltung dieser Organe, die anfangs sehr zurückhaltend, ja sogar ablehnend war (3.). Dies änderte der EGMR 1993 durch die ausdrückliche Anerkennung der Selbstbelastungsfreiheit als Bestandteil des Rechts auf ein faires Verfahren (4.).

Die historische Entwicklung fängt für die beiden nationalen Rechtsordnungen im Mittelalter an (A.). In Deutschland sind erste konkrete Anhaltspunkte zur Frage der Selbstbelastungsfreiheit bei der Gestaltung des Inquisitionsprozesses zu finden (1.). Hieran schließen sich die Einwände der Aufklärung gegen die Inquisitionsfolter und die Einführung des Akkusationsgrundsatzes (2.) sowie der Reichsstrafprozessordnung von 1877 an (3.). Der Teilabschnitt endet mit der aktuellen Situation der Selbstbelastungsfreiheit unter den historischen Gesichtspunkten in der Rechtsprechung und der Literatur (4.) sowie Zwischenergebnissen (5.). In der Türkei ist die historische Entwicklung der Selbstbelastungsfreiheit zunächst in zwei Phasen zu teilen: Osmanisches Recht (1.) und Recht der Türkischen Republik (2.). In letztgenannter zeigt sich, dass die besagte Entwicklung in der jüngsten Vergangenheit von einer verbreiteten und systematischen Anwendung der Folter im Polizei-

gewahrsam (3.) geprägt ist. Diesem Unterabschnitt folgt eine Skizzierung der Reformbestrebungen durch die neue Strafprozessordnung (4.).

Da die Begründung der Selbstbelastungsfreiheit in den einzelnen Rechtsordnungen unter verschiedenen Aspekten geschieht, wird im Abschnitt B. des zweiten Teiles im jeweiligen Kapitel auf Ausführungen zu den einzelnen Unterabschnitten verzichtet. Im Hinblick auf die EMRK und das deutsche Recht wird in Abschnitt C. versucht, eine Definition der Selbstbelastungsfreiheit zu entwickeln, weil diese Rechtsordnungen im Gegensatz zum türkischen Recht eine solche nicht positivrechtlich enthalten (vgl. Art. 38 Abs. 5 tVerf).³⁵ Für das türkische Recht stellt sich die Frage im Abschnitt C. nach der Bestimmung eines Schutzbereichs. Während diese für die EMRK trotz der fehlenden Definition im Abschnitt D. erfolgt, da das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK gewisse Anwendbarkeitskriterien enthält, die ebenfalls für die konventionsrechtliche Reichweite der Selbstbelastungsfreiheit von großer Bedeutung sind, wird auf die Entwicklung eines entsprechenden Schutzbereichs im deutschen Recht ganz verzichtet. Denn die verfassungsrechtliche Begründung nutzt mehrere Rechtsgrundlagen,³⁶ die im Vergleich zu Art. 38 Abs. 5 tVerf sowie Art. 6 Abs. 1 EMRK dem Schutzbereich der Selbstbelastungsfreiheit keine klaren Grenzen setzen. Soweit sich jedoch aus der aktuellen verfassungsrechtlichen Rechtsprechung dennoch einige Grundpfeiler diesbezüglich konstatieren lassen, werden diese bei der Begründung der Selbstbelastungsfreiheit selbst erörtert.³⁷

Nachdem die allgemeinen Grundlagen der Selbstbelastungsfreiheit in den drei Rechtsordnungen herausgearbeitet worden sind, wird in den folgenden Teilen III. bis VI. auf den besonderen Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Arbeit, nämlich die Aussagefreiheit des Beschuldigten bei der polizeilichen Befragung, eingegangen. Der Gliederung der Erörterungen liegt das oben bereits aufgeführte methodologische Konzept zugrunde. Dementsprechend widmen sich diese Teile der Reihe nach dem Schutz vor Aussagezwang, dem Umgehungsverbot, den Ergänzenden Schutzrechten und den Beweisverwertungsverböten. Da die Ausgestaltung dieser Teile in einzelnen Rechtsordnungen gewisse Abweichungen aufweisen kann, ist sie hier nur in ihren Grundzügen dargelegt.

Teil III. befasst sich mit dem Thema Schutz vor Aussagezwang. Für die jeweilige Rechtsordnung wird die Definition von Zwang herausgearbeitet, und die Konkretisierung dieses Schutzes wird in Fallgruppen unterteilt. In diesem Zusammenhang wird insbesondere unter Berücksichtigung der internationalen Vorgaben der Selbstbelastungsfreiheit in Art. 14 Abs. 3 lit. g IPBPR sowie der Rechtsprechung

³⁵ Siehe Anhang: Gesetzestexte.

³⁶ Hierzu siehe unten Kap. 3, II.B.2.

³⁷ So etwa die Frage der Geltung der Selbstbelastungsfreiheit zugunsten von juristischen Personen unten in Kap. 3, II.B.2.a) oder die des absoluten Kerns der Selbstbelastungsfreiheit in d).

des EGMR ein universal anwendbares Zwangskonzept erarbeitet, das sich in den drei Rechtsordnungen untersuchen lässt. Der Zwang wird dabei nach tatsächlichem und rechtlichem sowie unmittelbarem und mittelbarem Zwang definiert.³⁸

Teil IV. (Umgehungsverbot) fragt in den drei untersuchten Rechtsordnungen in erster Linie nach den Grenzen der heimlichen Durchführung von Ermittlungshandlungen bei der Strafverfolgung. In einem zweiten Schritt werden die Fallgruppen strukturiert, in denen ein Beschuldigter durch eine verdeckte Maßnahme zu belastenden Äußerungen veranlasst werden kann. Auch hier ist die vorliegende Arbeit bemüht, die Fallgruppen unabhängig von rechtlichen Gesichtspunkten lediglich nach tatsächlichen Gegebenheiten in der Strafverfolgung zu bestimmen. Im Wesentlichen bestehen diese aus Tatprovokation, einfachem Abhören, Abhören durch aktive Täuschung, verdeckten Befragungen und Aushorchen eines inhaftierten Beschuldigten. Diese Ermittlungsmethoden werden auf ihre Vereinbarkeit mit der Aussagefreiheit des Beschuldigten hin geprüft.

Ergänzende Schutzrechte (V.), die durch eine Gesamtwürdigung der Erkenntnisse der vertikalen und horizontalen Rechtsvergleichung festgestellt werden, bestehen grundsätzlich aus Informationsrechten und dem Recht auf Verteidigerbeistand bei der polizeilichen Befragung. Zum Teil werden in diesem Zusammenhang in den jeweiligen Unterabschnitten Begriffe wie „Beschuldigter“ oder „Vernehmung“ erläutert, da diese den Umfang der genannten Rechte entscheidend bestimmen.

Beweisverwertungsverbote (VI.) kommen schließlich dann in Betracht, wenn eine selbstbelastende Aussage des Beschuldigten unter Verstoß gegen die oben genannten Ausprägungen seiner Aussagefreiheit erlangt wurde. Für ein besseres Verständnis der Beweisverwertungsverbote wird im jeweiligen Teil auch das Beweisrecht der einzelnen Rechtsordnungen in seinen Grundlagen erörtert. Der weitere Aufbau bei der Behandlung der Beweisverwertungsverbote richtet sich nach der Reihenfolge, in der die materiellen Verbürgungen der Aussagefreiheit im dritten bis fünften Teil dargelegt sind.

Am Ende jedes Hauptkapitels folgt in VII. eine Zusammenfassung, um die Ergebnisse der Untersuchungen kurz und in einer überschaubaren Weise darzulegen.

Das Kapitel 5 ist der Rechtsvergleichung gewidmet. In den einzelnen Abschnitten werden Zwischenergebnisse dann festgestellt, wenn eine Fragestellung Gegenstand umfassender Erörterungen ist. In den anderen Fällen erfolgt die Zusammenfassung einzelner Fragen in Verbindung mit dem Rechtsvergleich, um unnötige Wiederholungen zu vermeiden. Im Übrigen besteht der Vergleich aus sechs Teilen, die sich im Wesentlichen an den Aufbau der drei Hauptkapitel anlehnen.

Teil I. behandelt die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention als Vergleichsmaßstab und erörtert im Einzelnen die Funktion des EGMR, Mindest-

³⁸ Für die Einzelheiten siehe unten Kap. 2, III.B.

standards eines gemeineuropäischen Strafverfahrensrechts vorzugeben, ferner die Geltung der EMRK in Deutschland und der Türkei.

Teil II. befasst sich mit den strukturellen Unterschieden im deutschen und türkischen Recht (A.) sowie den Besonderheiten der Rechtsprechung des EGMR (B.). Diesen Abschnitten folgt der Vergleich der historischen Entwicklung in den drei Rechtsordnungen (C.). Die unterschiedlichen Begründungen der Selbstbelastungsfreiheit werden im Abschnitt D. nach gemeinsamen Gesichtspunkten zusammengefasst und verglichen. Hierdurch wird deutlich, dass die Begründung im Wesentlichen entweder freiheitsrechtlich (1.) oder prozessrechtlich (2.) unter mehreren Aspekten erfolgt. Schließlich werden im Abschnitt E. die gemeinsamen Erkenntnisse zum Schutzbereich und zur Definition der Selbstbelastungsfreiheit unter Berücksichtigung des nach vier Gesichtspunkten gegliederten Konzepts in einer Gesamtschau dargestellt.

Die Teile III. bis V. von Kapitel 5 folgen ebenfalls dem oben für die drei Hauptkapitel detailliert dargestellten Aufbau. Sie befassen sich mit der Entwicklung der gemeinsamen Erkenntnisse aus dem Vergleich derselben Fragestellungen, die in den entsprechenden Teilen der Hauptkapitel behandelt wurden. Daher wird hier auf weitere Ausführungen dazu verzichtet.

Die Arbeit endet mit einer Schlussbetrachtung, in der die rechtsvergleichenden Erkenntnisse zusammengefasst werden.

Kapitel 2

Die Europäische Menschenrechtskonvention

Entsprechend der bereits vorgestellten Methode und dem Aufbau der vorliegenden Arbeit werden in diesem Kapitel zunächst im Allgemeinen die Grundzüge der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR dargelegt (I.) und die historische Entwicklung und Begründung der konventionsrechtlichen Selbstbelastungsfreiheit (II.) untersucht. Anschließend folgen im Besonderen die einzelnen Aspekte der Aussagefreiheit des Beschuldigten bei der polizeilichen Befragung, nämlich Schutz vor Aussagezwang (III.), Umgehungsverbot (IV.), Ergänzende Schutzrechte (V.) und Beweisverwertungsverbote (VI.). Das Kapitel endet mit einer Zusammenfassung der gewonnenen Erkenntnisse (VII.).

I. Grundzüge der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR

Die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (im Folgenden EMRK oder die Konvention) wurde am 4.11.1950 in Rom von den Mitgliedern des Europarates unterzeichnet.¹ Sie trat am 3.9.1953 in Kraft und kann heute auf eine 60-jährige Geschichte zurückblicken. Seit der Unterzeichnung am 4.11.1950 wurden durch 14 Protokolle weitere Grundrechte und -freiheiten geschaffen sowie Änderungen am Text der EMRK vorgenommen. Dieser wurde zuletzt durch das 14. Protokoll geändert, das am 1.6.2010 in Kraft getreten ist. Zuvor hatte das 11. Protokoll vom 1.11.1998 das 2., 3., 8., 9. und 10. Änderungsprotokoll ersetzt. Ferner löste es die ehemalige Europäische Kommission für Menschenrechte auf und begründete die ausschließliche Zuständigkeit des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte.²

¹ Zur Entstehungsgeschichte der EMRK *Guradze*, S. 1 ff.; LR-StPO-Esser, Einf., Rn. 19 und 42; *Harris u.a.*, S. 1 ff.; *Tallroth*, S. 241 f.

² Die Rechtsprechung der damaligen Europäischen Menschenrechtskommission (EMRK) ist dennoch von Bedeutung, denn sie hatte ebenfalls die Befugnis, die Konvention auszulegen. Es ist von rechtsdogmatischem Interesse, im Rahmen der vorliegenden Arbeit auch die Entscheidungen der Kommission heranzuziehen, um darzulegen, wie sich die Auslegung der Konvention historisch entwickelt hat; vgl. *Gaede*, JR 2005, S. 426, der hier zur Vorsicht mahnt; siehe ferner *Villiger*, S. 240 Rn. 375.

Im Folgenden werden die Fragen erörtert, wie der Schutz der EMRK in Anspruch genommen werden kann (A.), was für eine Bindungskraft die daraufhin ergangenen Entscheidungen des Gerichtshofs entfalten (B.) und welche Bedeutung der Rechtsprechung des EGMR insgesamt zukommt (C.).

A. Das Schutzsystem der EMRK

Die Vertragsparteien sichern nach Art. 1 EMRK allen ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen zu, ihnen die Rechte und Freiheiten der Konvention zu gewährleisten. Somit regelt diese Vorschrift den Geltungsbereich der Konvention hinsichtlich *ratio personae, materiae* und *localis*.³ Verletzt ein Vertragsstaat ein Konventionsrecht, so kann jeder andere Vertragsstaat gemäß Art. 33 EMRK den Gerichtshof wegen dieser Verletzung anrufen (Art. 19 EMRK). Die Menschenrechte in der EMRK sind jedoch nicht nur völkerrechtliche Verpflichtungen zwischen den Vertragsstaaten, sondern gewähren den Einzelnen subjektive Ansprüche, die sie gemäß Art. 34 EMRK mit einer Individualbeschwerde direkt vor dem EGMR geltend machen können, wenn sie die Zulässigkeitsvoraussetzungen gemäß Art. 35 erfüllen.⁴ Der vom Außenministerkomitee am 10.7.2013 beschlossene und zur Ratifikation vorlegte Entwurf des 16. Zusatzprotokolls sieht außerdem vor, dass der EGMR nun von den nationalen Gerichten der Vertragsstaaten mittels einer Vorlageentscheidung zur Einholung eines unverbindlichen Rats bezüglich Auslegung und Anwendung der EMRK eingeschaltet werden kann.⁵

Konventionsrechtsträger ist gemäß Art. 1 EMRK jede natürliche und juristische Person (vgl. Art. 34 EMRK),⁶ die sich unter der Hoheitsgewalt der Konventionsstaaten befindet.⁷ Ihre Staatsangehörigkeit⁸ oder ihr Aufenthaltsstatus⁹ ist unbeachtlich.¹⁰ Adressaten von Konventionsrechten sind die Vertragsstaaten und zwar mit allen öffentliche Gewalt ausübenden Personen und Institutionen, denen eine Kon-

³ Ausführlich hierzu *Frowein*, S. 14 ff.; *Meyer-Ladewig*, Art. 1 Rn. 5 ff.; *Gözübüyük/Gölcüklü*, S. 52 ff. Rn. 164 ff.; *Grabenwarter*, S. 117 ff. Rn. 11.

⁴ *Rzepka*, S. 15 ff.

⁵ Abrufbar unter <https://wcd.coe.int/> [Stand: 21.12.2013].

⁶ Hierzu siehe *Grabenwarter*, S. 113 f. Rn. 5; *Frowein*, S. 15 Rn. 3; *Villiger*, S. 72 Rn. 100; *Peters/Altwicker*, S. 14 Rn. 16; *Gözübüyük/Gölcüklü*, S. 37 f. Rn. 120.

⁷ Siehe für Anfang und Ende der Grundrechtsberechtigung einer natürlichen Person ausführlich *Grabenwarter*, S. 113 Rn. 3 f.; *Peters/Altwicker*, S. 14 Rn. 15.

⁸ *Meyer-Ladewig*, Art. 1 Rn. 16; m.w.N. *Grabenwarter*, S. 112 Rn. 2.; *Frowein*, S. 15 Rn. 3; *Villiger*, S. 72 Rn. 100; eingehend *Peters/Altwicker*, S. 13 Rn. 10.

⁹ *Gözübüyük/Gölcüklü*, S. 38 Rn. 122.

¹⁰ *Peters/Altwicker*, S. 28 Rn. 2; *Rzepka*, S. 13.

ventionsverletzung zuzurechnen ist.¹¹ Die Konventionsrechte entfalten keine unmittelbare Drittwirkung. Ein Vertragsstaat hat sich folglich für die Konventionsverletzungen durch Drittpersonen nicht zu verantworten.¹² Einige Konventionsrechte können allerdings Schutzpflichten vor Eingriffen von Dritten begründen, welche die Vertragsstaaten erfüllen müssen.¹³

Die Konvention enthält mit ihren mehreren Zusatzprotokollen eine bestimmte Zahl von Menschenrechten und Freiheiten. Die Bestimmung ihrer konkreten Reichweite erfolgt durch den EGMR. Der Gerichtshof ist gemäß Art. 32 Abs. 1 dazu befugt, die einschlägigen Konventionsbestimmungen auszulegen und auf den konkreten Fall anzuwenden. Dies unternimmt er zum großen Teil bei der Prüfung von Individualbeschwerden.

Jede Individualbeschwerde wird zunächst nach Art. 27 EMRK durch einen Einzelrichter einer Vorprüfung unterzogen, der die Beschwerde endgültig für unzulässig erklären oder im Register streichen kann. Ansonsten wird sie einem Ausschuss mit drei Richtern oder einer Kammer mit sieben Richtern vorgelegt, welche gemäß Art. 28 Abs. 1, Art. 29 Abs. 1 EMRK über ihre Zulässigkeit und Begründetheit entscheiden. Eine Unzulässigkeitsentscheidung von ihnen ist ebenfalls endgültig (Art. 28 Abs. 2 EMRK). Im umgekehrten Fall überprüft die Kammer die Beschwerde (Art. 38 EMRK). Stellt sie fest, dass ein Konventionsrecht des Beschwerdeführers verletzt wurde, so kann sie in ihrem Urteil auch nach Art. 41 EMRK eine Entschädigung aussprechen.¹⁴ Das Urteil enthält u.a. die Gründe für die festgestellte Konventionsverletzung (Art. 45 Abs. 1 EMRK) und weist somit unmittelbare Anhaltspunkte für konventionsrechtliche Vorgaben auf. Außerdem haben die Unzulässigkeitsentscheidungen von Ausschüssen und Kammern eine solche sachliche Prüfung zum Gegenstand, die ebenfalls bei der Ausarbeitung dieser Vorgaben bindend sind (Art. 28 Abs. 2 EMRK).¹⁵ Die Einlegung einer Individualbeschwerde beim EGMR hat keinen Suspensiveffekt.¹⁶ Der EGMR kann aber nach § 39 der Rules of Court durch eine einstweilige Verfügung den betreffenden Vertragsstaat zur Vornahme oder Unterlassung einer bestimmten Maßnahme verpflichten, wenn das Risiko eines irreparablen Schadens besteht. Er kann ihn etwa verpflichten, auf

¹¹ Eingehend hierzu *Grabenwarter*, S. 114 ff. Rn. 6 ff.; *Frowein*, S. 20 Rn. 11; *Villiger*, S. 49 Rn. 60 (alle Formen der Staatsgewalt); *Peters/Altwickler*, S. 15 Rn. 17; *Gözübüyük/Gölcüklü*, S. 47 Rn. 147 ff.; *Demko*, HRRS 11/2004, 382.

¹² M.w.N. *Meyer-Ladewig*, Art. 1 Rn. 9–10; *Peters/Altwickler*, S. 15 Rn. 18; *Demko*, HRRS 11/2004, 383; vgl. *Esser*, JR 2004, 102.

¹³ Hierzu siehe etwa EGMR *Young, James und Webster* ./ GB Ur t. v. 13.08.1981 § 49; EGMR *Costello-Roberts* ./ GB Ur t. v. 25.03.1993 §§ 26 ff.; EKMR *Spencer* ./ GB Entsch. v. 16.01.1998; EKMR *Whiteside* ./ GB Entsch. v. 07.03.1994; EGMR *A* ./ GB Ur t. v. 23.09.1998 §§ 22 ff.; EGMR *Mahmut Kaya* ./ TR Ur t. v. 28.03.2000 § 116 f.; siehe außerdem *Demko*, HRRS 11/2004, 383.

¹⁴ *Rzepka*, S. 19; *Krausbeck*, S. 34; *Weigend*, StV 2000, 387; *Ambos*, NStZ 2002, 628.

¹⁵ *Krausbeck*, S. 37 f.

¹⁶ *Peukert*, 23. Strafverteidigertag, S. 55.

die Auslieferung einer Person wegen einer bevorstehenden krassen Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK durch Verwendung von unter Folter erlangten Beweismitteln in einem Verfahren zu verzichten.¹⁷ Unter Umständen kann auch die Vollstreckung von innerstaatlichen Gerichtsentscheidungen ausgesetzt werden.¹⁸

Über die behauptete Verletzung eines Konventionsrechts fällt der Gerichtshof ein Feststellungsurteil. Er ist nicht befugt, eine innerstaatliche Gerichtsentscheidung aufzuheben oder zu korrigieren.¹⁹ Sein Urteil bindet gemäß Art. 46 Abs. 1 den beklagten Vertragsstaat mit allen Organen seiner Staatsgewalt. Er muss daher nicht nur die ggf. verhängte Entschädigung an den Beschwerdeführer entrichten, sondern auch entsprechend dem Urteil die Folgen der Verletzung möglichst wiedergutmachen, sodass dieser in den Stand versetzt wird, als ob seine Konventionsrechte und -freiheiten nicht verletzt worden wären. Das Ministerkomitee des Europarates überwacht gemäß Art. 46 Abs. 2–5, ob der verurteilte Vertragsstaat das Urteil umgesetzt hat.²⁰

B. Inter-partes-Bindung der Entscheidungen des EGMR

Art. 46 EMRK i.V.m. Art. 1 EMRK erlegt dem betreffenden Vertragsstaat auf, angemessene generelle und/oder individuelle Maßnahmen zu ergreifen, um das Recht, dessen Verletzung der Gerichtshof festgestellt hat, wenn auch nachträglich, zuzusichern.²¹ Damit hat der Staat die *völkerrechtliche* Pflicht, durch regulative, administrative sowie justizielle Maßnahmen eine Wiedergutmachung zu leisten. Diese Maßnahmen müssen nach dem Gerichtshof auch hinsichtlich anderer Personen getroffen werden, die in der Position des Beschwerdeführers sind, indem vor allem die Probleme gelöst werden, die zu den Feststellungen des Gerichtshofs ge-

¹⁷ EGMR *Othman ./. GB* Ur. v. 17.01.2012 §§ 282 ff.; siehe ferner EGMR *Soering ./. GB* Ur. v. 07.07.1989 § 113; EGMR *Mamatkulov und Askarov ./. TR* Ur. v. 04.02.2005 § 90.

¹⁸ *Peukert*, 23. Strafverteidigertag, S. 55.

¹⁹ Auf die deklaratorische Natur hinweisend EGMR *Hulki Güneş ./. TR* ZE v. 02.07.2013 § 50; EGMR *Oleksandr Volkov ./. UA* Ur. v. 09.01.2013 § 194; EGMR *Öcalan ./. TR* Ur. v. 12.05.2005 § 210 = in Leitsätzen HRRS 7/2005, 225 f.; BVerfGE 111, 307, 320; BVerwG NJW 1999, 1649, 1650; siehe auch *Eidam*, S. 73; *Rzepka*, S. 21; *Krausbeck*, S. 35; *Steiner*, S. 85; *Volk*, S. 16 Rn. 20; *Guder*, S. 118; *Mahlstedt*, S. 107 („kein europäisches Revisionsgericht“); *Eisele*, JR 2004, 15; *Sommer*, NStZ 1999, 49; *Peukert*, 23. Strafverteidigertag, S. 55; *Strasser*, 14. Strafverteidigertag, S. 106; *Esser*, StV 2005, S. 349.

²⁰ EGMR *Del Rio Prada ./. ES* Ur. v. 21.10.2013 § 137; EGMR *Hulki Güneş ./. TR* ZE v. 02.07.2013 § 47; *Rzepka*, S. 19 f.; *Weigend*, StV 2000, 388.

²¹ EGMR *Balitskiy ./. UA* Ur. v. 03.11.2011 § 49; *Eisele*, JR 2004, 14.

führt haben.²² Der EGMR macht hiermit insbesondere den Vertragsstaat darauf aufmerksam, weitere Verurteilungen wegen ähnlich gelagerten Fällen durch die vorsorgliche Behebung der in dem Urteil bemängelten innerstaatlichen Unzulänglichkeiten vermeiden zu können. Der Hinweis richtet sich ebenfalls an die nationalen Gerichte, in den künftigen Fällen die Konvention entsprechend den Straßburger Vorgaben anzuwenden. Für eine unmittelbare Verbindlichkeit dieses Aufrufs fehlt jedoch der EMRK eine rechtliche Grundlage.²³

Grundsätzlich steht dem Gerichtshof nicht zu, zu bestimmen, welche Abhilfemaßnahmen angemessen wären, damit der betreffende Vertragsstaat seiner Pflicht gemäß Art. 46 EMRK nachkommen kann; diese Maßnahmen müssen jedoch mit den Vorgaben des Gerichtshofs im Urteil vereinbar sein.²⁴ Das Anliegen des EGMR ist jedoch eine schnelle und wirksame Beseitigung der Unzulänglichkeiten beim Menschenrechtsschutz in den einzelnen Nationen.²⁵ Dabei kann er dem Vertragsstaat beistehen, indem deren Gründe identifiziert werden. Es bleibt jedoch schlussendlich dem betreffenden Vertragsstaat überlassen, unter Aufsicht des Ministerkomitees die bestgeeignete Weise zur Lösung der Probleme zu wählen.²⁶ In diesem Zusammenhang kann der Gerichtshof außerdem hilfsweise konkrete Abhilfemaßnahmen nennen, um eine bereits festgestellte Konventionsverletzung zu beenden. Dabei steht es dem betreffenden Vertragsstaat zu, Abhilfe durch eine dieser Maßnahmen zu schaffen, wobei der Gerichtshof unter Umständen nur eine einzige Maßnahme als angemessen bezeichnen kann. In beiden Fällen bleibt es im Ermessen des betreffenden Vertragsstaates, die *empfohlene* Maßnahme umzusetzen.²⁷

Wurde der Beschuldigte unter Verstoß gegen sein Recht auf ein faires Verfahren gemäß Art. 6 verurteilt, so ist er, soweit möglich, in den vorigen Stand zu versetzen, in dem er sich befunden hätte, wenn die Anforderungen dieses Rechts nicht missachtet worden wären. Die am besten angemessene Abhilfe wäre im Prinzip die Wiederaufnahme des Verfahrens, wenn sie beantragt wird.²⁸ Auch wenn der Ge-

²² EGMR *Balitskiy* ./ UA Ur t. v. 03.11.2011 § 49; vgl. *Krausbeck*, S. 34; *Strasser*, 14. Strafverteidigertag, S. 106.

²³ Im Ergebnis ebenso *Rzepka*, S. 21.

²⁴ EGMR *Del Rio Prada* ./ ES Ur t. v. 21.10.2013 § 138; EGMR *Oleksandr Volkov* ./ UA Ur t. v. 09.01.2013 § 194; EGMR *Öcalan* ./ TR Ur t. v. 12.05.2005 § 21; EGMR *Balitskiy* ./ UA Ur t. v. 03.11.2011 § 49; *Rzepka*, S. 21 (Freiheit bei der Wahl des Mittels); ebenso *Krausbeck*, S. 35 f.; *Strasser*, 14. Strafverteidigertag, S. 106; *Weigend*, StV 2000, 388.

²⁵ EGMR *Balitskiy* ./ UA Ur t. v. 03.11.2011 § 49.

²⁶ EGMR *Balitskiy* ./ UA Ur t. v. 03.11.2011 § 54.

²⁷ EGMR *Oleksandr Volkov* ./ UA Ur t. v. 09.01.2013 § 195; *Guder*, S. 119 f.; *Esser*, StV 2005, 349 f.

²⁸ EGMR *Laska und Lika* ./ AL Ur t. v. 20.04.2010 § 74; EGMR *Lutsenko* ./ UA Ur t. v. 03.07.2012 § 60; EGMR *Öcalan* ./ TR Ur t. v. 12.05.2005 § 210; vgl. *Peukert*, 23. Strafverteidigertag, S. 55 (keine Vollstreckung des Urteils, wenn „ein kausaler Zusammenhang zwischen dem Verfahrensergebnis und der Verletzung gegeben ist“).

richtshof die Wiederaufnahme des Verfahrens als eine angemessene Abhilfemaßnahme bei Verletzungen gegen Art. 6 EMRK betrachtet, so weist er hinsichtlich der konkret vorzunehmenden Abhilfe lediglich darauf hin, dass diese von den Umständen des Einzelfalls abhängen und anhand des Urteils des Gerichtshofs im konkreten Fall zu bestimmen sei.²⁹ Nach dem EGMR liegt der Grund für diese Ermessensfreiheit bei der Bestimmung der Vollstreckung eines Urteils in der Verantwortung des Vertragsstaates, die Rechte und Garantien der Konvention gemäß Art. 1 selbst zuzusichern.³⁰ Nur in Ausnahmefällen nennt der Gerichtshof bei Verletzungen des Art. 6 eine spezielle Abhilfemaßnahme.³¹ Somit fehlt dem EGMR jegliche Befugnis in der EMRK, einen Vertragsstaat dazu zu zwingen, das Strafverfahren wieder aufzunehmen oder ein Urteil aufzuheben. Wird innerstaatlich kein Wiederaufnahmeverfahren gewährt oder das Urteil nicht nach den Vorgaben des EGMR revidiert, so kann dies nach Art. 46 Abs. 4 und 5 EMRK zu einer erneuten Verletzung des Art. 1 EMRK führen. Wird das Wiederaufnahmeverfahren dagegen gewährt, so ist auch hierbei Art. 6 EMRK einzuhalten.³²

C. Bedeutung der Rechtsprechung des EGMR

Nach dem Gesagten über die Inter-partes-Bindung der Entscheidungen des EGMR lässt sich außerdem konstatieren, dass es von Mitgliedstaaten nicht klug und keine vorausschauende Vorgehensweise wäre, sich unter dem formellen Vorwand der einseitigen Bindungswirkung von EGMR-Urteilen der Verantwortung zu entziehen. Ratsam ist es eher, dessen Rechtsprechung als Gesamtheit zu berücksichtigen und vorsorglich umzusetzen, um nicht eine absehbare Verurteilung in Straßburg zu riskieren.³³ Dies ist darüber hinaus nicht nur unter dem Aspekt einer gemeineuropäischen Rechtsangleichung von großer Bedeutung, sondern auch für die rechtspolitische Korrektur menschenrechtsunfreundlicher Entscheidungen und für die Praxis von nationalen Gesetzgebern und Gerichten, welche sich nicht selten mit dem lapidaren Argument der „nationalen Gegebenheiten und Besonderheiten“

²⁹ EGMR *Öcalan* ./ TR Ur t. v. 12.05.2005 § 210.

³⁰ EGMR *Oleksandr Volkov* ./ UA Ur t. v. 09.01.2013 § 194; *Rzepka*, S. 21, sieht darin außerdem die Anerkennung des EGMR, dass ein faires Verfahren unter der besonderen Berücksichtigung der Art der innerstaatlichen Verfahrensordnung unterschiedlich gewährt werden kann.

³¹ So etwa die Wiedereinberufung eines Richters am ukrainischen Supreme Court, der wegen Verstoß gegen den Grundsatz der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Gerichts entlassen worden war, EGMR *Oleksandr Volkov* ./ UA Ur t. v. 09.01.2013 § 208; siehe auch EGMR *Assanidze* ./ GE Ur t. v. 08.04.2004 § 202; vgl. die Freilassung der entgegen Art. 5 Abs. 1 lit. a und 7 EMRK verhafteten Beschwerdeführer EGMR *Del Rio Prada* ./ ES Ur t. v. 21.10.2013 § 138 f.; vgl. *Eisele*, JR 2004, 15.

³² EGMR *Hulki Güneş* ./ TR ZE v. 02.07.2013 § 52 f.

³³ *Kühne/Nash*, JZ 2000, 996.

rechtfertigen.³⁴ Auch der Gerichtshof selbst ist sich seiner Aufgabe, eine gesamteuropäische Rechtsfortbildung zu betreiben, bewusst, wenn er anmerkt, dass die EMRK als ein Verfassungsinstrument der öffentlichen Ordnung Europas („as a constitutional instrument of European public order“) anzusehen ist.³⁵

Die Bedeutung der EMRK ist keineswegs lediglich rechtsdogmatischer Natur. Es ist unverkennbar, dass sie in den letzten Jahren in den Mitgliedstaaten, sei es durch den Gesetzgeber oder auch Gerichte, zunehmend an Einfluss gewinnt.³⁶ Die Zeit, in der man die EMRK als eine rein völkerrechtliche Verpflichtung ansah, die ohnehin vom nationalen Recht eingehalten wird bzw. im schlimmsten Fall die Entrichtung einer Entschädigung an das Opfer bewirken kann, ist längst vorbei.³⁷ Es hat sich nämlich herausgestellt, dass die Vereinbarkeit des nationalen Rechts mit der EMRK einer sorgfältigeren Prüfung bedarf, zumal der EGMR selbst die Standards der EMRK kontinuierlich anhebt und seine Rechtsprechung beachtlich an Umfang zunimmt.³⁸ Die folgenden Teile dieser Arbeit werden dies hinsichtlich der Selbstbelastungsfreiheit und ihres Teilaspekts der Aussagefreiheit eines Beschuldigten bei der polizeilichen Befragung zweifellos belegen.

II. Entwicklung und Begründung der Selbstbelastungsfreiheit

Für ein allgemeines Verständnis der konventionsrechtlichen Selbstbelastungsfreiheit ist es von Bedeutung, ihre historische Entwicklung im Schutzsystem der EMRK zu eruieren (A.) und ihre Begründung in der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu untersuchen (B.). Anschließend stellt sich die Frage, ob sich eine Definition der konventionsrechtlichen Selbstbelastungsfreiheit anhand der erarbeiteten historischen, teleologischen und systematischen Aspekte entwickeln lässt (C.) und welchen konkreten Schutzbereich die Selbstbelastungsfreiheit aufweist (D.).

A. Historische Entwicklung

Erste Anhaltspunkte für die historische Entwicklung der konventionsrechtlichen Selbstbelastungsfreiheit enthalten bereits die vorbereitenden Arbeiten der EMRK

³⁴ Vgl. *Trechsel*, 23. Strafverteidigertag, S. 31; *Kühne*, StV 2001, 73.

³⁵ EGMR *Loizidou* / . TR Ur t. v. 23.03.1995 § 75; LR-StPO-*Esser*, Prä. Rn. 6; *Anayurt*, TBBD 4/1996, 535.

³⁶ Vgl. *Beulke*, S. 5 Rn. 9; *Kühne*, StV 2001, 75 ff.

³⁷ Vgl. *Rzepka*, S. 13; *Weigend*, StV 2000, 385.

³⁸ Vgl. *Krausbeck*, S. 2; *Esser*, FS für Wolter, S. 1331; *ders.*, StraFo 2003, 335.

durch den Europarat (1.). Nach dem Inkrafttreten der Konvention ohne eine Normierung der Selbstbelastungsfreiheit hat der Rat weitere Versuche unternommen, dieses Recht in die EMRK ausdrücklich aufzunehmen (2.). Gleichzeitig ergaben und vermehrten sich in der Kasuistik der Konventionsorgane Fälle, die u.a. auch eine rechtliche Würdigung unter Berücksichtigung der in der Konvention nicht benannten Selbstbelastungsfreiheit forderten (3.). Diese Entwicklung endete schließlich mit der ausdrücklichen Anerkennung der Selbstbelastungsfreiheit durch den Gerichtshof (4.).

1. Vorbereitende Arbeiten

Die Gründerväter der Konvention nennen bei den *travaux préparatoires* keinen Grund für die Nichtnormierung der Selbstbelastungsfreiheit.³⁹ Dieses Recht, welches insbesondere im Common-Law-Rechtskreis (etwa im 5. Amendment der US-amerikanischen Verfassung von 1791) ausdrücklich verankert ist,⁴⁰ muss ihnen jedoch zweifelsfrei bekannt gewesen sein. Eine strikte Anlehnung an die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10.12.1948 (im Folgenden: AEMR),⁴¹ die ebenfalls keine Selbstbelastungsfreiheit enthält, könnte die Schöpfer der EMRK davon abgehalten haben, diese bei der Konkretisierung der Mindestrechte des Beschuldigten in Art. 6 Abs. 3 EMRK aufzunehmen.⁴² Auch der Entwurf des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte von 1949 (im Folgenden: IPBPR), der neben der AEMR bei der Verfassung des Art. 6 EMRK ebenfalls berücksichtigt wurde,⁴³ enthielt zur Zeit der vorbereitenden Arbeiten der EMRK die jetzige Verankerung des Schutzes vor Selbstbelastungszwang in Art. 14 Abs. 3 lit. g IPBPR noch nicht.⁴⁴

Ein solcher Schutz war bereits vor der AEMR, EMRK sowie dem IPBPR außerdem im Völkerrecht verankert. So sah Art. 61 Abs. 2 des Genfer Abkommens über die Behandlung von Kriegsgefangenen vom 27.7.1929 unmissverständlich vor: „no prisoner shall be compelled to admit that he is guilty of the offence of which he is accused“.⁴⁵ Die Bestimmung wurde in dem Nachfolgeabkommen, nämlich Art. 99

³⁹ Abrufbar unter <http://www.echr.coe.int/library/DIGDOC/Travaux/ECHRTravaux-AR T6-DH%2856%2911-EN1338886.PDF> [Stand: 23.12.2013]; *Berger*, E.H.R.L.R. 2007, 516; vgl. *Harris* u.a., S. 259; *SK-StPO-Paeffgen*, Art. 6 Rn. 80 lit. a.

⁴⁰ „[...] nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself [...]“

⁴¹ Ebd.

⁴² Vgl. *Roberts/Zuckerman*, S. 555.

⁴³ Abrufbar unter <http://www.echr.coe.int/library/DIGDOC/Travaux/ECHRTravaux-AR T6-DH%2856%2911-EN1338886.PDF> [Stand: 23.12.2013].

⁴⁴ *CCPR-Nowak*, Art. 14 Rn. 58; *Schlauri*, S. 82; für den Wortlaut dieser Vorschrift siehe Anhang: Gesetzestexte.

⁴⁵ Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949 Vol. I S. 35. Abrufbar unter https://www.loc.gov/frd/Military_Law/pdf/Dipl-Conf-1949-Final_Vol-1.pdf [Stand: 23.12.2013].

Abs. 2 III. Genfer Abkommen über die Behandlung von Kriegsgefangenen vom 12.8.1949, mit einer präzisierten Formulierung aufgenommen: „no moral or physical coercion may be exerted on a prisoner of war in order to induce him to admit himself guilty of the act of which he is accused“.⁴⁶ In seinem Kommentar von 1960 merkte das Rote Kreuz, das an den Vorbereitungen beider Abkommen maßgeblich beteiligt war, zu dieser Vorschrift an, dieses Recht ergäbe sich aus dem *nemo tenetur edere contra se* und gehe mit dem Prinzip einher, dass in einem Strafverfahren die Anklage die Beweislast hat. Außerdem würde die Annahme, dass der Beschuldigte der Gerechtigkeit die Wahrheit „schulde“, zu Folter führen, welche jedoch auch die Unwahrheit fördert.⁴⁷

2. Versuche zur Aufnahme in die EMRK

Während die EMRK am 3.9.1953 in Kraft trat, dauerten die Vorbereitungen zum Zivilpakt bei der Vereinten Nationen an. Die Generalversammlung nahm am 16.12.1966 die jetzige Fassung des IPBPR an und legte sie den Mitgliedsstaaten zum Beitritt vor.⁴⁸ In Art. 14 Abs. 3 lit. g war die Selbstbelastungsfreiheit,⁴⁹ wie in zahlreichen nachfolgenden internationalen Verträgen mit einem strafprozessrechtlichen Bezug, ausdrücklich festgehalten.⁵⁰ Die EMRK blieb damit hinter den Er-

⁴⁶ Weder moralischer noch physischer Zwang darf auf einen Kriegsgefangenen ausgeübt werden, seine Schuld an der ihm zur Last gelegten Tat zu gestehen. Vgl. *Hinz, Joachim*, Das Kriegsgefangenenrecht 1955, S. 159, der dies als „selbstverständlich“ bezeichnet.

⁴⁷ Abrufbar unter <http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?—viewComments=LookUpCOMART&articleUNID=52BAE15E9D31799AC12563CD0051B223> [Stand: 23.12.2013].

⁴⁸ Resolution der Generalversammlung 2200A (XXI). Der Pakt ist am 23.03.1976 in Kraft getreten.

⁴⁹ Hiernach „everyone shall be entitled to [...] not to be compelled to testify against himself or to confess guilt“; zu den vorbereitenden Arbeiten des Art. 14 Abs. 3 lit. g IPBPR *Rogall*, S. 116 f.; *Schlauri*, S. 81.

⁵⁰ Siehe etwa Art. 8 Abs. 2 lit. g Amerikanische Menschenrechtskonvention vom 22.11.1969; Art. 21 Abs. 4 lit. g des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien vom 25.03.1993; Art. 20 Abs. 4 lit. g des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs für Ruanda vom 08.11.1994; Art. 55 Abs. 1 lit. a des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs vom 17.07.1998; Art. 17 Abs. 4 lit. g des Statuts des Sondergerichtshofs für Sierra Leone vom 14.08.2000; Art. 16 Abs. 1 Nr. 6 Arabische Menschenrechtscharta vom 22.05.2004; dagegen keine ausdrückliche Normierung der Selbstbelastungsfreiheit in Charta der Grundrechte der Europäischen Union im VI. Kapitel bei justiziellen Rechten, jedoch das Recht auf ein faires Verfahren in Art. 47 Abs. 2 und die Unschuldsvermutung in Art. 48 Abs. 1; darauf hinweisend auch LR-StPO-*Esser*, Art. 6 Rn. 879 Fn. 2218; zur Anerkennung der Selbstbelastungsfreiheit durch den Europäischen Gerichtshof bereits 1989 *Orkem* ./ *Kommission* Ur. v. 18.10.1989 §§ 29 ff., hierzu mehr bei *Schuler*, JR 2003, 269; von *Freier*, ZStW 122/2010, 122 ff.; siehe auch das Grünbuch der EG-Kommission (2006) 174 endg., nach dem die Unschuldsvermutung auch das Recht des Beschuldigten umfasst, die Aussage zu verweigern. Von ihm sollte nicht erwartet werden, dass er sich selbst belastet; nun Art. 3 Abs. 1 lit. e der Richtlinie über das Recht auf

forderungen des IPBPR zurück. Um die möglichen Probleme aus der Koexistenz des IPBPR und der EMRK festzustellen, setzte das Ministerkomitee des Europarates ein Expertenkomitee ein. Im zweiten Teil seines Berichts vom 12.5.1969 kam das Komitee bei der Prüfung der unterschiedlich gewährten Rechte und Garantien in den beiden Menschenrechtsverträgen hinsichtlich der Selbstbelastungsfreiheit zu dem Schluss, dass diese in Art. 14 Abs. 3 lit. g IPBPR festgehaltene Freiheit zum Kernbestand eines fairen Verfahrens gehört und trotz der fehlenden Normierung auch einen Bestandteil des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK darstellt.⁵¹ Eine ausdrückliche Anerkennung der Selbstbelastungsfreiheit durch die Konventionsorgane entsprechend dieser Feststellung erfolgte jedoch nicht.

Um das Konkurrenzverhältnis zwischen den beiden Menschenrechtsverträgen zu mildern, beauftragte das Ministerkomitee 1977 erneut einen Lenkungsausschuss, der zur Aufnahme der im IPBPR enthaltenen, jedoch von der EMRK nicht gewährten Rechte und Garantien ein Zusatzprotokoll vorbereiten sollte. Bei seinem sechsten Treffen vom 12. bis 16.11.1979 schlug der Ausschuss vor, die in Art. 6 Abs. 3 EMRK nicht genannten Beschuldigtenrechte, u.a. die Selbstbelastungsfreiheit, gemäß Art. 14 Abs. 3 lit. g IPBPR in Art. 2 des 6. Zusatzprotokolls aufzunehmen. Dieses wurde allerdings am 22.11.1984 als 7. Zusatzprotokoll ohne eine solche Bestimmung verabschiedet.⁵²

Als der Gerichtshof 1993 im Fall *Funke*⁵³ entschied, dass die Selbstbelastungsfreiheit doch durch Art. 6 EMRK garantiert wird, wurde dies in Anbetracht der gescheiterten Initiativen, dieses Recht nachträglich in der EMRK zu verankern, in der Literatur als unerwartet und überraschend angesehen.⁵⁴ Doch war bei näherer Betrachtung zur Zeit der *Funke*-Entscheidung die Rechtsprechung der Konventionsorgane bereits so beschaffen, dass sie im Grunde unmittelbar die Sachverhalte der Selbstbelastungsfreiheit betraf, eine zunehmende Auseinandersetzung mit diesem Grundsatz und schließlich dessen ausdrückliche Anerkennung notwendig machte (mehr hierzu siehe unten, Kap. 5, II.A.3.).⁵⁵

Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren vom 22.05.2012 (2012/13/EU), wonach Verdächtige oder beschuldigte Personen über das Recht auf Aussageverweigerung zu belehren sind; hierzu siehe *Esser*, FS für Wolter, S. 1343.

⁵¹ Europarat, Ministerkomitee CM (69) 59, S. 44, abrufbar unter <http://128.121.10.98/coe/main.jsp?flag=browse&smd=1&awdid=14> [Stand: 23.12.2013]; darauf hinweisend auch *Guradze*, FS für Loewenstein, S. 160 Fn. 42; *Jackson*, ICLQ 2009, 835; siehe auch *Renzikowski*, FS für Amelung, S. 684; zu einem Vergleich der in den beiden Menschenrechtsverträgen enthaltenen Rechte und Garantien siehe *Schäfer*, AnwBl, 2006, 794 f.

⁵² Europarat, Ministerkomitee CM (79) 303, S. 8, abrufbar unter <http://128.121.10.98/coe/main.jsp?flag=browse&smd=1&awdid=13> [Stand: 23.12.2013]; hierzu siehe ferner *Schlauri*, S. 82.

⁵³ EGMR *Funke* ./ FR Ur. v. 25.02.1993 § 44.

⁵⁴ Vgl. *Harris* u.a., S. 259; *Berger*, Colum. J. Eur. L. 2006, 342–343, *Dennis*, S. 161; *ders.*, CLJ 1995, 3671 f.

⁵⁵ Vgl. *Naismith*, E.H.R.L.R. 1997, 229.

Auch nach der Anerkennung durch den EGMR hat es nicht an weiteren Versuchen gefehlt, die Selbstbelastungsfreiheit in der Konvention wörtlich festzuhalten. Dies stand zuletzt im Rahmen der Erweiterung der EMRK um die Verankerung der Rechte von inhaftierten Personen durch das 12. Zusatzprotokoll zur Debatte. Während der Lenkungsausschuss in seinem Entwurf vom 1996⁵⁶ lediglich die Belehrung von Inhaftierten über ihre den Freiheitsentzug betreffenden Rechte vorsah,⁵⁷ schlug die Kommission 1997 vor, dass die Belehrung eines festgenommenen Verdächtigten vor der Vernehmung auch die „im angelsächsischen Rechtskreis anerkannten“ Rechte umfassen sollte: zu schweigen, einen Verteidiger vor der Vernehmung zu konsultieren und dessen Anwesenheit während der Vernehmung beanspruchen zu dürfen.⁵⁸ Dabei verwies die Kommission außerdem ausdrücklich auf das Urteil des EGMR im Fall *Murray* vom 8.2.1996, in dem der Gerichtshof über die Verwertbarkeit des Schweigens des Beschuldigten während der Polizei- vernehmung sowie sein Recht auf Verteidigerkonsultation zu entscheiden hatte.⁵⁹ Das 12. Zusatzprotokoll wurde am 4.11.2000 jedoch ohne Rechte von Inhaftierten und nur mit dem Inhalt eines allgemeinen Diskriminierungsverbots in Art. 1 verabschiedet.

3. Kasuistik der Konventionsorgane vor der ausdrücklichen Anerkennung

Eine gründliche Analyse der Kasuistik der Konventionsorgane ergibt, dass diese sich bis zur ausdrücklichen Anerkennung der Selbstbelastungsfreiheit durch die *Funke*-Entscheidung mit fünf Fallgruppen befassten, bei denen sie Sachverhalte u.a. unter der Berücksichtigung der Selbstbelastungsfreiheit zu beurteilen hatten. Die erste Gruppe betraf die Umstände der polizeilichen Vernehmung eines Beschuldigten, die zu dessen unfreiwilligem Geständnis geführt haben sollten. Bei der zweiten Gruppe stellte sich die Frage nach der strafbewehrten Mitteilungspflicht eines Kfz-Halters unter Art. 6 Abs. 2 EMRK.⁶⁰ Im Rahmen der dritten Gruppe

⁵⁶ Abrufbar unter http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/Meeting%20reports%20committee/40th_en.pdf [Stand: 23.12.2013].

⁵⁷ Art. 2 des Entwurfs lautete „A person deprived of his liberty shall be informed in a language he understands of his rights relating of the deprivation of his liberty and how to avail himself of such rights“.

⁵⁸ Observations of the Commission on the Draft Protocol N 12, CDDH (97) 2.

⁵⁹ EGMR *John Murray* ./ *GB* Urt. v. 08.02.1996 §§ 40 ff.

⁶⁰ Unveröffentlichte Entsch. v. 26.05.1975 Beschw. 6170/73 zitiert nach EKMR *J.P., K.R., G.H.* ./ *AT* Entsch. v. 05.10.1989 § 2 Recht; hierzu ferner *Peukert*, Art. 6 Rn. 44; *Trechsel*, SJZ 1981, 321; *Stuckenberg*, S. 417; EKMR *J.P., K.R., G.H.* ./ *AT* Entsch. v. 05.10.1989 § 2 Recht; vgl. *Juan Gerardo Tora Tolmos* ./ *ES* ZE v. 17.05.1995, bei der die Kommission trotz der bereits durch den Gerichtshof anerkannten Verankerung der Selbstbelastungsfreiheit im Fall *Funke* die strafbewehrte Informationspflicht eines Autohalters weiter unter Berücksichtigung der Unschuldsvermutung in Art. 6 Abs. 2 behandelte; siehe für die Kritik, dass die Kommission bei der genannten Entscheidung die nach dem Urteil

stand die Frage zur Prüfung, ob die Entnahme von körperlichen Substanzen des Beschuldigten ebenfalls mit der Unschuldsvermutung nach Art. 6 Abs. 1 EMRK vereinbar ist.⁶¹ Im vierten Fall beschwerte sich der Betroffene, dass sein Recht auf Selbstbelastungsfreiheit im Zivilverfahren erneut unter Berufung auf Art. 6 Abs. 2 EMRK durch die Auferlegung eines sogenannten Offenbarungseids eingeschränkt würde.⁶² Schließlich hatten die Konventionsorgane über die Vereinbarkeit der Aussagepflicht von Zeugen mit der Freiheit der Meinungsäußerung nach Art. 10 EMRK zu urteilen. Dabei ging es um das Aussageverweigerungsrecht von Zeugen wegen einer möglichen Selbstbelastung.⁶³

Im Folgenden wird aus Platzgründen lediglich auf die Fälle der ersten Gruppe eingegangen, da sie für die vorliegende Arbeit besonders relevant sind; konkret a) die Verwertbarkeit unfreiwilliger Geständnisse, b) die Belehrung bei der polizeilichen Vernehmung und c) das Verteidigerkonsultationsrecht bei der polizeilichen Vernehmung.

a) Verwertbarkeit unfreiwilliger Geständnisse

Es überrascht nicht, dass sich die Kommission bereits 1968 mit der altbekannten Fragestellung der Verwertbarkeit unfreiwilliger Geständnisse im Strafverfahren zu befassen hatte. In der Prüfung stieß sie bei der Subsumtion der Sachverhalte unter einschlägige Konventionsbestimmungen auf Schwierigkeiten, da die EMRK diese Frage nicht ausdrücklich regelt.

im Fall Funke neue Rechtslage nicht berücksichtigt hat, EGMR *Weh* ./ AT Urt. v. 08.04.2004 § 48 = JR 2005, 423 mit Anm. *Gaede* = in Leitsätzen HRRS 6/2004, 194; vgl. EGMR *Rieg* ./ AT Urt. v. 24.03.2005 § 29, in dem der Gerichtshof ausdrücklich hervorhob, dass die Konventionskonformität der strafbewehrten Pflicht eines Autohalters, der Verkehrsbehörde im Rahmen eines Ordnungswidrigkeitsverfahrens wegen Geschwindigkeitsüberschreitung den Namen und die Adresse des Fahrers in angegebener Zeit vollständig mitzuteilen, nur unter Berücksichtigung von Art. 6 Abs. 1 zu überprüfen ist, und nicht von Art. 6 Abs. 2 EMRK.

⁶¹ EKMR X. ./ FR ZE 986/61, Digest of Case-Law Relating to The European Convention on Human Rights 1955–1967 S. 142; siehe ferner EKMR X. ./ DE, 1962 5. YB S. 193 (die Pflicht, eine medizinische Untersuchung zur Feststellung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit zu dulden, ist mit Art. 6 Abs. 2 EMRK vereinbar), zitiert nach *Emmerson/Ashworth/Macdonald*, S. 618 Rn. 13–15; *Rzepka*, S. 53 Fn. 215; EKMR X. ./ AT Beschw. 4338/69, zitiert nach *Harris* u.a., S. 300; EKMR X. ./ NL Entsch. v. 04.12.1978 Beschw. 8239/78 D&R 16, S. 184 (187–189); hierzu siehe auch *Rzepka*, S. 53; vgl. Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit durch Erhebung körperlicher Substanzen am Beschuldigten EGMR *Jalloh* ./ DE Urt. v. 11.07.2006 §§ 94 ff.; Eidespflicht des Zeugen im Strafverfahren EGMR *Serves* ./ FR Urt. v. 20.10.1997 §§ 21 ff.

⁶² EMRK *Arm Chappel* ./ GB Entsch. v. 14.03.1985 D&R 42, S. 145 f. (137–161); zur Nichtgeltung der Selbstbelastungsfreiheit in Zivilverfahren siehe unten Kap. 2, II.D.2.b)aa).

⁶³ EKMR K. ./ AT Bericht v. 13.10.1992 §§ 16 ff.; vgl. *Weiß*, NJW 1999, S. 2236 („eigentümliche“ Begründung).

Die Kommission griff 1968 die Unschuldsvermutung in Art. 6 Abs. 2 EMRK auf, um diese Lücke in der Konvention zu schließen. Hiernach würde die Unschuldsvermutung verletzt, wenn der Beschuldigte während des Ermittlungsverfahrens zum Zweck der Erpressung eines Geständnisses Misshandlungen ausgesetzt wird und das Gericht in dieser Weise erzwungene Einlassungen als Beweis zulässt. Denn dadurch verletze das Gericht die Anforderung der Unschuldsvermutung, bei der Erfüllung seiner Aufgabe nicht mit der Überzeugung oder der Vermutung zu beginnen, dass der Beschuldigte die Straftat begangen habe.⁶⁴ In einer nachfolgenden Entscheidung vom Jahr 1974 bestätigte die Kommission ihre obige Rechtsprechung und stellte die Frage bezüglich des Umfangs der verbotenen Vernehmungsmethoden allgemein und präziser. Die Frage sei, ob das Verhalten der Behörden während des Ermittlungsverfahrens unter bestimmten Umständen die Unschuldsvermutung verletzen würde, nämlich, wenn das Gericht nachträglich Einlassungen, die unrechtmäßig erlangt wurden, ohne weitere Prüfung als schlüssige Beweise annimmt.⁶⁵ Diese Rechtsprechung zeigt, dass der Beschuldigte vor der Verwertung erzwungener Geständnisse nur einen bedingten Schutz hatte. Sie schloss nämlich weder die Überprüfung eines solchen Geständnisses aus noch verbot sie seine Verwertbarkeit, sollte es sich durch andere Beweise bestätigen lassen.

Der Gerichtshof hatte erst 1988 die Gelegenheit, diese für den Beschuldigten ungünstige Rechtsprechung der Kommission zu korrigieren. Er subsumierte korrekterweise die Verwertbarkeit erpresster Geständnisse unter dem allgemeinen Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK. Nach dem Gerichtshof wird der Schutz der Unschuldsvermutung auch dann eingeschränkt, wenn sich das Gericht der Ansicht der Anklagebehörde erst nach der Überprüfung der Glaubwürdigkeit des Geständnisses anschließt.⁶⁶ Im konkreten Fall sei der Verlauf des Verfahrens gegen die Beschuldigten unter dem Gesichtspunkt der Fairness (Art. 6 Abs. 1 EMRK) u.a. deswegen zu beanstanden, weil das Gericht ihre polizeilichen Geständnisse gegen sie verwertet habe, die sie ohne einen rechtlichen Beistand, in einer *incommunicado*-Polizeihaft und angeblich unter Folter abgegeben hatten.⁶⁷

⁶⁴ EKMR *AT* ./ *IT* Bericht v. 30.03.1968 § 153; hierzu siehe ferner *Guradze*, S. 103 Rn. 22; *Dörr*, S. 62; ähnlich auch UN-Menschenrechtsausschuss (im Folgenden: MRA) *Saidov* ./ *TJ* Entsch. v. 08.07.2004 § 6.7; in diese Richtung außerdem MRA *Sultanova* ./ *UZ* Entsch. v. 30.03.2006 § 7.3.

⁶⁵ EKMR *H.H.* ./ *AT* Entsch. v. 05.10.1974 Recht; *Rzepka*, S. 54; *Dörr*, S. 62; *Inceoğlu*, S. 35; *Üzülmez*, TBBD 58/2005, 66 f.; kritisch gegenüber einem so hergestellten Zusammenhang zwischen Unschuldsvermutung gemäß Art. 6 Abs. 2 EMRK und Verwertbarkeit erzwungener Geständnisse *Bosch*, Aspekte, S. 95; vgl. *Stuckenberg*, S. 418.

⁶⁶ EGMR *Barberà, Messeguè und Jabardo* ./ *ES* Ur. v. 06.12.1988 § 90 f.

⁶⁷ EGMR *Barberà, Messeguè und Jabardo* ./ *ES* Ur. v. 06.12.1988 §§ 87 ff.; vgl. EGMR *Ferrantelli und Santangelo* ./ *IT* Ur. v. 07.08.1996 §§ 45 ff.

b) Belehrungspflichten bei der polizeilichen Vernehmung

Über eine zweite Fragestellung hatte die Kommission 1971 im Rahmen einer Beschwerde gegen Deutschland zu befinden, nämlich ob die Fairness eines Strafverfahrens gemäß Art. 6 EMRK verletzt wird, wenn der Beschuldigte bei der polizeilichen Vernehmung ohne eine vorausgegangene Belehrung über das Aussageverweigerungs- und Verteidigerkonsultationsrecht ein Geständnis ablegt, welches dann vom Gericht gegen ihn verwertet wird. Vor der Kommission machte der Beschuldigte geltend, dass ihm durch die Unterlassung der in §§ 136, 163a StPO vorgesehenen Belehrung die Gelegenheit entzogen worden sei (vgl. Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK), seine Verteidigung in einer angemessenen Zeit vorzubereiten (vgl. Art. 6 Abs. 3 lit. b EMRK), die Aussage zu verweigern oder im Vorhinein einen Verteidiger zu konsultieren (vgl. Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK), jedenfalls eine Entscheidung nach eigenem freiem Willen zu treffen. Dabei berief er sich auf die Unschuldsvermutung in Art. 6 Abs. 2 EMRK und auf die Verteidigungsrechte in Abs. 3 lit. b und lit. c EMRK.⁶⁸

Bevor die Kommission den Sachverhalt auf dieser Rechtsgrundlage prüfte, stellte sie fest, dass das Recht auf ein faires Verfahren für die Vernehmung des Betroffenen als Beschuldigten nicht anwendbar sei. Denn während der polizeilichen Vernehmung sei er nicht nur kein „Angeklagter“ i.S.v. Art. 6 Abs. 1 gewesen, sondern die Vernehmung habe auch keine „Stichhaltigkeit einer strafrechtlichen Anklage“ gemäß Art. 6 Abs. 1 zum Gegenstand. Daher habe die Kommission im konkreten Fall nur zu überprüfen, ob die Verwertung des Geständnisses des Beschuldigten durch die nationalen Gerichte mit dem Recht auf ein faires Verfahren vereinbar sei. Nach der Kommission stelle die Verwertung an sich keine Verletzung der genannten Rechte dar, weil der Beschuldigte nach seinen polizeilichen Vernehmungen doch genügend Gelegenheit gehabt hätte, einen Verteidiger zu konsultieren und seine Verteidigung vorzubereiten.⁶⁹

c) Verteidigerkonsultationsrecht bei der polizeilichen Vernehmung

Die dritte Fragestellung betraf das Recht auf Verteidigerbeistand bei der polizeilichen Vernehmung nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK. Dazu äußerte sich die Kommission in drei Entscheidungen.

In der ersten Entscheidung aus dem Jahr 1983 hatte sich die Kommission mit der Beschwerde zu befassen, dass der Beschuldigte während seiner polizeilichen Vernehmung trotz mehrmaliger Äußerung seines Wunsches, mit seinem Verteidiger zu sprechen, weiter vernommen und dabei unter Druck gesetzt worden sei. Erst nach dem Unterschreiben eines Vernehmungsprotokolls, das sein Geständnis enthielt,

⁶⁸ EKMR X. ./ DE Beschw. 4483/70 Entsch. v. 12.07.1971, CD 38, S. 77 ff.

⁶⁹ Ebd.

sei ihm der Zugang zum Verteidiger gewährt worden. Vor dem nationalen Gericht widerrief er die Richtigkeit seines Geständnisses, weil er unter Druck gesetzt worden sei. Die Richterin stellte fest, dass der Verteidiger in der Tat vor dem Unterschreiben des Protokolls um den Zugang zum Beschuldigten gebeten hatte und dieser ihm verweigert worden war. Die Behauptung des Beschuldigten, dass auch er nach dem Zugang verlangt habe, wies sie zurück, weil dies sich aus den polizeilichen Akten nicht ergebe. Daher lasse sich feststellen, dass das Geständnis des Beschuldigten freiwillig und die Verwertbarkeit der polizeilichen Aussagen des Beschuldigten zulässig sei.

Die Kommission betonte, dass sie keinen Grund habe, die Feststellungen der englischen Richterin hinsichtlich der Behauptung, dass der Beschuldigte keinen Zugang zu seinem Verteidiger verlangt habe, in Frage zu stellen. Dies würde ferner durch die eigenen Aussagen des Beschuldigten gestützt, die er zu Protokoll gegeben habe. Es gelte jedoch weiter zu überprüfen, ob die Verwertbarkeit der Aussagen des Beschuldigten, die er im konkreten Fall ohne eine anwaltliche Beratung und in einer von der Außenwelt isolierten Umgebung gemacht hatte, mit den Erfordernissen eines fairen Verfahrens nach Art. 6 Abs. 1 EMRK vereinbar sei. Dabei sei insbesondere zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte nach dem englischen Recht das Schweigerecht hatte und doch gleichzeitig behauptete, dass seine Aussagen unter Druck erlangt worden seien. Sein polizeiliches Geständnis sei außerdem der einzige belastende Beweis gewesen, der für die Anklage essenziell gewesen sei. Nach der Kommission wäre in so einem Fall jede begründete Behauptung bezüglich der Richtigkeit eines solchen Beweises für die Fairness seines Strafverfahrens von erheblicher Bedeutung. Es liege jedoch kein Grund vor anzunehmen, dass seine Vernehmung durch die Polizei oder seine Abschottung von anderen Personen aus einem anderen Grund als der Ermittlung einer Straftat oder mit der Absicht, ihn zu verwirren, vorgenommen worden seien. Nichtsdestoweniger fordere das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK eine Vorgehensweise, in der die Echtheit eines Beweises und seine Eignung zur Aufnahme ins Verfahren überprüft werden, wenn der einzige belastende Beweis gegen den Beschuldigten unter Umständen erlangt wurde, unter denen ihm kein rechtlicher Beistand gewährt wurde, und er die Richtigkeit des Beweises nachträglich widerriefe. Im konkreten Fall habe die Richterin im *voire dire*-Verfahren die Zulässigkeit des Geständnisses bejaht, also bevor die Strafsache vor der Jury verhandelt wurde, die über die Beweiskraft des polizeilichen Geständnisses nach der Anhörung der anderen Zeugen entschied. Dabei habe sie die Freiwilligkeit des Geständnisses und die Einhaltung der Vernehmungsregeln überprüft, wobei eine Verletzung der letzteren nicht automatisch zu einem Ausschluss des Beweises führe, sondern dem Richter auferlege, eine Ermessensentscheidung zu treffen. Unter diesen Umständen hatte der Beschuldigte nach Ansicht der Kommission ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK erhalten.⁷⁰

⁷⁰ EKMR *G. v. GB* Entsch. v. 13.10.1983 Recht § 5 ff.

In der zweiten Entscheidung aus dem Jahr 1990 rügte der Beschwerdeführer explizit die Verletzung des Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK, weil ihm bei der polizeilichen Vernehmung das Recht auf Verteidigerbeistand verweigert und sein Recht auf Schweigen verletzt worden sei. Der Beschwerde lag zugrunde, dass die polizeiliche Vernehmung des Beschuldigten nach der Mittagspause, anders als am Vormittag, in Abwesenheit seines Verteidigers fortgeführt wurde. Aus den Tonbandaufnahmen der Vernehmung ließ sich feststellen, dass der Beschuldigte nach einer Weile bei der fortgesetzten Vernehmung erneut die Anwesenheit seines Verteidigers verlangte. Daraufhin erklärte man ihm, dass dies unmöglich sei. Den Abbruch der Vernehmung lehnte man ebenfalls ab. Nach dem Beschwerdeführer erfolgte der Rest der Vernehmung deshalb unter Druck.⁷¹

Die Kommission ging bei ihrer Beurteilung nicht auf die Frage ein, ob die Konvention überhaupt ein Schweigerecht gewährt. Sie führte lediglich ihre im Fall *Can*⁷² entwickelte Rechtsprechung an, dass Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK dem Beschuldigten ein allgemeines Recht auf Beistand durch einen Verteidiger während des gesamten Strafverfahrens gewähre. Dieses Recht sei jedoch im konkreten Fall nicht verletzt, weil der Beschuldigte nach der Bekanntgabe, dass die erneute Anwesenheit des Verteidigers nicht gestattet würde, die Beantwortung weiterer Fragen nicht verweigert habe.⁷³ Darüber hinaus sei der Beschuldigte nach dem nationalen Recht imstande gewesen, die Verwertbarkeit seiner polizeilichen Aussagen anzufechten, wenn die Umstände der polizeilichen Vernehmung die Fairness des Verfahrens beeinträchtigt hätten.⁷⁴

In der letzten Entscheidung aus dem Jahr 1992 wich die Kommission von ihrer eben dargestellten Rechtsprechung ab und überprüfte unabhängig von den Feststellungen des nationalen Gerichts die Beschwerden des Beschuldigten über die Umstände bei der polizeilichen Vernehmung, die sein Geständnis unfreiwillig gemacht hätten. Dass der Beschuldigte seine Aussagen bei der polizeilichen Vernehmung angeblich unter Zwang und ohne Belehrung über sein Recht auf Schweigen und auf einen anwaltlichen Beistand gemacht habe, sei nach der Kommission unter den Umständen des Falles mindestens prima facie nicht nachgewiesen. Außerdem seien die gegen ihn erhobenen Beschuldigungen nicht nur durch sein polizeiliches Geständnis, sondern auch durch Belastungszeugen nachgewiesen. Insofern sei nicht davon auszugehen, dass die angeblich unterlassenen Belehrungen über das Schweigerecht und das Recht auf einen anwaltlichen Beistand seine Situation in einem Maß beeinflusst hätten, das eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK darstellen würde.⁷⁵

⁷¹ EKMR *Law ./. GB ZE* v. 15.02.1990.

⁷² EKMR *Can ./. AT Bericht* v. 12.07.1984 § 54.

⁷³ EKMR *Law ./. GB ZE* v. 15.02.1990 § Recht.

⁷⁴ EKMR *Law ./. GB ZE* v. 15.02.1990.

⁷⁵ EKMR *Kritsch ./. AT Entsch.* v. 11.05.1992 § 2 Law.

d) Ergebnisse

Die oben dargelegten Sachverhalte betrafen allesamt unmittelbar die Selbstbelastungsfreiheit.⁷⁶ Dennoch ging die damalige Rechtsprechung der Kommission offenbar von einer zeitlich beschränkten Anwendbarkeit des Art. 6 EMRK aus, sodass die Fairnessgarantien der Konvention einschließlich des Schweigerechts sowie des Verteidigerkonsultationsrechts auf die polizeiliche Vernehmung nicht anwendbar waren. Darüber hinaus verhielt sich die Kommission zurückhaltend, wenn es um die Tatsachenfeststellung hinsichtlich gerügter Verstöße gegen die Konvention ging. Dasselbe galt schließlich für die Annahme von Beschwerden, die mit der Begründung, Konventionsrecht sei verletzt worden, ein Beweisverwertungsverbot forderten. Die entgegengesetzte Bewegung in der Rechtsprechung der Konventionsorgane zeichnete sich erst im Fall *Funke* ab, in der der Gerichtshof die Selbstbelastungsfreiheit ausdrücklich als unbenannte Ausprägung des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK anerkannte.

4. Ausdrückliche Anerkennung der Selbstbelastungsfreiheit

Dieser Rechtsprechung ging der Rechtsstreit des Beschwerdeführers vor der Kommission voraus. *Funke* behauptete dort, dass durch seine Bestrafung wegen der Verweigerung der Herausgabe von Dokumenten, die in einem bereits eingeleiteten Strafverfahren als Beweismittel gegen ihn hätten verwendet werden können, sein Recht auf ein faires Verfahren in Art. 6 Abs. 1 EMRK und die Unschuldsvermutung in Art. 6 Abs. 2 EMRK verletzt worden seien. Art. 6 Abs. 1 EMRK sei deswegen verletzt, weil sein Recht, selbstbelastende Aussagen zu verweigern, missachtet worden sei. Dieses Recht sei in den Rechtssystemen der Vertragsstaaten, in der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte anerkannt.⁷⁷ Ebenso verstoße es gegen die Unschuldsvermutung, wenn das nationale Recht die Beweislast dahingehend regelt, dass ein Beschuldigter verpflichtet ist, mit der Anklagebehörde zu kooperieren.⁷⁸

Auf diese Ausführungen erteilte die Kommission keine Antwort, soweit es um die Verankerung der Selbstbelastungsfreiheit in der Konvention ging. Sie überprüfte die konkreten Beschwerden. In diesem Zusammenhang stellte sie zunächst die

⁷⁶ Zur Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit durch die Verwertung erzwungener Geständnisse siehe EGMR *Gägen* ./ DE UrT. v. 01.07.2010 § 186 f.; EGMR *Nechiporuk und Yonkalo* ./ UA UrT. v. 21.04.2011 § 260; Verletzung der Fairness des Verfahrens durch Nichteinhaltung rechtlicher Garantien bei der polizeilichen Vernehmung, die die Freiwilligkeit des Geständnisses in Frage stellt EGMR *Yaremko* ./ UA UrT. v. 12.06.2008 § 79; Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit durch Unterlassung der Belehrung bei der polizeilichen Befragung EGMR *Aleksandr Zaichenko* ./ RU UrT. v. 18.02.2010 §§ 41 ff.

⁷⁷ EKMR *Funke* ./ FR Bericht v. 08.10.1991 § 57.

⁷⁸ EKMR *Funke* ./ FR ZE v. 06.10.1988 § Beschwerdeführer Ziffer 2.

Beschränkbarkeit des Konventionsrechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK fest. Das französische Recht bezwecke insofern legitimerweise die Wahrung finanzieller Interessen des Landes, wenn einem Beschuldigten bei den Ermittlungen in einer Zollangelegenheit die strafbewehrte Pflicht auferlegt wird, den Behörden entsprechende Informationen bzw. Dokumente offenzulegen oder zu erstellen. Das primäre Ziel sei hierbei nicht die Förderung einer Strafverfolgung, sondern die Wahrung der wirtschaftlichen Interessen des Landes. Ferner stelle die bloße Forderung nach Herausgabe von bestimmten Dokumenten keinen Verstoß gegen den Grundsatz der Unschuldsvermutung nach Art. 6 Abs. 2 EMRK dar. Denn sie gelte nur im Rahmen des nationalen Rechts. Schließlich könne die Kommission die möglichen Einwirkungen dieser Dokumente auf das vorliegende Strafverfahren nicht feststellen, weil es eingestellt worden sei.⁷⁹

Der Beschwerdeführer brachte seine abgewiesene Beschwerde vor den EGMR und erhielt Recht. Dabei erkannte der Gerichtshof in Übereinstimmung mit dem Vortrag des Beschwerdeführers ausdrücklich an, dass Art. 6 Abs. 1 EMRK implizit auch das Recht eines Beschuldigten enthält, zu schweigen und zu seiner Belastung nicht beitragen zu müssen.⁸⁰ Aus der Entscheidung lässt sich außer der wortwörtlichen Anerkennung dieses neuen Rechts im Hinblick auf seinen Schutzzinhalte außerdem entnehmen, dass die strafbewehrte Pflicht eines Beschuldigten, den Ermittlungsorganen bestimmte Dokumente auszuhändigen, die in einem bereits eingeleiteten Strafverfahren als Beweismittel gegen ihn verwendet werden könnten, ein Eingriff in dieses Recht ist, der auch durch öffentliches Interesse nicht gerechtfertigt werden kann. Weitere Erkenntnisse über die Selbstbelastungsfreiheit enthielt die Entscheidung nicht.

5. Zwischenergebnisse

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Selbstbelastungsfreiheit, auch wenn in der Konvention nicht explizit geregelt, infolge der Rechtsfortbildung durch den EGMR ein Bestandteil des Rechts auf ein faires Verfahren i.S.d. Art. 6 Abs. 1 EMRK geworden ist. Die anfängliche Lücke in der Konvention, die sich insbesondere nach Verankerung der Selbstbelastungsfreiheit durch die zahlreichen nachfol-

⁷⁹ EKMR *Funke* ./ FR Bericht v. 08.10.1991 §§ 63 ff.

⁸⁰ EGMR *Funke* ./ FR Urte. v. 25.02.1993 § 44; anschließend auch EKMR *Saunders* ./ GB Bericht v. 10.05.1994 § 69; so auch hinsichtlich Art. 14 Abs. 3 lit. g IPBPR CCCR-*Nowak*, Art. 14 Rn. 59; vgl. *Berger*, E.H.R.L.R 2007, 516, der die Entscheidung im Falle *Funke* als früheste Bestätigung des Schweigerechts in der Konvention sieht; so auch von *Arnim*, GS für Blumenwitz, S. 271; *Eisenhardt*, S. 148; *Renzikowski*, FS für Amelung, S. 672; *Jackson*, ICLQ 2009, 835; siehe auch *Rau*, S. 299 f.; *Mahlstedt*, S. 104 („unbenanntes Teilrecht“ des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK); zum konventionsrechtlichen Schutz des Aussageverweigerungsrechts von Angehörigen im Strafverfahren siehe EGMR *Unterpertinger* ./ AT Urte. v. 24.11.1986, 30 ff. = NJW 1987, 3068.

genden Menschenrechtsverträge bemerkbar machte, ist damit geschlossen. Die Frage der nachträglichen Normierung der Selbstbelastungsfreiheit durch ein Zusatzprotokoll ist in Anbetracht der dem Fall *Funke* folgenden intensiven Rechtsprechung des EGMR nun gegenstandslos geworden. Bemerkenswert ist, dass die oben umrissene Rechtsprechung der ehemaligen Kommission, die von der Anerkennung der Selbstbelastungsfreiheit deutlich Abstand nahm und dem Beschuldigten insbesondere im Polizeigewahrsam kaum Schutz des Rechts auf ein faires Verfahren i.S.d. Art. 6 EMRK gewährte, durch die spätere Rechtsprechung des Gerichtshofs völlig überholt wurde.

Im Gegensatz zur Entscheidungspraxis der Kommission, die diesen Umstand verkannte, liegt der aktuellen Rechtsprechung des EGMR der Leitsatz zugrunde, dass ein Beschuldigter im Polizeigewahrsam im Regelfall doch nach außen abgeschottet ist und sich in einer äußerst schwierigen Lage befindet.⁸¹ Dieser Faktizität trägt der Gerichtshof mit scharfen Rechtsfolgen Rechnung, wenn die Konventionsrechte in dieser Phase des Strafverfahrens verletzt werden. So sind Geständnisse, die unter Misshandlungen i.S.d. Art. 3 EMRK zustande kommen, nach der gefestigten Rechtsprechung des EGMR stets unverwertbar, und zwar unabhängig davon, welcher Beweiswert ihnen zukommt und ob sie durch andere Beweise unterstützt werden.⁸² Auch besteht kein Zweifel, dass die Beschuldigtenrechte in Art. 6 Abs. 3 EMRK bei der polizeilichen Vernehmung anwendbar sind.⁸³ Ferner zeigt der EGMR keine Zurückhaltung dabei, Verstöße gegen die Fairnessrechte des Art. 6 EMRK bei der polizeilichen Vernehmung unabhängig von den Feststellungen nationaler Instanzen zu prüfen.⁸⁴ Darüber hinaus sieht der EGMR die positivrechtliche Verankerung des Schweigerechts an sich nicht als Beleg an, dass dieses Recht bei der polizeilichen Vernehmung tatsächlich gewährt wurde.⁸⁵ Ebenso wenig ist mit der Gewährung des Schweigerechts dem Recht auf Verteidigerbeistand bei der polizeilichen Vernehmung nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK Genüge getan, das eigenständig besteht.⁸⁶ Zwar nimmt auch der Gerichtshof kein Fortsetzungsverbot an, wenn ein Beschuldigter bei der polizeilichen Befragung den Wunsch äußert, einen Verteidiger zu konsultieren.⁸⁷ Im Gegensatz zur Kommission macht er allerdings deutlich, dass der entsprechende Wille des Beschuldigten durch Gewalt, Drohung oder Täuschung

⁸¹ Stellvertretend EGMR *Salduz* ./ TR Ur t. v. 27.10.2008 § 54.

⁸² EGMR *Gäfgen* ./ DE Ur t. v. 01.07.2010 § 166; EGMR *Stanimirov* ./ RS Ur t. v. 18.10.2011 § 51; mehr hierzu siehe unten Kap. 2, VI.B.1.a)aa)(1).

⁸³ Stellvertretend EGMR *Martin* ./ EE Ur t. v. 30.05.2013 § 77; siehe außerdem unten Kap. 2, II.D.2.c).

⁸⁴ Siehe etwa EGMR *Sorokins und Sorokina* ./ LT Ur t. v. 28.05.2013 § 111; EGMR *Baran und Hun* ./ TR Ur t. v. 20.05.2010 § 70 f.

⁸⁵ Vgl. EGMR *Hakan Duman* ./ TR Ur t. v. 23.03.2010 § 50; EGMR *Pishchalnikov* ./ RU Ur t. v. 24.09.2009 § 79.

⁸⁶ EGMR *Navone und andere* ./ FR Ur t. v. 24.10.2013 §§ 74 ff.

⁸⁷ EGMR *Pishchalnikov* ./ RU Ur t. v. 24.09.2009 § 79 f.; EGMR *Francis O’Kane* ./ GB ZE v. 06.07.1999 § Recht.

nicht überwunden werden darf.⁸⁸ Eine solche unzulässige Druckausübung, die die Kommission in dem oben genannten Fall nicht annahm,⁸⁹ liegt offenkundig vor, wenn ihm zu verstehen gegeben wird, dass seinem Wunsch nicht entsprochen wird.⁹⁰

Es stellt sich nun die Frage, welche Begründung der Selbstbelastungsfreiheit der Gerichtshof zugrunde legt, aus der er eine Aussagefreiheit für den Beschuldigten ableitet und durch die er im Einzelnen zu den dargelegten Ergebnissen kommt.

B. Begründung der Selbstbelastungsfreiheit

Die Selbstbelastungsfreiheit leitet der Gerichtshof, wie erwähnt, aus dem Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK ab (1.), im Rahmen einer allgemeinen Prämisse (2.), die er bei der intensiven Auslegung dieses Rechts berücksichtigt. Insofern ist die konventionsrechtliche Selbstbelastungsfreiheit ein Ergebnis der Rechtsprechung des EGMR, die die ungeschriebenen Konturen des Rechts auf ein faires Verfahren über den Wortlaut des Art. 6 EMRK hinaus zu bestimmen angelegt ist (3.). Der Gerichtshof geht hierbei wohl von einigen Zwecken aus, die für ein faires Verfahren im Sinne des Art. 6 EMRK unabdingbar sind (4.). In diesem Zusammenhang macht er darauf aufmerksam, dass die Selbstbelastungsfreiheit ein Bestandteil der völkerrechtlichen Standards für ein faires Verfahren ist (5.). Schließlich steht seine Begründung mit mehreren in der EMRK selbst verankerten Rechte und Freiheiten im Zusammenhang (6.).

1. Recht auf ein faires Verfahren

„Jede Person hat ein Recht darauf, dass [...] über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage [...] in einem fairen Verfahren [...] verhandelt wird“.⁹¹

Der Begriff der Fairness in Art. 6 Abs. 1 EMRK hat seinen Ursprung im angelsächsischen *Common Law*.⁹² Dort wird die Idee der Fairness auf den Verhaltenskodex bei sportlichen Aktivitäten zurückgeführt, dem Werte zugrunde liegen wie Respekt vor dem Gegner, Spielregeln, Ehrlichkeit, Selbstbeschränkung und Siegbereitschaft nicht um jeden Preis.⁹³ Überträgt man diese Idee auf das Strafverfahren, in dem eine Anklagebehörde den Beschuldigten zur Durchsetzung des materiellen Strafrechts vor Gericht der Begehung einer Straftat überführen will, so betrifft die

⁸⁸ EGMR *Galstyan* ./ AM Urt. v. 15.11.2007 § 91.

⁸⁹ EKMR *Law* ./ GB ZE v. 15.02.1990.

⁹⁰ Vgl. EGMR *Pishchalnikov* ./ RU Urt. v. 24.09.2009 § 79 f.

⁹¹ Für den Wortlaut der ganzen Vorschrift siehe Anhang: Gesetzestexte.

⁹² CCPR-Nowak, Art. 14 Rn. 1.

⁹³ *Trechsel*, Human Rights, S. 82; zu weiteren Wurzeln der Fairnessidee in der utilitaristischen Rechtsphilosophie *Renzikowski*, FS für Lampe, S. 794 f.

Fairness im Allgemeinen alle Strukturen der Strafrechtspflege und alle Interaktionen zwischen den Beteiligten am Verfahren. Der Gerichtshof bezeichnet diesen Prozess und die dabei einzuhaltende Maxime als „fair administration of justice“.⁹⁴ Hierbei geht es nicht um die materielle Gerechtigkeit, die grundsätzlich die korrekte Anwendung des Strafrechts auf eine fehlerfreie Tatsachenfeststellung voraussetzt, sondern um die prozessuale Gerechtigkeit,⁹⁵ welche unbestritten zunächst das äußere Erscheinungsbild einer fairen Rechtspflege (die „appearances to the fair administration of justice“) betrifft.⁹⁶ Der Gerichtshof verweist hierbei auf ein bekanntes englisches Diktum, nämlich „justice must not only be done; it must also be seen to be done“.⁹⁷ Alle an einem Strafverfahren beteiligten Organe haben insofern eine faire Verfahrensführung zu betreiben.⁹⁸

Eine Definition des Prinzips der fairen Rechtspflege ist in der Rechtsprechung des EGMR nicht ersichtlich. Außerdem bleibt das Verhältnis zwischen dem Prinzip der fairen Rechtspflege und dem Recht auf ein faires Verfahren gemäß Art. 6 EMRK in seiner Rechtsprechung ungeklärt. Fest steht, dass das Recht auf ein faires Verfahren den allgemeinen Anspruch eines Beschuldigten auf faire Rechtspflege enthält⁹⁹ und sich deren Funktion nicht in einem allgemeinen Programmsatz erschöpft. Im Übrigen ist das Recht auf ein faires Verfahren durch den Text des Art. 6 nicht begrenzt.¹⁰⁰ Es ist imstande, weitere Rechte und Garantien zu entfalten, um das konventionrechtliche Konzept der fairen Rechtspflege zu verwirklichen. Dies nennt der Gerichtshof das weit gefasste Konzept eines fairen Verfahrens, „the wider concept of a fair trial“.¹⁰¹ Dabei geht es hauptsächlich um solche prozessualen Garantien, die eine ausbalancierte Gestaltung des Verfahrens sichern und/oder

⁹⁴ EGMR *Delcourt* ./ *BE* Ur. v. 17.01.1970 § 25; EGMR *Borgers* ./ *BE* Ur. v. 30.10.1991 § 29; EGMR *Öcalan* ./ *TR* Ur. v. 12.03.2003 § 140; EGMR *Moiseyev* ./ *RU* Ur. v. 09.10.2008 § 203; EGMR *Zhuk* ./ *UA* Ur. v. 21.10.2010 § 27.

⁹⁵ Vgl. EGMR *Harutyunyan* ./ *AM* Ur. v. 28.06.2007 § 61; *Harris* u.a., S. 14 f. und S. 202; *Trechsel*, Human Rights, S. 83; *Villiger*, S. 301 Rn. 470; *Meyer-Ladewig*, Art. 6 Rn. 96; *Grabenwarter*, S. 421 Rn. 60; *Peters/Altwicker*, S. 136 Rn. 2; *Rzepka*, S. 23 f.

⁹⁶ EGMR *Borgers* ./ *BE* Ur. v. 30.10.1991 § 29; EGMR *Komanicky* ./ *SK* Ur. v. 04.06.2002 § 55; EGMR *A.B.* ./ *SK* Ur. v. 04.03.2003 § 61; EGMR *Öcalan* ./ *TR* Ur. v. 12.03.2003 § 140; EGMR *Batsanina* ./ *RU* Ur. v. 26.05.2009 § 24; hierzu siehe ferner *Rzepka*, S. 23 f.; *Peters/Altwicker*, S. 136 Rn. 2.

⁹⁷ „Gerechtigkeit allein ist nicht genug, sie muss auch sichtbar ausgeübt werden“. EGMR *Delcourt* ./ *BE* Ur. v. 17.01.1970 § 25; ferner siehe EKMR *T./GB* Bericht v. 04.12.1998; EGMR *Pichugin* ./ *RU* Ur. v. 23.10.2012 § 185; siehe ferner *Callewaert*, EuGRZ 2996, 368.

⁹⁸ Für die Pflicht des Richters siehe EGMR *Romenskiy* ./ *RU* Ur. v. 13.06.2013 § 27; für die Pflicht der Ermittlungsorgane siehe EGMR *Kolu* ./ *TR* Ur. v. 02.08.2005 §§ 52 ff.

⁹⁹ EGMR *Ramanauskas* ./ *LT* Ur. v. 05.02.2008 § 53.

¹⁰⁰ Vgl. EGMR *Pichugin* ./ *RU* Ur. v. 23.10.2012 § 185.

¹⁰¹ EGMR *Delcourt* ./ *BE* Ur. v. 17.01.1970 § 25; EGMR *Öcalan* ./ *TR* Ur. v. 12.03.2003 § 140; *Karakehya*, S. 24; *Athlan*, AÜEHFD 8/2004, 302.

die Teilhabe des Beschuldigten am Verfahren ermöglichen.¹⁰² Dieser Gedanke findet sich gerade in den Verfahrensgrundsätzen der Waffengleichheit und des adversatorischen Verfahrens, welche der Gerichtshof zu dem weiten Konzept des Rechts auf ein faires Verfahren zählt.¹⁰³ Man muss allerdings zugeben, dass auch mit einer solchen Zielsetzung der Begriff der Fairness weiterhin eine beachtliche Vagheit¹⁰⁴ und Art. 6 EMRK im Ergebnis einen offenen Schutzzinhalt aufweist.¹⁰⁵

2. Auslegungsprämissen

Dennoch hebt der EGMR bei der Auslegung des Art. 6 einige Grundsätze hervor, unter deren Beachtung er das Recht auf ein faires Verfahren im Einzelnen konkretisiert. Danach sind die Garantien und Rechte des Art. 6 EMRK aufgrund des hohen Stellenwerts des Rechts auf ein faires Verfahren in einer demokratischen Gesellschaft grundsätzlich nicht eng, sondern weit auszulegen, damit der Zweck dieser Vorschrift möglichst wirksam erreicht werden kann.¹⁰⁶ Der Gerichtshof nimmt ihre Auslegung prinzipiell eigenständig, also autonom von einem bereits vorliegenden Verständnis in den Vertragsstaaten vor.¹⁰⁷ Er nimmt diese breite Auslegung des Rechts auf ein faires Verfahren in Art. 6 EMRK außerdem losgelöst vom historischen Willen der Vertragsparteien von vor über 50 Jahren und dynamisch unter Berücksichtigung aktueller Verhältnisse vor.¹⁰⁸ Entscheidend kommt es bei der Auslegung des Art. 6 EMRK auf die teleologische Methode an.¹⁰⁹ Darüber

¹⁰² EGMR *Dvorski* ./ HR Ur t. v. 28.11.2013 § 87; siehe auch *Peters/Altwickler*, S. 136 Rn. 2; *Harris* u.a., S. 250 f.; SK-StPO-*Paeffgen*, Art. 6 Rn. 70; *Eisenhardt*, S. 147; *Lubig/Sprenger*, ZIS 9/2008, 438.

¹⁰³ EGMR *Moiseyev* ./ RU Ur t. v. 09.10.2008 § 203; EGMR *Öcalan* ./ TR Ur t. v. 12.03.2003 § 166; siehe für die Anerkennung des in Art. 6 nicht ausdrücklich genannten Prinzips der Waffengleichheit im Menschenrechtsschutzsystem der EMRK stellvertretend *Trechsel*, Human Rights, S. 95; *Harris* u.a., S. 251 ff.; m.w.N. *Summers*, S. 103 ff.; außerdem *Grabenwarter*, S. 420 Rn. 60; *Ambos*, S. 406–412 Rn. 19–24; *Peukert*, Art. 6 Rn. 144.

¹⁰⁴ *Trechsel*, Human Rights, S. 84.

¹⁰⁵ *Harris* u.a., S. 246.

¹⁰⁶ EGMR *Delcourt* ./ BE Ur t. v. 17.01.1970 § 25; siehe auch *Harris* u.a., S. 201; *Peters/Altwickler*, S. 161 Rn. 2; *Summers*, S. 97.

¹⁰⁷ *Gaede*, FS für Fezer, S. 24 f., der hierbei auf den Einfluss von „unterschiedlichen Vorverständnisse(n)“ bei den Richtern des EGMR hinweist, hierzu siehe auch *Renzi-kowski*, FS für Achenbach, S. 378.

¹⁰⁸ EGMR *Loizidou* ./ TR Ur t. v. 23.03.1995 § 71; EGMR *Imbrioscia* ./ CH Ur t. v. 24.10.1993 § 36; EGMR *Serves* ./ FR Ur t. v. 20.11.1997 § 42; EGMR *Funke* ./ FR Ur t. v. 25.02.1993 § 44; EGMR *Selmouni* ./ FR Ur t. v. 28.07.1999 § 101; m.w.N. *Gözübüyük/Gölcüklü*, S. 140 ff.; *Gaede*, S. 81 ff.; *ders.*, FS für Fezer, S. 24 f.; *Peters/Altwickler*, S. 25 Rn. 41; *Harris* u.a., S. 7 f.; *Tallroth*, S. 243 f.; LR-StPO-*Esser*, Einf., Rn. 193; vgl. SK-StPO-*Paeffgen*, Art. 6 Rn. 18.

¹⁰⁹ Hierzu im Allgemeinen EGMR *Wemhoff* ./ DE Ur t. v. 27.06.1968 §§ 6 ff.; EGMR *Pakelli* ./ DE Ur t. v. 25.04.1983 § 30; LR-StPO-*Esser*, Einf., Rn. 181–189; *Gaede*, 83 f.; *ders.*, FS für Fezer, S. 7 f.; *Harris* u.a., S. 5 f.; *Gözübüyük/Gölcüklü*, S. 141 f. Rn. 414/d; vgl. Art. 33 Abs. 4 VVK.

hinaus muss das Recht in Art. 6 EMRK für die Berechtigten einen wirksamen und praktikablen Schutz entfalten und darf nicht theoretisch und illusorisch bleiben.¹¹⁰ Ferner greift der EGMR auf internationale Regelwerke zurück, die das Recht auf ein faires Verfahren konkretisieren.¹¹¹ In diesem Zusammenhang betont der Gerichtshof in seiner gefestigten Rechtsprechung, dass die Selbstbelastungsfreiheit zu den internationalen Standards eines fairen Verfahrens gehört.¹¹²

Bei der Aufstellung konkreter Anforderungen des Art. 6 EMRK ist der Gerichtshof schließlich darum bemüht, die Vertragsstaaten nicht vor Systemfragen zu stellen. Er geht davon aus, dass diese Anforderungen sowohl im Akkusations- als auch im Inquisitionsverfahren anwendbar sind.¹¹³ Die Vertragsstaaten genießen hierbei eine beachtliche Freiheit bei der Auswahl der Art und Weise, wie sie die Anforderungen des Art. 6 EMRK im Inland in die Tat umsetzen.¹¹⁴ Gerade dies hat der EGMR zu überwachen, und zwar unter den Umständen des konkreten Falles sowie unter Berücksichtigung spezieller Eigenschaften jedes Strafrechtssystems.¹¹⁵

3. Konturen des Rechts auf ein faires Verfahren

Abgesehen von dem Konzept der „fair administration of justice“ sowie den genannten Auslegungsprämissen erfolgt die Konkretisierung des Rechts auf ein faires Verfahren gemäß Art. 6 EMRK in erster Linie durch dessen Text.¹¹⁶ Abs. 1 enthält Garantien eines fairen Gerichtsverfahrens, die die Organisation und Zusammensetzung eines Gerichts sowie die Durchführung des Verfahrens umfassen.¹¹⁷ Dabei bleibt der allgemeine Anspruch des Beschuldigten auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK unberührt.¹¹⁸ Außerdem betrachtet der EGMR die Unschuldsvermutung in Abs. 2 und die Mindestrechte des Beschuldigten in Abs. 3 als

¹¹⁰ EGMR *Allen* ./ *GB* Urt. v. 12.07.2013 § 92; m.w.N. *Gözübüyük/Gölcüklü*, S. 140 f. Rn. 414/b (iii); ferner *Harris* u.a., S. 15; *Peters/Altwicker*, S. 25 Rn. 42; *Gaede*, S. 90.

¹¹¹ Vgl. *Summers*, S. 97 Fn. 1.

¹¹² EGMR *John Murray* ./ *GB* Urt. v. 25.01.1996 § 45; EGMR *Salduz* ./ *TR* Urt. v. 27.11.2008 § 53.

¹¹³ *SK-StPO-Paeffgen*, Art. 6 Rn. 71a; *Krausbeck*, S. 54 f.; *Renzikowski*, FS für Achenbach, S. 378; vgl. *Harris* u.a., S. 203; *Summers*, S. 98 ff.

¹¹⁴ EGMR *Twomey und Cameron* ./ *GB* ZE v. 28.05.2013 § 30; *Villiger*, S. 301. Rn. 470; *Peters/Altwicker*, S. 161 Rn. 2; *Brunhöber*, ZIS 12/2010, 764; *Krausbeck*, S. 54 f.

¹¹⁵ EGMR *Twomey und Cameron* ./ *GB* ZE v. 28.05.2013 § 30; *Harris* u.a., S. 202; vgl. *Krausbeck*, S. 54 f.

¹¹⁶ Siehe Anhang: Gesetzestexte.

¹¹⁷ EGMR *Golder* ./ *GB* Urt. v. 21.02.1975 § 36; EGMR *Camovski* ./ *HR* Urt. v. 23.10.2012 § 35; *Villiger*, S. 239. Rn. 375 (Art. 6 sichert Garantien eines fairen Gerichtsverfahrens).

¹¹⁸ *Steiner*, S. 33; *Dörr*, S. 71; *Rzepka*, S. 82; *Haase*, S. 39; *Beulke*, S. 6 Rn. 9b.

Bestandteile des Gesamtkonzepts des Rechts auf ein faires Verfahren der EMRK.¹¹⁹ Insofern liegt diesem gemäß Art. 6 eine dreigliedrige Stufung zugrunde.¹²⁰ Sie ergibt sich aus dem Anspruch auf die Fairness eines gerichtlichen Verfahrens im weiteren Sinn, wie es in Art. 6 Abs.1 EMRK verankert ist, dem allgemeinen Recht auf ein faires Verfahren im engeren Sinn nach Art. 6 Abs. 1 und seinen Bestandteilen in Abs. 2 und Abs. 3.¹²¹

Nach dem Gerichtshof sind zwar die in Art. 6 EMRK genannten Rechte unterschiedlicher Natur, sie stammen jedoch aus derselben Grundidee. Sie alle machen ein einziges Recht aus, das jedoch in Art. 6 EMRK trotz der genannten Rechte und Garantien nicht definiert ist. Es ist insofern die Aufgabe des Gerichtshofs, durch Auslegung herauszuarbeiten, welche Aspekte dieses Recht über den Text des Art. 6 EMRK hinaus hat.¹²² Dies ist außerdem an Art. 6 Abs. 3 zu erkennen, der nur Mindestrechte des Beschuldigten, also keine abschließende Liste enthält.¹²³ Unter dem Leitgedanken einer fairen Rechtspflege in einem demokratischen Rechtsstaat lassen sich insofern in Art. 6 EMRK unbenannte Rechte und Garantien durch Auslegung begründen,¹²⁴ welche der Gerichtshof im Anspruch auf ein faires Verfahren gemäß Art. 6 Abs. 1 als inbegriffen betrachtet.¹²⁵ Gerade an dieser Stelle inkorporierte er die Selbstbelastungsfreiheit ins Fairnesskonzept der Konvention¹²⁶ und erhob sie alsbald zum „Herzstück“ des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK.¹²⁷ Welches Vorverständnis dem EGMR hier bei der Auslegung des Begriffs der Fairness nach Art. 6 EMRK vorschwebt, bleibt, abgesehen von den eben aufge-

¹¹⁹ EGMR *Deweere* ./ BE Urt. v. 27.02.1980 § 56; EGMR *Kamasinski* ./ AT Urt. v. 19.12.1989 § 62; EGMR *Dvorski* ./ HR Urt. v. 28.11.2013 § 86; vgl. *Steiner*, S. 86; *Rzepka*, S. 25; *Peters/Altwicker*, S. 161 Rn. 1; *Summers*, S. 102 f.; *Gaede*, S. 159; *Eisenhardt*, S. 147.

¹²⁰ *Peters/Altwicker*, S. 136 Rn. 3; vgl. *Trechsel*, Human Rights, S. 85.

¹²¹ Vgl. *Lubig/Sprenger*, ZIS 9/2008, 433; *Peukert*, Art. 6 Rn. 2; *Gözübüyük/Gölcüklü*, S. 265 ff. Rn. 492; *Harris* u.a., S. 246; *Summers*, S. 102 f.; *Gaede*, S. 159 f.

¹²² EGMR *Golder* ./ GB Urt. v. 21.02.1975 § 28.

¹²³ EGMR *Deweere* ./ BE Urt. v. 27.02.1980 § 56; *Peters/Altwicker*, S. 161 Rn. 1; *Gaede*, S. 159; *Rzepka*, S. 25; *Steiner*, S. 121; *Haase*, S. 39; *Eisenhardt*, S. 147; *Kaşıkara*, S. 98.

¹²⁴ Vgl. EGMR *Zborovsky* ./ SK Urt. v. 23.10.2012 § 44; EGMR *Harabin* ./ SK Urt. v. 20.11.2012 § 133; kritisch über die Anmerkung zur Demokratie im Zusammenhang mit dem Fairnessprinzip *Trechsel*, Human Rights, S. 83; siehe ferner *Meyer-Ladewig*, Art. 6 Rn. 90; *SK-StPO-Paeffgen*, Art. 6 Rn. 70; *Ambos*, S. 406 Rn. 19; *Peters/Altwicker*, S. 136 Rn. 2; *Rzepka*, S. 11 f.; *Lubig/Sprenger*, ZIS 9/2008, 433; *Müller*, EuGRZ 2001, 555 ff.

¹²⁵ So etwa das Verbot unzulässiger Tatprovokation: EGMR *Teixeira de Castro* ./ PT Urt. v. 09.06.1998 §§ 34 ff.; das Recht auf die Offenlegung von Beweismitteln EGMR *Dowsett* ./ GB Urt. v. 24.06.2003 § 41; zu einer breiten Aufzählung der in Art. 6 EMRK unbenannten und durch den EGMR anerkannten Rechte und Garantien siehe etwa *Esser*, StraFo 2003, 340 f.; *Trechsel*, Human Rights, S. 89 ff.

¹²⁶ EGMR *Funke* ./ FR Urt. v. 25.02.1993 § 44; *Dennis*, Crim.L.R. 2002, 26; *Gaede*, FS für Fezer, S. 28; („wichtigstes Beispiel“ für die Anerkennung von unbenannten Rechten in Art. 6 EMRK).

¹²⁷ Zuletzt etwa EGMR *Baran und Hun* ./ TR Urt. v. 20.05.2010 § 68.

fürten Grundsätzen, weiterhin unbekannt.¹²⁸ Er nennt allerdings einige Zwecke der Selbstbelastungsfreiheit, die ihre Begründung rechtfertigen sollen und bei der Bestimmung ihres Schutzzumfangs von Bedeutung sind.

4. Schutzzwecke der Selbstbelastungsfreiheit

Nach der gefestigten Rechtsprechung des Gerichtshofs bezweckt die Selbstbelastungsfreiheit, *unter anderem* den Beschuldigten vor unzulässiger Zwangsausübung (a)) auf seinen Willen (b)) durch den Staat zu schützen, um Justizirrtümer zu vermeiden (c)) und die Zwecke des Art. 6 EMRK zu erfüllen (d)).¹²⁹ Im Schrifttum wird über die Zwecke der Selbstbelastungsfreiheit kontrovers diskutiert. Der Gerichtshof scheint dabei einen sicheren Weg gehen zu wollen, indem er die Anerkennung weiterer Zwecke nicht ausschließt. Bedauerlicherweise zieht er die genannten Zwecke bei der Auslegung der Selbstbelastungsfreiheit nicht ausdrücklich heran. Es gibt dennoch Anhaltspunkte in seiner Rechtsprechung, die Aufschlüsse darüber geben, was er unter diesen Zwecken versteht.

a) Schutz vor unzulässigem Zwang

Der Begriff des Schutzes vor unzulässigem Zwang birgt einige Unklarheiten. Denn er wirft die Frage auf, ob es sich um eine „tautologische“ Anmerkung handelt oder ihm die Funktion eines echten Tatbestandsmerkmals der Selbstbelastungsfreiheit zukommt.¹³⁰ Im letzteren Fall wäre der Schutzzumfang der Selbstbelastungsfreiheit jedenfalls hinsichtlich der Eingriffsform begrenzt. Demnach wäre der Beschuldigte nur vor zwangsweiser Selbstbelastung zu schützen.¹³¹

¹²⁸ Vgl. *Kühne/Nash*, JZ 2000, 998.

¹²⁹ EGMR *John Murray ./. GB* Ur. v. 25.01.1996 § 45; EGMR *Baran und Hun ./. TR* Ur. v. 20.05.2010 § 68; vgl. keine Anführung der Anmerkung „unter anderem“ in EGMR *Niculescu ./. RO* Ur. v. 25.06.2013 § 111; EGMR *Dvorski ./. HR* Ur. v. 28.11.2013 § 91; vgl. EKMR *Peterson Sarpsborg AS und andere ./. NO* ZE v. 27.10.1996 § 1a), wonach die Selbstbelastungsfreiheit ein wichtiges Element zum Schutz des Beschuldigten im Strafverfahren gegen Unterdrückung und Zwang darstellt und einer uneingeschränkten Verteidigung und der Wahrung der Unschuldsvermutung durch Aufrechterhaltung der staatlichen Beweislast dient; siehe ferner *Trechsel*, Human Rights, S. 347; *Rogall*, FS für Kohlmann, S. 470; *Hauck*, NSTZ 2010, 21; LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 879, der die Zwecke des „Verbots des Zwangs zur Selbstbelastung“ in dem Schutz des Beschuldigten vor jedem Aussagezwang und im Vorbeugen von Fehlentscheidungen sieht; vgl. *Weigend*, FS für Tak, S. 327 („also letztlich im Schutz vor unzutreffender Verurteilung“); *Schlauri*, S. 96, leitet aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs außer den genannten drei Zwecken zwei weitere ab, nämlich die Respektierung des Willens des Angeschuldigten und die Durchsetzung der Unschuldsvermutung.

¹³⁰ *Trechsel*, Human Rights, S. 347; ähnlich *Eisenhardt*, S. 150; vgl. *Summers*, S. 157 ff.

¹³¹ *Harris* u.a., S. 260.

Eine solche Auslegung fand im Fall *Saunders* insbesondere bei Richtern aus dem kontinentaleuropäischen Rechtskreis große Sympathie, die in Anbetracht der wortwörtlichen Bedeutung der Selbstbelastungsfreiheit ihre Bedenken dadurch zum Ausdruck brachten, dass nach der Abschaffung der Folter das gegenteilige Extrem eingetreten sei: „we have reached the other extreme, that is the right not to incriminate oneself at all“.¹³² Die historische Entwicklung zeigt aber nach dem niederländischen Richter *Martens*, dass die Selbstbelastungsfreiheit den Beschuldigten gegen physischen und psychischen Druck im Polizeigewahrsam schützt.¹³³ Zutreffend macht er außerdem hinsichtlich des Begriffs des unzulässigen Zwangs darauf aufmerksam, dass dessen grammatikalische Auslegung zweideutig ist. Zum einen könne sie so verstanden werden, dass nicht jede Art von Zwang dieses Recht verletze („not every form of compulsion violates these rights“) oder zum anderen, dass jede Form von Zwang unzulässig sei („every form of compulsion is improper“). Ausgehend von dem historischen Ursprung der Selbstbelastungsfreiheit nimmt er an, dass die Zwangsausübung gegen den Beschuldigten unzulässig ist, solange dieser als Aussageperson in Anspruch genommen wird, während er bei der Erlangung von Sachbeweisen doch Zwang ausgesetzt werden kann.¹³⁴

Diesem Standpunkt ist der Gerichtshof nicht gefolgt. Schaut man sich nämlich die Kasuistik des EGMR genau an, so ergibt sich, dass die konventionsrechtliche Aussagefreiheit des Beschuldigten nicht nur den Schutz vor einer offenen Zwangsausübung umfasst, sondern auch gebietet, die Entscheidungsfreiheit des Beschuldigten darüber, ob er bei seiner polizeilichen Befragung aussagen oder schweigen will, nicht durch eine verdeckte Zwangsausübung zu umgehen, die sich einer qualifizierten Täuschung bedient.¹³⁵ Hinsichtlich der Zulässigkeit der Zwanganwendung bei der Erhebung von Sachbeweisen hat der EGMR außerdem die Theorie der sogenannten willensunabhängigen Existenz entwickelt, wonach der Beschuldigte zur Duldung einer Beweiserhebung gezwungen werden kann, solange das fragliche Beweismittel eine von seinem Willen unabhängige Existenz hat. Ist dies nicht der Fall, so darf er etwa nicht zur Herausgabe eines Urkundsbeweises gezwungen werden.¹³⁶ Im Einklang hiermit betont der Gerichtshof in seiner gefestigten Rechtsprechung, dass die Selbstbelastungsfreiheit die Anwendung von Zwang auf den Be-

¹³² Abweichende Meinung des Richters *Valticos*, geteilt durch *Gölcüklü* in EGMR *Saunders* ./ *GB* Ur. v. 17.10.1996; eingehend zur Auffassung von *Gölcüklü* der Selbstbelastungsfreiheit im türkischen Recht siehe unten Kap. 4, II.B.1.e)aa)(1).

¹³³ Abweichende Meinung des Richters *Martens* in EGMR *Saunders* ./ *GB* Ur. v. 17.10.1996.

¹³⁴ Abweichende Meinung des Richters *Martens* in EGMR *Saunders* ./ *GB* Ur. v. 17.10.1996; vgl. *Trechsel*, *Human Rights*, S. 347; vgl. *Harris* u.a., S. 260.

¹³⁵ EGMR *Allan* ./ *GB* Ur. v. 05.11.2002 §§ 42 ff.; hierzu mehr siehe unten Kap. 2, IV.A.

¹³⁶ EGMR *Jalloh* ./ *DE* Ur. v. 11.07.2006 § 114; vgl. *Peters/Altwicker*, S. 166 Rn. 1; kritisch gegenüber der Theorie des Gerichtshofs von der unabhängigen Existenz *Ashworth/Redmayne*, S. 148; *Emmerson/Ashworth/Macdonald*, S. 619 Rn. 13–16.

schuldigten nicht per se verbietet.¹³⁷ Die Gründe eines solchen differenzierten Ansatzes führt der EGMR allerdings nicht explizit auf.

b) Schutz der Willensfreiheit

Dennoch lassen sich diesbezüglich einige Gründe aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ableiten, und zwar bei der Frage, nach welchem Maßstab die Zulässigkeit der Zwangsanwendung bei der Erlangung von Sachbeweisen zu bestimmen ist. In diesem Zusammenhang nennt der EGMR einige Anhaltspunkte für die Ratio des Schutzes des Beschuldigten vor unzulässigem Zwang. Die Voraussetzung der vom Willen des Beschuldigten unabhängigen Existenz eines Beweismittels impliziert nämlich, dass es dem EGMR hier um den Schutz der Willensfreiheit eines Beschuldigten geht.¹³⁸ Wird er zu einer aktiven Selbstbelastung gezwungen und seine Willensfreiheit dabei missachtet, so wird er grundsätzlich zum bloßen Objekt des Strafverfahrens gemacht, und der Eigenverantwortung seiner Person und der Selbstbestimmung über sein Tatwissen wird der Boden entzogen. Nach Richter *Martens* konnte der Gerichtshof im Fall *Saunders* nur mit einer solchen Begründung die Anwendung der Selbstbelastungsfreiheit auf die Sachbeweise rechtfertigen, diesen Aspekt habe er jedoch nicht klargestellt.¹³⁹

Im Hinblick auf die Erhebung von körperlichen Sachbeweisen, wie Atem, Urin oder Stimmproben, betont der Gerichtshof, dass diese bei einer regulären Funktion des Körpers produziert werden und ihre Entstehung somit nicht erst auf den aktiven Willen des Beschuldigten zurückzuführen ist. Daher sind sie im Prinzip bei einer passiven Haltung des Beschuldigten durch einen Eingriff in seine körperliche Integrität erlangbar. Auch wenn eine gewisse aktive Mitwirkung des Beschuldigten bei ihrer Erhebung erforderlich ist, etwa wie pusten oder urinieren, und seine Willensfreiheit, ob er an seiner eigenen Überführung mitwirken will oder nicht, dabei streng genommen nicht beachtet wird, ist eine solche Mitwirkung nach dem Gerichtshof nicht konventionswidrig. Denn diese Substanzen seien unabhängig von seinem Willen vorhanden.¹⁴⁰ Mit Blick auf außerkörperliche Sachbeweise, etwa Urkunden, hat der Beschuldigte dagegen eine weiterreichende Dispositionsfreiheit,

¹³⁷ EGMR *Saunders* ./ GB Urt. v. 17.10.1996 § 69; siehe auch EGMR *Allen* ./ GB ZE v. 10.09.2002 § 1 Recht; EGMR *Weh* ./ AT Urt. v. 08.04.2004 §§ 44 ff.; vgl. *Schlauri*, S. 305 (insofern kein absolutes Recht).

¹³⁸ *Trechsel*, Human Rights, S. 354; *Mahlstedt*, S. 105; *Müller*, EuGRZ 2001, 555; ähnlich *Safferling/Hartwig*, ZIS 2009, 784; *Aydın*, TBBD 91/2009, 157 f.; vgl. *Schlauri*, S. 305; die Autorin findet die Abstellung auf die Willensfreiheit des Beschuldigten als „ein äußerst vages Kriterium“.

¹³⁹ EGMR *Saunders* ./ GB Urt. v. 17.10.1996.

¹⁴⁰ EGMR *Jalloh* ./ DE Urt. v. 11.07.2006 § 114; EGMR *Boyce* ./ IE ZE v. 27.11.2012 § 50; *Müller*, EuGRZ 2001, 555; *Dönmezer*, Erman Armağan'ı, S. 259; vgl. *Peters/Altwickler*, S. 166 Rn. 1.

denn er ist weder verpflichtet diese herzustellen noch den Ermittlungsorganen über ihre Existenz Auskunft zu geben oder sie auszuhändigen.¹⁴¹

Die Abgrenzung der konventionswidrigen Aktivität von der zulässigen Passivität stellt für den Gerichtshof bei näherer Betrachtung keine leichte Aufgabe dar. Denn die verbotene aktive Mitwirkung des Beschuldigten bei der Erhebung von Sachbeweisen ist nicht in allen Fällen klar zu erkennen. Dieses Problem ergab sich im Fall *Jalloh*. Der Gerichtshof hatte zu entscheiden, ob eine solche vorliegt, wenn dem Beschuldigten ein Brechmittel verabreicht wurde, um das Erbrechen der in seinem Magen befindlichen Drogenpäckchen herbeizuführen. Im Gegensatz zu klassischen Fällen einer Herausgabe- bzw. Aushändigungspflicht standen die Päckchen den Ermittlungsbehörden zwar bereits zur Verfügung, allerdings bedurfte deren endgültige Sicherstellung nach den Worten des Gerichtshofs „der Herbeiführung einer pathologischen Reaktion des Körpers“ des Beschuldigten, nämlich des Erbrechens.¹⁴²

Die Herbeiführung einer solchen Körperreaktion durch Brechmitteleinsatz unterscheidet sich nach dem Gerichtshof außerdem von der Erhebung körperlicher Substanzen, wie etwa Blut, Haaren oder anderen Geweben, deren Erlangung keiner aktiven Mitwirkung des Beschuldigten bedarf. Diese sind dem Zugriff der Ermittlungsorgane bei einer passiven Haltung des Beschuldigten zugänglich. Insofern kann der Beschuldigte über das Vorliegen der letztgenannten Beweismittel nicht disponieren, weil sie eine von seinem Willen unabhängige Existenz haben.¹⁴³ Somit waren die Drogenpäckchen außerkörperliche Sachbeweise wie Urkunden, und der Brechmitteleinsatz ähnelte eher einer Beschlagnahme.¹⁴⁴ Darüber hinaus erfordert die Erhebung der genannten körperlichen Beweismittel in der Regel nur einen geringfügigen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit des Beschuldigten, der

¹⁴¹ EGMR *Funke* ./ *FR* Urt. v. 25.02.1993 § 44; EGMR *J.B.* ./ *CH* Urt. v. 03.05.2001 §§ 63 ff.; Müller, EuGRZ 2001, 555 f.

¹⁴² EGMR *Jalloh* ./ *DE* Urt. v. 11.07.2006 § 114; a.A. *Bausch*, S. 160, der Autor hält den organischen oder pathologischen Charakter einer Körperreaktion für kein taugliches Abgrenzungskriterium, weil auch bei einer Blutabnahme das Blutgefäß zunächst mit einer Nadel eröffnet werden müsse; ebenso *Schumann*, StV 2006, 664; vgl. *Warnking*, Beweisverbote, S. 163 f.; *von Arnim*, GS für Blumenwitz, S. 286; vgl. *Weigend*, FS für Tak, S. 327; der Autor sieht im zwangsweisen Erbrechen „möglicherweise“ kein aktives Tun; nach *Schuhr*, NJW 2006, 3541 ist der Nemo-tenetur-Grundsatz nicht verletzt, weil keine *vis compulsiva* zum Erbrechen eingesetzt worden sei. Vielmehr sei durch *vis absoluta* die Möglichkeit eines „willensgesteuerten Verhaltens“ ausgeschlossen worden; vgl. *Mahlstedt*, S. 118, der Autor stellt auf die Eingriffsintensität ab; insofern „eine Instrumentalisierung des Körpers“ selbst, so *Gaede*, HRRS 7/2006, 249; im Anschluss daran *Renzikowski*, FS für Amelung, S. 685.

¹⁴³ EGMR *Jalloh* ./ *DE* Urt. v. 11.07.2006 § 114.

¹⁴⁴ Für die Konventionskonformität der Entnahme der im Körper eines Verdächtigen befindlichen Drogenpackungen durch die sog. gastroscopische Fremdkörperentfernung siehe EGMR *Bogumil* ./ *PT* Urt. v. 07.10.2008 §§ 68 ff.; zu alternativen Methoden siehe eingehend *Hackethal*, S. 84 ff.; *Theismann*, S. 13 ff.; *Renzikowski*, FS für Amelung, S. 685; *Schuhr*, NJW 2006, 3539 f.

grundsätzlich nach Art. 8 Abs. 2 EMRK gerechtfertigt ist,¹⁴⁵ weil ihm das legitime Ziel der Prävention von Straftaten zugrunde liegt, deren Erreichung in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist.¹⁴⁶

Der konventionsrechtliche Schutz der Willensfreiheit eines Beschuldigten gewährt ihm jedoch keinen Anspruch, sich der Beweiserhebung vollständig zu entziehen, auch wenn das fragliche Beweismittel erst durch sein aktives Handeln produziert wird. So beanstandete der EGMR im Fall *P.G.* und *J.H.* nicht, dass ein verdecktes Abhörgerät zur heimlichen Erhebung einer Stimmprobe in der Polizeizelle des Beschuldigten installiert wurde und ein Polizeibeamter ein weiteres Gerät bei sich trug, als der Tatvorwurf eröffnet wurde. Denn die Probe enthalte keine selbstbelastende Aussage und sei mit körperlichen Beweisen wie Blut, Haarstücken oder anderem Gewebe vergleichbar, bei deren Erhebung die Selbstbelastungsfreiheit ja nicht gelte.¹⁴⁷ Im Ergebnis geht der Gerichtshof, auch wenn nicht ausdrücklich festgestellt, wohl davon aus, dass die konventionsrechtliche Selbstbelastungsfreiheit bei der Erhebung von Sachbeweisen keinen allgemeinen Schutz vor Täuschung gewährt.¹⁴⁸

c) Vermeidung von Justizirrtümern

Dies lässt sich auch aus dem dritten Zweck der Selbstbelastungsfreiheit ableiten, nämlich der Vermeidung von Justizirrtümern. Denn diesem liegt lediglich die Besorgnis zugrunde, dass unfreiwillige Geständnisse allenfalls einen geringen Wahrheitsgehalt haben und zu einem Fehlurteil führen können. Daher müsse die Freiwilligkeit der Aussage eines Beschuldigten gewahrt werden, um die Wahrheitsfindung zu fördern. Es ist insofern auch im Interesse des Beschuldigten sowie des Staates, Verhaltensweisen, die die Unfreiwilligkeit von Aussagen herbeiführen könnten, zu unterlassen.¹⁴⁹

In der Literatur wird bezweifelt, dass der Schutz vor Justizirrtümern die Selbstbelastungsfreiheit zu begründen vermag. Denn ein Fehlurteil kann auch im Fall

¹⁴⁵ Für den Wortlaut dieser Vorschrift siehe Anhang: Gesetzestexte.

¹⁴⁶ Vgl. EGMR *Jalloh* ./ *DE* Urt. v. 11.07.2006 §§ 113 ff.; siehe ferner IK-EMRK-Kühne, Art. 6 Rn. 451 f.; LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 924 ff.; Grabenwarter, S. 457 Rn. 123; Harris u.a., S. 260; Gaede, S. 313; ders., HRRS 2006, 245; Weigend, FS für Tak, S. 328 erkennt keine genaue Grenze bei der *Jalloh*-Entscheidung.

¹⁴⁷ EGMR *P.G. und J.H.* ./ *GB* Urt. v. 25.09.2001 § 80; hierzu siehe auch LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 925.

¹⁴⁸ In diese Richtung auch EGMR *Perry* ./ *GB* ZE v. 26.09.2002 § 1 Recht, nach dem die Freiheitsentziehung eines Beschuldigten auf der Polizeiwache zum Zweck einer heimlichen Videoaufnahme i.S.v. Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK weder rechtswidrig noch willkürlich sei.

¹⁴⁹ Trechsel, Human Rights, S. 347; LR-StPO-Esser Art. 6 Rn. 879; vgl. Berger, E.H.R.L.R 2007, 516; Jackson, ICLQ 2009, 846; Redmayne, O.J.L.S. 2007, 219 f.; Roberts/Zuckerman, S. 556 ff.; Bosch, Aspekte, S. 95 f. sowie 108; Rau, S. 172 f.

eines unfreiwilligen Geständnisses vermieden werden, wenn dessen Wahrheit trotz der Unfreiwilligkeit bestätigt werden kann,¹⁵⁰ insbesondere durch Berücksichtigung anderer Beweise, die ggf. sogar durch dieses Geständnis erlangt worden sind.¹⁵¹ Daran ist ein weiteres konzeptionelles Defizit des Zwecks der Vermeidung von Justizirrtümern erkennbar, nämlich dass die Selbstbelastungsfreiheit einem Beschuldigten bei der Erhebung von Sachbeweisen keinen Schutz gewähren würde, weil hier keine Gefahr eines Fehlurteils bestünde.¹⁵² Schließlich führt das Argument der Vermeidung von Justizirrtümern erneut zu der Diskussion, ob die Selbstbelastungsfreiheit nur dem Schutz von Unschuldigen vor einem Fehlurteil dient.¹⁵³

Von einer engen Selbstbelastungsfreiheit, die ausschließlich unter dem Aspekt der Vermeidung von Justizirrtümern begründet wäre, ging die irische Regierung im Fall *Heany* und *McGuinness* sowie *Quinn* offenkundig aus. Sie machte die Auffassung von innerstaatlichen Gerichten geltend, dass dem Beschuldigten, der im konkreten Fall wegen Schweigens bei der polizeilichen Vernehmung entsprechend dem nationalen Recht zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden war, dabei ausreichende Garantien zur Verfügung gestanden hätten, welche die Gefahr eines Fehlurteils minimierten: nämlich die Bona-Fide-Verdächtigung einer Person vor der Festnahme, ihre Unterrichtung über die ihr zur Last gelegte Straftat, das Recht auf Verteidigerbeistand, wenn dieser begründet verlangt wird, das Recht auf medizinischen Beistand, das Recht auf Zugang zu einem Gericht, das Recht auf Schweigen und ihre Belehrung darüber, das Verbot der Gegenüberstellung im Polizeigewahrsam, das Verbot ihrer unfairen und repressiven Befragung und schließlich die Voraussetzungen der Verlängerung ihrer Polizeihaft.¹⁵⁴ Außerdem sei hervorzuheben, dass eine unschuldige Person grundsätzlich keine Angst haben würde, eine Erklärung über ihre Lage zu einer gegebenen Zeit abzugeben.¹⁵⁵

Der Gerichtshof nahm zwar keine unmittelbare Stellung zur Begründung der irischen Gerichte und Regierung, dass der Zweck des Schweigerechts, nämlich der Schutz des unschuldigen Verdächtigten vor einem Fehlurteil oder Machtmissbrauch, bereits durch die Gewährung der prozessualen Garantien erfüllt gewesen sei. Solche Garantien seien nach dem EGMR hinsichtlich der Selbstbelastungsfreiheit erst dann von Bedeutung, wenn sie wirksam und ausreichend die Schwere des ausgeübten Zwangs reduzierten. Das sei im vorliegenden Fall nicht gegeben, weil

¹⁵⁰ *Ashworth/Redmayne*, S. 87 f.

¹⁵¹ Vgl. *Dennis*, CLJ 1995, 349; *Bosch*, Aspekte, S. 108.

¹⁵² *Rau*, S. 173.

¹⁵³ Hierzu siehe *Jackson*, ICLQ 2009, 846 ff.; *Redmayne*, O.J.L.S. 2007, 219 ff.; *Gaede*, JR 2005, S. 428; *Rau*, S. 175.

¹⁵⁴ EGMR *Heaney und McGuinness* ./ IE Urt. v. 21.12.2000 § 31; EGMR *Quinn* ./ IE Urt. v. 21.12.2000 § 31.

¹⁵⁵ EGMR *Heaney und McGuinness* ./ IE Urt. v. 21.12.2000 § 15 f.; EGMR *Quinn* ./ IE Urt. v. 21.12.2000 § 15 f.

die Beschuldigten immer noch vor der Wahl gestanden hätten, die verlangte Erklärung abzugeben oder eine Freiheitsstrafe von sechs Monaten in Kauf zu nehmen.¹⁵⁶

Aus dieser Feststellung des Gerichtshofs lässt sich entnehmen, dass dem Zweck der Vermeidung eines Fehlurteils bei der Begründung der konventionsrechtlichen Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK nur eine relative Bedeutung zukommt. Diese ist als gewünschter Nebeneffekt der Selbstbelastungsfreiheit zu verstehen und nicht als ihre ausschließliche Begründung. Dennoch spielt der Aspekt des Schutzes des Unschuldigen vor einem Fehlurteil in einem anderen Zusammenhang der Rechtsprechung des EGMR eine nicht unerhebliche Rolle, nämlich bei der nachteiligen Verwertung des Schweigens des Beschuldigten.¹⁵⁷

d) Erfüllung von Zwecken des Art. 6

Zuletzt soll die Selbstbelastungsfreiheit nach dem Gerichtshof die Zwecke des Art. 6 EMRK erfüllen, insbesondere die Waffengleichheit zwischen dem Beschuldigten und der Ermittlungs- oder Anklagebehörde.¹⁵⁸ In der Tat hat die Selbstbelastungsfreiheit als Verfahrensrecht im Fairnesskonzept des EGMR einen hohen Stellenwert, den er regelmäßig dadurch zum Ausdruck zu bringen pflegt, dass er sie das „Herzstück“ eines fairen Verfahrens nennt.¹⁵⁹ Führt man sich vor Augen, dass die Fairness des Verfahrens nach Art. 6 EMRK, wie oben bereits erwähnt, für sich genommen ein „ethisches“ Ideal ist,¹⁶⁰ welches auf die prozessuale und nicht auf die materielle Gerechtigkeit abstellt, so lässt sich die Selbstbelastungsfreiheit als ein Teil dieses „Idealbündnisses“ der rechtsstaatlichen Strafrechtspflege verstehen.¹⁶¹ Daraus lässt sich außerdem entnehmen, dass die Selbstbelastungsfreiheit für den EGMR im Schutzsystem der EMRK primär ein prozess- und kein freiheitsrechtliches Prinzip ist. Zwar weist seine Rechtsprechung, wie oben bereits dargelegt, ebenfalls freiheitsrechtliche Attribute der Selbstbelastungsfreiheit auf, etwa den Schutz der Willensfreiheit des Beschuldigten. Dennoch subsumiert der Gerichtshof die Selbstbelastungsfreiheit schließlich nur unter das prozessuale Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK.¹⁶²

¹⁵⁶ EGMR *Heaney und McGuinness* ./ IE Ur t. v. 21.12.2000 § 5; EGMR *Quinn* ./ IE Ur t. v. 21.12.2000 § 51; vgl. EGMR *O'Halloran und Francis* ./ GB Ur t. v. 29.07.2007 § 59, in dem der EGMR auf die geringfügige Gefahr nicht verlässlicher Einlassungen verweist.

¹⁵⁷ Vgl. EGMR *Averill* ./ GB Ur t. v. 06.06.2000 § 49; EGMR *Adetoro* ./ GB Ur t. v. 20.04.2010 § 51; hierzu mehr siehe unten Kap. 2, III.D.2.a)dd).

¹⁵⁸ EGMR *Yuriy Volkov* ./ UA Ur t. v. 19.12.2013 § 63; EGMR *Baran und Hun* ./ TR Ur t. v. 20.05.2010 § 68.

¹⁵⁹ EGMR *Baran und Hun* ./ TR Ur t. v. 20.05.2010 § 68.

¹⁶⁰ Rzepka, S. 112.

¹⁶¹ Hierzu siehe etwa *Renzikowski*, JR 2008, 166; kritisch dagegen *Trechsel*, Human Rights, S. 348; *Jackson*, ICLQ 2009, 837.

¹⁶² *Jackson*, ICLQ 2009, 841.

Dies wiederum nimmt unmittelbar Einfluss auf ihre Reichweite, insbesondere durch die sogenannte Gesamtbetrachtungslehre und die Anwendbarkeitskriterien des Art. 6 EMRK.¹⁶³ Nicht zuletzt aus diesem Grund stellt sich die Frage, ob sich die Selbstbelastungsfreiheit aus weiteren Rechten oder Freiheiten innerhalb der EMRK ableiten lässt (hierzu gleich unten, II.B.6.).

e) Ergebnisse

Zusammenfassend lässt sich konstatieren, dass der Gerichtshof zur Ableitung der Selbstbelastungsfreiheit aus dem Art. 6 Abs. 1 EMRK mehrere Zwecke nennt, die bei näherer Betrachtung keine in sich geschlossene und konsequente Einheit bilden, sondern ihre konkreten Teilgarantien nur partiell beinhalten. Im Ergebnis stellen die oben genannten Schutzzwecke der Selbstbelastungsfreiheit keine ausschlaggebenden Aspekte ihrer konventionsrechtlichen Auslegung durch den EGMR dar. Seine Rechtsprechung ist daher hinsichtlich ihrer Begründung unvollständig. Der Gerichtshof scheint vielmehr darum bemüht zu sein, die Selbstbelastungsfreiheit so zu konkretisieren, dass sie ihren anerkannten Ausprägungen im internationalen Menschenrechtsschutz, einem breiten Konsens zwischen den Vertragsstaaten und somit dem gemeinsamen Nenner eines internationalen Rechtsverständnisses entspricht.

5. Auf der Ebene des Völkerrechts

Dementsprechend unterstreicht der EGMR in seiner gefestigten Rechtsprechung, dass die Selbstbelastungsfreiheit zu den allgemein anerkannten internationalen Standards gehört, welche die Kernelemente eines fairen Verfahrens ausmachen.¹⁶⁴ Die EMRK ist nach dem Gerichtshof ein Teil des internationalen Rechts und möglichst in Harmonie mit dessen Regelwerken auszulegen.¹⁶⁵ In der Tat ist mit dem EGMR davon auszugehen, dass die Selbstbelastungsfreiheit ein völkerrechtlich verbürgtes Menschenrecht ist, etwa in Art. 14 Abs. 3 lit. g IPBPR oder Art. 8 Abs. 2 lit. g AMRK.¹⁶⁶ Soweit ersichtlich, hat jedoch der Gerichtshof diese Vorschriften bei der Auslegung der Selbstbelastungsfreiheit nicht herangezogen. Der Verweis auf die Internationalität der Selbstbelastungsfreiheit ist daher in erster Linie

¹⁶³ Hierzu siehe unten Kap. 2, II.D.1.c) und 2.

¹⁶⁴ EGMR *John Murray ./ GB* Ur. v. 25.01.1996 § 45; EGMR *Salduz ./ TR* Ur. v. 27.11.2008 § 53; EGMR *Baran und Hun ./ TR* Ur. v. 20.05.2010 § 68; EGMR *Martin ./ EE* Ur. v. 30.05.2013 § 80; *Harris* u.a., S. 14.

¹⁶⁵ EGMR *Catan und andere ./ MD und RU* Ur. v. 19.10.2012 § 136; zur Auslegung der Konvention nach Art. 31–33 der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) von 1969 im Allgemeinen siehe EGMR *Golder ./ GB* Ur. v. 21.02.1975 § 34; ebenso EKMR *Ostafrikanische Asiaten ./ GB* Bericht v. 14.12.1973 § 188 ff.; siehe ferner LR-StPO-Esser, Einf., Rn. 178; *Gözübüyük/Gölcüklü*, S. 139 Rn. 414/a; *Harris* u.a., S. 5; *Peters/Altwickler*, S. 24 Rn. 40; *Gaede*, S. 81 f.

¹⁶⁶ *Berger*, Colum. J. Eur. L. 2006, 339; für weitere Nachweise siehe oben Kap. 2, II.A.2.

dahingehend zu verstehen, dass die Konvention bei der Gewährung des Rechts auf ein faires Verfahren durch Art. 6 EMRK nicht hinter den genannten Menschenrechtsinstrumenten zurückbleiben darf. Im Hinblick auf die nachteilige Verwertung des Schweigens eines Beschuldigten hält sich der Gerichtshof allerdings offenkundig nicht an diese selbst gesetzte Grenze.¹⁶⁷

Internationale Konturen weist die Rechtsprechung des EGMR bei der Auslegung der Selbstbelastungsfreiheit außerdem dadurch auf, dass sie etwa die Unbedenklichkeit der Erhebung von körperlichen Sachbeweisen u.a. auf die allgemeine Praxis innerhalb von Vertragsstaaten zurückführt.¹⁶⁸ Im Fall *Allan* zeigte der EGMR darüber hinaus seine Bereitschaft, bei der Bestimmung des Schutzzumfangs der Selbstbelastungsfreiheit von einer Rechtsvergleichung Gebrauch zu machen.¹⁶⁹ Im konkreten Fall entschied er über eine der wichtigsten Fragen der Selbstbelastungsfreiheit, nämlich über ihren Gewährleistungsgehalt bei der verdeckten Befragung eines Beschuldigten, auf der Grundlage der entsprechenden Rechtsprechung des kanadischen Supreme Court.¹⁷⁰

6. Innerhalb der Konvention

Wie bereits oben erwähnt, stellt sich in Anbetracht der den Schutzzumfang der Selbstbelastungsfreiheit einschränkenden Ableitung aus dem Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK und ihrer defizitären Begründung durch die vom EGMR genannten Schutzzwecke die Frage, ob eine anderweitige Ableitung bzw. Begründung der Selbstbelastungsfreiheit innerhalb der Konvention möglich ist. In diesem Zusammenhang lassen sich jeweils zwei Ansätze feststellen, die prozessrechtliche bzw. freiheitsrechtliche Züge aufweisen: nämlich a) die Unschuldsvermutung, b) das Recht auf Verteidigung, c) das Recht auf Privatleben und d) das Recht auf Meinungsäußerungsfreiheit.

a) Unschuldsvermutung

aa) Grundzüge des Schutzzinhalts

Jede Person, die wegen einer Straftat angeklagt ist, gilt bis zum gesetzlichen Beweis ihrer Schuld als unschuldig (Art. 6 Abs. 2 EMRK). Der konkrete Schutzzumfang der Unschuldsvermutung ist in der Rechtsprechung des EGMR nicht vollständig

¹⁶⁷ Hierzu siehe unten Kap. 2, III.D.2.a)aa).

¹⁶⁸ EGMR *Saunders ./ GB* Urt. v. 17.10.1996 § 69; m.w.N. *Peters/Altwicker*, S. 26 Rn. 43; *Harris* u.a., S. 7 ff.; *Gaede*, HRRS 7/2006, 249, der diese Auslegungspraxis des EGMR im Einklang mit und als Gebot des Art. 31 Abs. 3 lit. c der Wiener Vertragsrechtskonvention sieht; vgl. LR-StPO-*Esser*, Einf., Rn. 181.

¹⁶⁹ Kritisch hiergegen *Gaede*, S. 87 f.; *Berger*, Colum. J. Eur. L. 2006, 345.

¹⁷⁰ EGMR *Allan ./ GB* Urt. v. 05.11.2002 §§ 29 ff.

geklärt und in der Literatur stark umstritten.¹⁷¹ Einigkeit besteht jedoch darüber, dass mit der Unschuldsvermutung im Allgemeinen bezweckt wird, Einzelne vor sanktionierenden Eingriffen staatlicher Stellen zu schützen, bevor eine gerichtsförmige Feststellung der Schuld erfolgt ist und solche Maßnahmen gerechtfertigt wären.¹⁷² In diesem Zusammenhang hat der Gerichtshof ihre Anwendbarkeit in seiner Rechtsprechung von den formellen Anwendbarkeitsvoraussetzungen weitestgehend abgekoppelt und fordert die Geltung der Unschuldsvermutung ungeachtet dessen, ob eine Person bereits i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK angeklagt wurde, ein Strafverfahren förmlich gegen sie eingeleitet worden oder das Verfahren mit ihrem Freispruch oder einer Einstellung ausgegangen ist (Unschuldsvermutung im weiteren Sinne).¹⁷³

Eine besondere Bedeutung kommt der Unschuldsvermutung (im engeren Sinne) freilich innerhalb der Strafverfolgung zu. Als Verfahrensprinzip und subjektives Recht des Beschuldigten enthält die Unschuldsvermutung in Art. 6 Abs. 2 erstens die Anforderung an die Strafverfolgungsbehörde, den Verdächtigen unter Berücksichtigung der noch geltenden Unschuldsvermutung zu behandeln. Die zweite Ausprägung bezieht sich auf das Beweisrecht im Strafverfahren und wird in der Rechtsprechung des Gerichtshofs als *in dubio pro reo* bezeichnet.¹⁷⁴ Hierbei steht die Unschuldsvermutung nach der gefestigten Rechtsprechung des EGMR mit der Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK in engem Verbindung.¹⁷⁵

¹⁷¹ Vgl. LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 465 („die Tragweite nicht letztlich geklärt“); SK-StPO-Paeffgen, Art. 6 Rn. 179 (die Tragweite der Unschuldsvermutung ist, abgesehen von einem „harten Kern“, hoch umstritten); Frowein, FS für Huber, S. 553; Geppert, Jura 1993, 161; zur Kritik der Straßburger Rechtsprechung siehe Gaede, S. 232; IK-EMRK-Kühne, Art. 6 Abs. 2 Rn. 434; Grabenwarter, S. 458; Trechsel, Human Rights, S. 83 und 162; Harris u.a., S. 14 f. und S. 202; Villiger, S. 301 Rn. 470; Peukert, Art. 6 Rn. 185; Gözübüyük/Gölcüklü, S. 36 f. Rn. 118/a; Meyer-Ladewig, Art. 6 Rn. 96.

¹⁷² SK-StPO-Paeffgen, Art. 6 Rn. 180; Trechsel, Human Rights, S. 163; Peters/Altwicker, S. 167 Rn. 6; Groppe, JZ 1991, 805; Geppert, Jura 1993, 161.

¹⁷³ EGMR *Allen* ./ *GB* Urt. v. 12.07.2013 § 92; EGMR *Lavents* ./ *LV* Urt. v. 28.10.2002 § 125; EGMR *Minelli* ./ *CH* Urt. v. 25.03.1983 §§ 20 ff.; EGMR *Nölkenbockhoff* ./ *DE* Urt. 25.08.1987 § 35; EGMR *Lorenzetti* ./ *IT* ZE v. 10.04.2012 § 43; hierzu ferner *Harris* u.a., S. 299; *Callewaert*, EuGRZ 1996, 369; *Esser*, StraFo 2003, 336; *Strasser*, 14. Strafverteidigertag, S. 108; *Inceoğlu*, S. 17; *Kühl*, NJW 1988, 3233 ff.; *Frowein*, FS für Huber, S. 554 ff.; *Gaede*, S. 231; *Peters/Altwicker*, S. 168 Rn. 7 f.; *Ambos*, S. 412 f. Rn. 25.

¹⁷⁴ Vgl. EGMR *Allen* ./ *GB* Urt. v. 12.07.2013 § 93; EGMR *Melich* ./ *CZ* Urt. v. 24.07.2008 § 49; EGMR *Vassilios Stavropoulos* ./ *GR* Urt. v. 27.09.2007 § 39; EGMR *Lavents* ./ *LV* Urt. v. 28.10.2002 § 125; *Trechsel*, SJZ 1981, 319; *Geppert*, Jura 1993, 161; *Frowein*, FS für Huber, S. 553; *Ashworth*, Human Rights 2002, S. 14.; *Stuckenberg*, S. 419; *Atlihan*, AÜEHFD 8/2004, 303 f.

¹⁷⁵ Zuletzt etwa EGMR *Allen* ./ *GB* Urt. v. 12.07.2013 § 93.

bb) Verbindung zwischen den beiden Grundsätzen

Aus dem allgemeinen Behandlungsgebot der Unschuldsvermutung lässt sich nach einhelliger Meinung kein generelles Verbot der Vornahme strafprozessualer Maßnahmen gegen den Beschuldigten entnehmen, die sich auf einen gewissen Grad seiner Täterschaft stützen.¹⁷⁶ Dies ergibt sich außerdem aus einer systematischen Auslegung der Unschuldsvermutung in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK, der die Freiheitsentziehung des Beschuldigten wegen eines bestehenden Tatverdachts zum Zweck einer Vernehmung zulässt.¹⁷⁷ Die Durchführung einer Vernehmung, die u.a. der Aufklärung der Tat durch das Tatwissen des Beschuldigten dient, ist insofern unter dem Aspekt der Unschuldsvermutung sowie der Selbstbelastungsfreiheit unbedenklich.¹⁷⁸

Aus dem Grundsatz des *in dubio pro reo* leitet der EGMR drei Anforderungen der Unschuldsvermutung ab. Erstens hat der Richter einen ergebnisoffenen Prozess zu führen und keiner Voreingenommenheit zu unterliegen. Zweitens trägt in einem Strafverfahren grundsätzlich die Anklage die Beweislast. Und drittens kommt jeder Zweifel an seiner Schuld dem Beschuldigten zugute.¹⁷⁹ Unklar ist in der Rechtsprechung des EGMR, ob Art. 6 Abs. 2 EMRK Anforderungen an die Höhe des zu erbringenden Schuldnachweises stellt.¹⁸⁰ Dagegen gehört es zu seiner gefestigten Rechtsprechung, dass die Beweislast unter Umständen dem Beschuldigten auferlegt werden kann, indem durch das Gesetz rechtliche oder tatsächliche Vermutungen vorgesehen werden, die dieser zu widerlegen hat.¹⁸¹ Nicht zuletzt aus diesem Grund beanstandet es der EGMR im Hinblick auf das Recht auf ein faires Verfahren

¹⁷⁶ M.w.N. *Gaede*, S. 231 Fn. 114; *Rzepka*, S. 53; LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 475; *Trechsel*, Human Rights, S. 154; *Guradze*, S. 105 Rn. 26; *Bosch*, Aspekte, S. 95; *Gropp*, JZ 1991, 805; vgl. *Kühne*, FS für Krey, S. 304.

¹⁷⁷ *Böse*, GA 2002, 124; *Geppert*, Jura 1993, 161; *Rzepka*, S. 53; *Dörr*, S. 62; für den Wortlaut dieser Vorschrift siehe Anhang: Gesetzestexte.

¹⁷⁸ Hierzu siehe außerdem oben Kap. 2, II.B.6.a)aa).

¹⁷⁹ EGMR *Melich* ./ CZ Ur t. v. 24.07.2008 § 49; EGMR *Vassilios Stavropoulos* ./ GR Ur t. v. 27.09.2007 § 39; EGMR *Lavents* ./ LV Ur t. v. 28.10.2002 § 125; EGMR *Barberà, Messeguè und Jabardo* ./ ES Ur t. v. 06.12.1988 § 77; siehe auch SK-StPO-Paeffgen, Art. 6 Rn. 188; *Grabenwarter*, S. 459 Rn. 126; *Gaede*, S. 230; *Salditt*, FS für Hamm, S. 599; vgl. *Trechsel*, SJZ 1981, 320 ff.; *Rzepka*, S. 50; hinsichtlich Art. 14 Abs. 2 IPBPR siehe CCPR-Nowak, Art. 14 Rn. 35.

¹⁸⁰ Vgl. EGMR *Barberà, Messeguè und Jabardo* ./ ES Ur t. v. 06.12.1988 § 77 („evidence sufficient to convict him“), so auch *Trechsel*, Human Rights, S. 167, vgl. *Gaede*, S. 230; *Harris* u.a., S. 302; LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 494.

¹⁸¹ Zu Voraussetzungen des gesetzlichen Vorsehen solcher Vermutungen siehe EGMR *Salabiaku* ./ FR Ur t. v. 07.10.1988 § 28 ff.; EGMR *Pham Hoang* ./ FR Ur t. v. 22.09.1992 §§ 32 ff.; siehe auch *Gaede*, S. 230; *Peukert*, Art. 6 Rn. 44; *Harris* u.a., S. 301 f.; *Trechsel*, Human Rights, S. 168; *ders.* SJZ 1981, 320 f.; LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 497; *Strasser*, 14. Strafverteidigertag, S. 108; *Dönmezer*, Erman Armağan'ı, S. 259; *ders.*, Kunter Armağan'ı, S. 71 ff.; kritisch IK-EMRK-Kühne, Art. 6 Abs. 2 Rn. 428; *Salditt*, FS für Hamm, S. 601; ausdifferenzierend SK-StPO-Paeffgen, Art. 6 Rn. 190.

nach Art. 6 EMRK im Prinzip nicht, wenn bei der Beweiswürdigung aus dem Schweigen des Beschuldigten nachteilige Schlussfolgerungen gegen ihn gezogen werden.¹⁸²

Außerdem spricht es grundsätzlich nicht gegen das Erfordernis der Unvoreingenommenheit des Richters, wenn er im Urteil die Aussagen des Beschuldigten als unglaubwürdig erachtet¹⁸³ oder einen entlastenden Beweisantrag begründet abweist.¹⁸⁴ Das Gleiche gilt, wenn der Richter den Aussagen eines Polizeibeamten gegenüber den widersprechenden Aussagen des Beschuldigten unter der Berücksichtigung der gesamten Beweisaufnahme einen höheren Wert beimisst.¹⁸⁵ Das Prinzip der richterlichen Beweiswürdigung stößt jedoch auf die Grenzen der Unvoreingenommenheit nach Art. 6 Abs. 2 EMRK, wenn der Richter seine Überzeugung von der Schuld des Beschuldigten auf eine extensive Verwertung dessen Aussageverhaltens stützt. Dies ist nach dem Gerichtshof der Fall, wenn der Richter aus dem Schweigen des Beschuldigten nachteilige Schlüsse zieht, die mit dem gesunden Menschenverstand unvereinbar sind. Gleichzeitig untergräbt er dadurch die Beweislast der Anklage.¹⁸⁶ Die nachteilige Verwertung des Schweigens des Beschuldigten ist dagegen konventionsrechtlich erst dann zulässig, wenn der Schuldnachweis bereits *prima facie* erbracht ist.¹⁸⁷

Die erste Anknüpfung zwischen der Unschuldsvermutung nach Art. 6 Abs. 2 EMRK und der Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK liegt insofern bei der nachteiligen Verwertung des Aussageverhaltens eines Beschuldigten bei der Beweiswürdigung vor. Der Gerichtshof überprüft in solchen Fällen die Beschwerde nach den beiden Rechten und stellt ggf. ihre gleichzeitige Verletzung fest.¹⁸⁸

¹⁸² EGMR *John Murray ./ GB* Ur. v. 25.01.1996 §§ 51 ff.; hierzu siehe auch unten Kap. 2, III.D.2.a)bb).

¹⁸³ EKMR *H.H. ./ AT* Entsch. v. 05.10.1974 (Recht 2a)ii); EKMR Entsch. v. 15.03.1984 (Beschw. 10271/83, Digest of Strasbourg Case-Law relating to The European Convention on Human Rights Update to Volume 2 (Article 6) 1989).

¹⁸⁴ *Villiger*, S. 265 Rn. 419.

¹⁸⁵ EMRK Entsch. v. 09.12.1981 (Beschw. 8902/80, Digest of Strasbourg Case-Law relating to The European Convention on Human Rights Volume 2 (Article 5) S. 737; siehe auch EKMR Entsch. v. 31.05.1974 (Beschw. 5568/72, Digest of Strasbourg Case-Law relating to The European Convention on Human Rights Volume 2 (Article 5) S. 741 f).

¹⁸⁶ EGMR *Telfner ./ AT* Ur. v. 20.03.2001 §§ 12 ff.; EGMR *Krumpholz ./ AT* Ur. v. 18.03.2010 §§ 30 ff. = in Leitsätzen HRRS 1/2011, 1 f.; vgl. LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 489; *Meyer-Ladewig*, Art. 6 Rn. 212; SK-StPO-Paefgen, Art. 6 Rn. 183; *Harris* u.a., S. 300 f.; *Salger*, S. 7 f.; vgl. *Aselmann*, S. 83; die Autorin ist der Auffassung, dass die Unschuldsvermutung in Art. 6 Abs. 2 EMRK die freie Beweiswürdigung nicht „sperrt“. Sie überlasse die Frage des Schuldnachweises dem nationalen Recht.

¹⁸⁷ EGMR *John Murray ./ GB* Ur. v. 25.01.1996 §§ 51 ff.; *Eisenhardt*, S. 150.

¹⁸⁸ EGMR *John Murray ./ GB* Ur. v. 25.01.1996 § 58; EGMR *Krumpholz ./ AT* Ur. v. 18.03.2010 § 42 f.; dagegen nur die Überprüfung unter Art. 6 Abs. 2 EMRK in EGMR *Telfner ./ AT* Ur. v. 20.03.2001 §§ 12 ff.; eingehend hierzu *Bosch*, Aspekte, S. 93 ff.

Zu Überschneidungen zwischen der Unschuldsvermutung und der Selbstbelastungsfreiheit kann es darüber hinaus bereits während der Hauptverhandlung kommen. So widersprechen abwertende Aussagen eines Richters, er finde die Verteidigungstaktik des Beschuldigten „skandalös“, oder seine Androhungen von prozessualen Nachteilen, diese Taktik könne sich strafverschärfend auswirken, stets seiner Unvoreingenommenheit¹⁸⁹ und sind mit der Selbstbelastungsfreiheit des Beschuldigten unvereinbar. Eine frühzeitige Beweiswürdigung kann diesen nämlich unter Druck setzen, ein Geständnis abzulegen. Dies nahm die Kommission in dem Fall an, in dem der Richter dem Verteidiger nach der Anhörung eines Polizeibeamten und in Abwesenheit der Jury erklärte, dass er die Beweise gegen den Beschuldigten „unwiderstehlich“ und den Antrag des Verteidigers auf die Begutachtung durch einen forensischen Experten „ungeheuerlich“ finde, weil er nicht die geringste Chance eines Erfolges habe.¹⁹⁰

cc) Ableitbarkeit der Selbstbelastungsfreiheit

Ob die nach der gefestigten Rechtsprechung des Gerichtshofs vorhandene enge Verbindung zwischen der Unschuldsvermutung und der Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK über die oben genannten Überschneidungsfälle hinausgeht, ist in der Rechtsprechung des EGMR nicht eindeutig geklärt und im Schrifttum äußerst umstritten.¹⁹¹ Die Kernfrage der Debatte ist, ob die Selbstbelastungsfreiheit durch die Unschuldsvermutung nach Art. 6 Abs. 2 EMRK unmittelbar begründet ist.¹⁹²

Die frühere Kommission bejahte dies. Denn die Unschuldsvermutung gemäß Art. 6 Abs. 2 EMRK erlege die Beweislast der Anklage auf und enthalte gleichzeitig das Prinzip, dass der Beschuldigte die Anklage nicht durch die Ablegung eines unfreiwilligen Geständnisses gegen sich unterstützen muss.¹⁹³ Nicht so deutlich

¹⁸⁹ EKMR *Boeckmans* ./ BE Beschw. 1727/62 zitiert nach *Trechsel*, SJZ 1981, 322; hierzu auch *Frowein*, FS für Huber, S. 554; *Bosch*, Aspekte, S. 94.

¹⁹⁰ Unter den konkreten Umständen des Falles verneinte jedoch die Kommission das Vorliegen eines solchen Drucks, EKMR X. ./ GB Entsch. v. 21.03.1975 D&R 3, S. 16 (10–24); hierzu siehe *Trechsel*, SJZ 1981, 322.

¹⁹¹ Vgl. SK-StPO-*Paeffgen*, Art. 6 Rn. 81; *Schlauri*, S. 83; LR-StPO-*Esser*, Art. 6 Rn. 885; *Mäder*, S. 62; *Safferling/Hartwig*, ZIS 2009, 787; *Tallroth*, S. 255; *Atlihan*, AÜEHFD 8/2004, 317.

¹⁹² *Roberts/Zuckerman*, S. 554 f.; bejahend *Guradze*, S. 104 f. Rn. 23, *ders.*, FS für Loewenstein, S. 161; außerdem *Ward/Gardner*, E.H.R.L.R. 2003, 389; LR-StPO-*Gleiß*, § 136 Rn. 27; *dies.*, *Nemo-tenetur*, S. 88; so auch das Grünbuch der EG-Kommission (2006) 174 endg. („Die Unschuldsvermutung schließt den Schutz vor Selbstbelastung ein“); ablehnend SK-StPO-*Rogall*, Vor. § 133 ff. Rn. 131.

¹⁹³ EKMR *Saunders* ./ GB Bericht v. 10.05.1994 § 72; EKMR *Peterson Sarpsborg AS und andere* ./ NO ZE v. 27.10.1996, § 1a) Recht; EKMR *Quinn* ./ GB Bericht v. 11.03.1997 § 56; hierzu siehe auch *Mäder*, S. 63; zur Ableitung der Selbstbelastungsfreiheit aus der Unschuldsvermutung im englischen Recht siehe etwa *Rau*, S. 175 ff.

wie die Auffassung der Kommission, jedoch in derselben Richtung, kann auch die ständige Anmerkung des EGMR verstanden werden, dass es der Anklagebehörde obliegt, den Beschuldigten zu überführen, ohne dabei auf die Beweise zurückzugreifen, die in Ermangelung des freien Willens des Beschuldigten durch Zwang oder Druckmittel erlangt worden sind.¹⁹⁴

Die Ableitung der Selbstbelastungsfreiheit lässt sich nach der bejahenden Ansicht in der Literatur erstens aus einer historischen Auslegung der Unschuldsvermutung in Art. 6 Abs. 2 EMRK entnehmen, die ihren Ursprung im kontinental-europäischen Recht in Art. 9 der Französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1791 hat. Dieser habe Art. 12 der Menschenrechtserklärung von Massachusetts von 1780 als Vorbild gedient,¹⁹⁵ nach dem niemand gezwungen werden dürfe, sich selbst zu bezichtigen oder Beweise gegen sich selbst zu liefern: „no subject shall [...] be compelled to accuse, or furnish evidence against himself“.¹⁹⁶ Zweitens ergebe sich die Ableitung aus einer *argumentum a fortiori*-Auslegung des Zweifelsgrundsatzes und dem Beweislastfordernis der Anklagebehörde. Müsse nach der Unschuldsvermutung die Anklage die Schuld des Beschuldigten nachweisen, so treffe *a fortiori* den Beschuldigten nicht die geringste Pflicht, zu seiner Verurteilung oder in irgendeiner Weise zum Strafverfahren beizutragen. Im Übrigen habe er ja seine Unschuld nicht zu beweisen. Diese Überlegungen seien die vollständige und überzeugende Rechtfertigung der Selbstbelastungsfreiheit.¹⁹⁷ Das Recht des Beschuldigten, als Aussageperson zu schweigen und bei der Erhebung von Sachbeweisen keine aktive Mitwirkung zu leisten, ergeben sich nach dieser Ansicht unmittelbar aus Art. 6 Abs. 2 EMRK. Außerdem dürfe die Mitwirkungsverweigerung keine Nachteile für den Beschuldigten nach sich ziehen, weil dadurch die Reichweite der Unschuldsvermutung erheblich eingeschränkt würde.¹⁹⁸

dd) Kritik an der Ableitung

Gegen die eben aufgeführte Ableitung der Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK wird eingewendet, dass der historische Zusammenhang zwischen der Unschuldsvermutung und der Selbstbelastungsfreiheit doch alles andere als

¹⁹⁴ EGMR *Baran und Hun ./. TR* Urt. v. 20.05.2010 § 68; *Eisenhardt*, S. 151.

¹⁹⁵ Bereits The Virginia Declaration of Rights von 1776 enthielt in Art. 8 den Grundsatz, „nor can he be compelled to give evidence against himself“, darauf hinweisend *Möller*, JR 2005, 315; *Müller*, EuGRZ 2001, 546.

¹⁹⁶ *Guradze*, FS für Loewenstein, S. 160 f.; vgl. *Möller*, JR 2005, 315; *Gropp*, JZ 1991, 804, *Rau*, S. 98.

¹⁹⁷ *Trechsel*, Human Rights, S. 348; ähnlich IK-EMRK-*Kühne*, Art. 6 Rn. 415 und 447; *ders.* StV 2001, 76; *Ambos*, S. 412 f. Rn. 25; *Safferling/Hartwig*, ZIS 2009, 787; *Salditt*, FS für Hamm, S. 599; vgl. *Villiger*, S. 321 Rn. 502.

¹⁹⁸ Vgl. IK-EMRK-*Kühne*, Art. 6 Rn. 447; *Safferling/Hartwig*, ZIS 2009, 787; *Müller*, EuGRZ 2001, 550.

geklärt sei.¹⁹⁹ In der Kritik steht außerdem der oben genannte Erst-recht-Schluss, auch wenn er zunächst logisch erscheint. Eine solche Schlussfolgerung setzt nämlich voraus, dass die wertende Entscheidung, die der Beweislastverteilung oder der grundsätzlichen Annahme der Unschuld zugrunde liegt, mit den Schutzzwecken der Selbstbelastungsfreiheit übereinstimmen.²⁰⁰ Anderenfalls würde die Unschuldsvermutung zweckwidrig zur Ableitung der Selbstbelastungsfreiheit herangezogen. Diesen Aspekt allerdings lässt die bejahende Auffassung völlig außer Acht. Dies ist wohl darauf zurückzuführen, dass über die Zwecke der Unschuldsvermutung sowie der Selbstbelastungsfreiheit noch keine Einigung erzielt ist.

Hiervon ausgenommen ist einer der in der Rechtsprechung des EGMR anerkannten Zwecke der Unschuldsvermutung, nämlich die Vermeidung von Fehlurteilen, die auch durch die Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK bezweckt ist.²⁰¹ Beide Grundsätze besagen einvernehmlich, dass die Anklagebehörde die Pflicht hat, die Anklage gegen den Beschuldigten nachzuweisen, ohne auf Zwang oder Druck zurückzugreifen. Dadurch sichern sie diesen Zweck ab; denn die letztgenannten Mittel produzieren naheliegenderweise nicht selten falsche Geständnisse.²⁰² Allerdings wurde bereits oben dargelegt, dass der Schutzzweck der Vermeidung eines Fehlurteils allein die Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht begründen kann.²⁰³

Außerdem lässt sich die Selbstbelastungsfreiheit nicht als Erfordernis der Unschuldsvermutung nach Art. 6 Abs. 2 EMRK unter dem Aspekt rechtfertigen, dass diese den Einzelnen vor sanktionsähnlichen Eingriffen schützt, die eine justizförmige gerichtliche Verurteilung vorwegnehmen.²⁰⁴ Denn es wäre zur Erfüllung dieses Zwecks sogar dienlich, dem Beschuldigten eine Mitwirkungspflicht an jeder Beweiserhebung aufzuerlegen, damit die Schuldfrage durch ein Strafverfahren aufgeklärt wird.²⁰⁵ Im Übrigen verbietet die Unschuldsvermutung nicht, ihn der Begehung einer Straftat zu verdächtigen oder strafprozessualen Maßnahmen zu unterziehen. Dass die Unschuldsvermutung bei der Beweisgewinnung die Heranziehung des Beschuldigten nicht per se untersagt, ist bei der Erlangung körperlicher Substanzen des Beschuldigten deutlich, die nach der gefestigten Rechtsprechung des EGMR auch unter dem Aspekt der Selbstbelastungsfreiheit unbedenklich ist.²⁰⁶

¹⁹⁹ Eingehend hierzu *Rogall*, S. 110 ff.; *Roschmann*, S. 15.

²⁰⁰ Zur Voraussetzung eines zutreffenden Analogieschlusses siehe *Schneider*, Logik für Juristen, S. 135 ff.

²⁰¹ EGMR *Baran und Hun* ./ TR Ur. v. 20.05.2010 § 68.

²⁰² EGMR *Baran und Hun* ./ TR Ur. v. 20.05.2010 § 68.

²⁰³ Hierzu siehe oben Kap. 2, II.B.4.c).

²⁰⁴ Vgl. Kap. 2, II.B.6.a)cc).

²⁰⁵ Vgl. *Roberts/Zuckerman*, S. 554 f.; *Redmayne*, O.J.L.S. 2007, 218.

²⁰⁶ Siehe m.w.N. *Dennis*, CLJ 1995, 354; *Rau*, S. 176.

Darüber hinaus kann allein die Folge der Unschuldsvermutung, dass der Beschuldigte für seine Unschuld keine Beweise zu liefern hat, noch nicht bedeuten, dass er die Freiheit hat, darüber zu entscheiden, ob er an der Beweiserhebung gegen sich selbst mitwirken will oder nicht.²⁰⁷ Denn es widerspricht grundsätzlich der herkömmlichen Bedeutung der Unschuldsvermutung als Beweislastregel, ein Beweiserhebungsverbot, hier die Selbstbelastungsfreiheit, aus Art. 6 Abs. 2 EMRK abzuleiten.²⁰⁸ Des Weiteren führt die Aufbürdung der Beweislast auf die Anklage für sich genommen nicht dazu, dass sie diese ohne Mitwirkung des Beschuldigten zu erbringen hat. Es ist richtig, dass die Beweislast der Anklagebehörde ausgehöhlt werden könnte, wenn der Beschuldigte zur aktiven Mitwirkung an der Beweiserhebung gegen sich selbst gezwungen werden dürfte. Dies ist aber immer noch keine materielle Rechtfertigung für die Annahme der Selbstbelastungsfreiheit.²⁰⁹ Denn das Beweismaß zur Verurteilung, das die Anklage einzuhalten hat, bleibt identisch, und der Zweck der Unschuldsvermutung, nämlich der Schutz vor ungerechtfertigten Verurteilungen, wird hier ebenfalls gewahrt.²¹⁰

b) Recht auf Verteidigung

Die ehemalige Kommission betrachtet die Selbstbelastungsfreiheit, abgesehen von der Unschuldsvermutung nach Art. 6 Abs. 2 EMRK, außerdem als notwendige Folge des Rechts des Beschuldigten auf Verteidigung nach Art. 6 Abs. 3 EMRK. Würde der Beschuldigte nämlich gezwungen, sich selbst zu belasten, so wäre seine Verteidigungsposition unterminiert.²¹¹ Die Selbstbelastungsfreiheit wäre in diesem Fall das negative Verteidigungsrecht eines Beschuldigten. Aus einem solchen prozessrechtlichen Standpunkt heraus äußerte die Kommission im Grundsatz keine Bedenken, dass die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren gegen juristische Personen deren Beschäftigten zusteht.²¹²

Eine solche Ableitung ist in der Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht ersichtlich. Gleichwohl erkennt dieser an, dass die Selbstbelastungsfreiheit ein wichtiges

²⁰⁷ Vgl. *Grabenwarter*, S. 459 Rn. 126; *Mäder*, S. 63.

²⁰⁸ *Böse*, GA 2002, 124.

²⁰⁹ Vgl. *SK-StPO-Paeffgen*, Art. 6 Rn. 81; *LR-StPO-Esser*, Art. 6 Rn. 885; *Redmayne*, O.J.L.S. 2007, 219; *Berger*, Colum. J. Eur. L. 2006, 343; *Rau*, S. 176; *Dennis*, CLJ 1995, 355 f.

²¹⁰ *Redmayne*, O.J.L.S. 2007, 218 f.; *Jackson*, ICLQ 2009, 846.

²¹¹ *EKMR Saunders* ./ *GB* Urt. v. 10.05.1994 § 72; *EKMR Saunders* ./ *GB* Bericht v. 10.05.1994 § 72; *EKMR Peterson Sarpborg AS und andere* ./ *NO ZE* v. 27.10.1996 § 1a) Recht; *EKMR Quinn* ./ *GB* Bericht v. 11.03.1997 § 56; so auch im Ergebnis *Salditt*, FS für Hamm, S. 598, a.A. *Salger*, S. 6, nach dem aus dem Art. 6 Abs. 1 EMRK nur das Recht auf eine aktive Verteidigung abzuleiten sei, wohingegen das Schweigerecht eine negative Abwehrfunktion habe und somit von Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht umfasst sei.

²¹² *EKMR Peterson Sarpborg AS und andere* ./ *NO ZE* v. 27.10.1996, § 1a) Recht.

Verteidigungsrecht des Beschuldigten²¹³ und mit weiteren Verteidigungsrechten eng verbunden ist. Ihre wirksame Geltendmachung kann unter Umständen der Gewährung weiterer Verteidigungsrechte bedürfen. Dies gilt nach der Rechtsprechung des EGMR insbesondere für die polizeiliche Befragung des Beschuldigten, bei der er des Öfteren Gefahr läuft, sich unbedacht zu belasten oder hierzu gezwungen zu werden. Daher ist es nach dem Gerichtshof für eine wirksame Ausübung der Selbstbelastungsfreiheit erforderlich, dem Beschuldigten vor der polizeilichen Befragung Zugang zu einem Verteidiger zu gewähren.²¹⁴ Insbesondere das Fehlen eines rechtlichen Beistands kann nach dem Gerichtshof, abgesehen von dem Recht auf Verteidigerbeistand nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK, gleichzeitig den Gebrauch des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit bei der polizeilichen Vernehmung beeinträchtigen.²¹⁵ Die schlichte Verweigerung des Verteidigerbeistands,²¹⁶ die Einflussnahme dahingehend, dass der Beschuldigte auf den bereits gewählten Verteidiger eigener Wahl verzichtet,²¹⁷ der Ausschluss des Verteidigers von der polizeilichen Vernehmung²¹⁸ und ähnliche Verstöße gegen das Recht auf Verteidigerkonsultation nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK sind im Regelfall ebenfalls Eingriffe in die Aussagefreiheit des Beschuldigten.²¹⁹ Einheitliche Konkurrenzregeln finden sich bezüglich solcher Überschneidungsfälle in der Rechtsprechung des EGMR nicht und sind nach seiner Ansicht wohl auch nicht notwendig. Denn sowohl die Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK als auch das Recht auf Verteidigerkonsultation im Polizeigewahrsam nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK sind jeweils spezielle Ausprägungen des Gesamtrechts, nämlich des Rechts auf ein faires Verfahren in Art. 6 Abs. 1 EMRK, über dessen Einhaltung der EGMR stets unter der Berücksichtigung *aller* Unzulänglichkeiten im Gesamtverfahren entscheidet. Dazu gehört auch die Frage der Verwertbarkeit von Beweismitteln, die unter Verstoß gegen die Aussagefreiheit und/oder das Recht auf Verteidigerbeistand im Polizeigewahrsam erlangt wurden.²²⁰

²¹³ EGMR *Jalloh* ./ DE Ur t. v. 11.07.2006 § 97.

²¹⁴ EGMR *Aleksandr Zaichenko* ./ RU Ur t. v. 18.02.2010 §§ 41 ff. = in Leitsätzen HRRS 4/2010, 179 f.

²¹⁵ EGMR *Grinenko* ./ UA Ur t. v. 15.12.2012 § 96; hierzu mehr siehe unten Kap. 2, V.C.2.b).

²¹⁶ EGMR *Magee* ./ GB Ur t. v. 06.06.2000 §§ 40 ff.

²¹⁷ Damit die Ermittlungsorgane die Möglichkeit erhalten, den offiziell zuzuweisenden Verteidiger zu bestimmen, mit dem sie „einverstanden“ sind, so etwa EGMR *Martin* ./ EE Ur t. v. 30.05.2013 § 89 ff.; EGMR *Dvorski* ./ HR Ur t. v. 28.11.2013 §§ 93 ff.

²¹⁸ EGMR *Niculescu* ./ RO Ur t. v. 25.06.2013 § 117 f.

²¹⁹ Sehr anschaulich in EGMR *Martin* ./ EE Ur t. v. 30.05.2013 § 90 f.; siehe auch EGMR *Kaçıu und Kotorri* ./ AL Ur t. v. 25.06.2013 § 118 ff.

²²⁰ Dies ausdrücklich betonend EGMR *Martin* ./ EE Ur t. v. 30.05.2013 § 94 ff.; EGMR *Yuriy Volkov* ./ UA Ur t. v. 19.12.2013 §§ 60 ff.

c) *Recht auf Privatleben*

aa) Anwendungsbereich im Überblick

Der Gerichtshof hält sich zurück, eine abschließende Definition des Rechts auf Privatleben nach Art. 8 Abs. 1 EMRK zu statuieren.²²¹ Er macht von der Möglichkeit Gebrauch, den Anwendungsbereich dieser Vorschrift durch Fallgruppen zu bestimmen. Dabei benennt er spezielle Rechte, die als einzelne Ausprägungen des Rechts auf Privatleben nach Art. 8 Abs. 1 EMRK anzusehen sind, wobei dessen Schutzzumfang stets offen bleibt und die Einzelrechte ihrerseits höchst auslegungsbedürftig sind.²²²

Nach dem Gerichtshof liegt allen Konventionsrechten und -garantien einschließlich des Rechts auf Privatleben gemäß Art. 8 Abs. 1 EMRK der Grundsatz der Achtung der Menschenwürde, der Freiheit des Menschen und seiner Autonomie zugrunde.²²³ Zum Schutz des konventionsrechtlichen Menschenbilds fordert das Recht auf Privatleben nach Art. 8 Abs. 1 EMRK außerdem, Eingriffe in die physische und psychische Integrität zu unterlassen.²²⁴ Mit einer solch breiten Reichweite überschneidet sich das Recht auf Privatleben mit anderen Konventionsrechten, die einen verwandten Regelungsbereich haben, wie dem Folterverbot gemäß Art. 3 EMRK und dem Recht auf Sicherheit und Freiheit gemäß Art. 5 EMRK, und stellt einen Auffangtatbestand für niederschwellige oder nichtspezifische Eingriffe in die physische und psychische Integrität von Einzelnen dar.²²⁵

Die Frage, welche Elemente die physische und psychische Integrität ausmachen bzw. vom Schutzzumfang des Art. 8 Abs. 1 umfasst sind, ist in der Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht gänzlich abgeklärt. Die konventionsrechtliche Relevanz eines Integritätsbestandteils ist nach dem EGMR nach den Umständen jedes Einzelfalls zu bestimmen.²²⁶ Bestandteile der persönlichen sowie sozialen Identität

²²¹ Für den Wortlaut dieser Vorschrift siehe Anhang: Gesetzestexte.

²²² Hierzu stellvertretend EGMR *Niemietz* ./ *DE* Ur. v. 16.12.1992 § 29; siehe außerdem *Meyer-Ladewig*, Art. 8 Rn. 7 ff.; *Frowein*, Art. 8 Rn. 3 ff.

²²³ EGMR *Pretty* ./ *GB* Ur. v. 29.04.2002 § 65; EGMR *Koch* ./ *DE* Ur. v. 19.07.2012 § 51; EGMR *El Masri* ./ *MK* Ur. v. 13.12.2012 § 248; zur Verankerung der Menschenwürde in der EMRK siehe *Meyer-Ladewig*, NJW 2004, 981; StK-GG-*Windthorst*, Art. 1 Rn. 12; *Antoni*, Hömig-GG, Art. 1 Rn. 2; man verkennt außerdem Art. 8 EMRK, wenn behauptet wird, dass die EMRK kein allgemeines Persönlichkeitsrecht kenne, so etwa *Zuck*, JR 2010, 19; *Gaede*, JR 2009, 498; siehe etwa StK-GG-*Windthorst*, Art. 2 Rn. 7 (doch ist es im Begriff der Achtung des Privatlebens enthalten); ebenso *Antoni*, Hömig-GG, Art. 1 Rn. 10.

²²⁴ EGMR *Von Hannover* ./ *DE* Ur. v. 07.02.2012 § 95; EGMR *S. und Marper* ./ *GB* Ur. v. 04.12.2008 § 66.

²²⁵ Vgl. EGMR *Raninen* ./ *FI* Ur. v. 16.12.1997 § 63.

²²⁶ So ausdrücklich EGMR *El Masri* ./ *MK* Ur. v. 13.12.2012 § 248.

jedes Menschen gehören grundsätzlich dazu.²²⁷ In diesem Zusammenhang hat der Gerichtshof ausdrücklich folgende Aspekte der Identität im Rahmen des Art. 8 EMRK als schutzwürdig anerkannt: die Entscheidung über die Beendigung des eigenen Lebens,²²⁸ körperliche Unversehrtheit,²²⁹ Gesundheit,²³⁰ Elemente der Geschlechtsidentität wie Name,²³¹ sexuelle Orientierung und Sexualleben,²³² Berufswahl²³³ und Berufsgeheimnisse eines Rechtsanwalts.²³⁴ Wie hieran zu erkennen ist, geht das Recht auf Privatleben nach Art. 8 EMRK weit über die Privatsphäre hinaus, die jedes Individuum, von der Außenwelt abgeschnitten, für sich selbst hat. Der Gerichtshof pflegt also ein weit gefasstes Verständnis des Rechts auf Privatleben nach Art. 8 Abs. 1 EMRK.²³⁵

Zum Schutz der oben umrissenen Bereiche des Privatlebens hat der EGMR mehrere Rechte aus Art. 8 Abs. 1 EMRK abgeleitet:²³⁶ etwa das allgemeine Recht auf Selbstbestimmung bzw. Entfaltung der Persönlichkeit,²³⁷ das Recht auf informationelle Selbstbestimmung,²³⁸ das Recht auf Privatheit,²³⁹ das Recht auf Achtung der Ehre²⁴⁰ sowie das Recht am eigenen Namen und Bild.²⁴¹

bb) Ableitbarkeit der Selbstbelastungsfreiheit

Nach der Darlegung des allgemeinen Schutzbereiches des Rechts auf Privatleben nach Art. 8 EMRK stellt sich nun die Frage, ob sich die Selbstbelastungsfreiheit daraus ableiten lässt. Dafür enthalten zwei vom Gerichtshof anerkannte Aspekte des Rechts auf Privatleben Anhaltspunkte, nämlich die Achtung der Würde und das Recht auf Selbstbestimmung.

²²⁷ EGMR *Pretty* ./ GB Ur t. v. 29.04.2002 § 61.

²²⁸ EGMR *Haas* ./ CH Ur t. v. 20.01.2011 § 51.

²²⁹ EGMR *Y.F.* ./ TR Ur t. v. 22.07.2003 § 33.

²³⁰ EGMR *S. und Marper* ./ GB 04.12.2008 § 66; zur Frage des Lärmschutzes siehe EGMR *Bor* ./ HU Ur t. v. 18.06.2013 §§ 24 ff.

²³¹ EGMR *Gargana* ./ UA Ur t. v. 16.05.2013 § 36.

²³² EGMR *P.G. und J.H.* ./ GB Ur t. v. 25.09.2001 § 56.

²³³ EGMR *Sidabras und Dziautas* ./ LT Ur t. v. 27.07.2004 § 47.

²³⁴ EGMR *Niemietz* ./ DE Ur t. v. 16.12.1992 §§ 29 ff.

²³⁵ EGMR *Niemietz* ./ DE Ur t. v. 16.12.1992 §§ 29 ff.

²³⁶ Hierzu siehe etwa ausführlich *Meyer-Ladewig*, Art. 8 Rn. 7 ff.

²³⁷ EGMR *S.H. und andere* ./ AT 03.11.2011 § 80.

²³⁸ EGMR *John Murray* ./ GB Ur t. v. 28.10.1994 §§ 11–15 und 84; EGMR *P.G. und J.H.* ./ GB Ur t. v. 25.09.2001 § 57 f.; EGMR *S.H. und andere* ./ AT 03.11.2011 §§ 66 ff.; EGMR *M.K.* ./ FR Ur t. v. 18.04.2013 § 35.

²³⁹ EGMR *Sidabras und Dziautas* ./ LT Ur t. v. 27.07.2004 § 43.

²⁴⁰ EGMR *Pfeifer* ./ AT Ur t. v. 15.11.2007 § 35.

²⁴¹ EGMR *Von Hannover* ./ DE Ur t. v. 07.02.2012 § 95.

(1) Der Aspekt der Würdegarantie

Die Konvention enthält keine allgemeine Würdegarantie. Der Gerichtshof betont allerdings, wie bereits erwähnt, dass das Prinzip der Achtung der Menschenwürde auch dem Recht auf Privatleben nach Art. 8 EMRK zugrunde liegt. Im Fall *El-Masri* konkretisierte er diesen Zusammenhang dahingehend, dass niemand einer Behandlung unterzogen werden darf, die zum Verlust seiner Würde führen würde.²⁴² Eine Verletzung des Rechts auf Privatleben nach Art. 8 Abs. 1 EMRK lag nach dem EGMR insofern vor, als der Betroffene im konkreten Fall unter Verstoß gegen Art. 3 EMRK in einer *incommunicado*-Haft von 23 Tagen in einem Hotelzimmer, also faktisch außerhalb von jeglicher rechtlichen Rahmenbedingung, festgehalten und unter Drohung mit einer Pistole extensiv über seine internationalen terroristischen Aktivitäten befragt wurde.²⁴³

Aus dieser Entscheidung lässt sich ableiten, dass das Würdeverlust-Konzept des EGMR als Konkretisierungsmaßstab der von Art. 8 Abs. 1 EMRK garantierten Menschenwürde derzeit nur vor staatlichen Eingriffen einen Schutz bietet, die jemanden unter Verstoß gegen Art. 3 EMRK zu einer Selbstbelastung veranlassen. Eine Rechtfertigungs- sowie Verhältnismäßigkeitsprüfung nach Art. 8 Abs. 2 EMRK ist hier nicht möglich,²⁴⁴ weil Art. 3 EMRK uneinschränkbar ist.²⁴⁵ Eine allgemeine Selbstbelastungsfreiheit des Beschuldigten, die durch keinen Eingriff verletzt werden darf, lässt sich aus dem Würdeverlust-Kriterium des EGMR jedoch nicht ableiten.

(2) Das Recht auf Selbstbestimmung

Diesem Recht liegt nach dem EGMR das Autonomieprinzip zugrunde,²⁴⁶ das den Respekt der Willensfreiheit jeder Person einschließlich eines Beschuldigten im Strafverfahren voraussetzt.²⁴⁷ Zu klären bleibt die Frage, ob dies auch die Freiheit eines Beschuldigten umfasst, an seiner eigenen Überführung mitzuwirken oder nicht. Aus der umgekehrten Perspektive eines möglichen Verletzungshergangs würde sich die Frage stellen, ob die Auferlegung einer Selbstmitwirkungs- bzw. Belastungspflicht das Autonomieprinzip des Art. 8 Abs. 1 EMRK in einer nicht zu rechtfertigenden Weise verletzt.

Kein Zweifel besteht, dass die Aufbürdung einer rechtlich erzwingbaren Aussagepflicht, etwa auf einen Zeugen, einen Eingriff in Art. 8 Abs. 1 EMRK darstellt.²⁴⁸

²⁴² EGMR *El Masri* ./ MK Ur t. v. 13.12.2012 § 248.

²⁴³ EGMR *El Masri* ./ MK Ur t. v. 13.12.2012 § 249.

²⁴⁴ Für den Wortlaut dieser Vorschrift siehe Anhang: Gesetzestexte.

²⁴⁵ EGMR *Gäfen* ./ DE Ur t. v. 01.07.2010 § 107.

²⁴⁶ EGMR *Pretty* ./ GB Ur t. v. 29.04.2002 § 65 f.

²⁴⁷ *Trechsel*, Human Rights, S. 348.

²⁴⁸ EGMR *Van der Heijden* ./ NL Ur t. v. 03.04.2012 § 52.

Zwar hat der EGMR dies im konkreten Fall unter die spezifische Ausprägung des Art. 8 Abs. 1 EMRK, nämlich das Recht auf Familienleben subsumiert, es ist jedoch davon auszugehen, dass das Recht auf Selbstbestimmung ebenfalls durch den Eingriff betroffen ist. Zugleich ist allerdings anzumerken, dass Art. 8 Abs. 1 EMRK einschränkbar ist²⁴⁹ und sich für den Fall einer strafprozessualen Aussagepflicht einem in der gefestigten Rechtsprechung des EGMR anerkannten und gewichtigen Rechtfertigungsgrund zu stellen hat, nämlich der Verbrechensbekämpfung, die u.a. durch Beweissammlung zum Zweck der Aufdeckung und Ermittlung einer Straftat zu betreiben ist.²⁵⁰ Es bleibt somit die entscheidende und letzte Prüfungsstufe innerhalb des Art. 8 Abs. 2 EMRK, ob ein solcher durch eine legitime Zielrichtung gerechtfertigter Eingriff, etwa in Gestalt einer strafbewehrten Aussagepflicht, in einer demokratischen Gesellschaft erforderlich ist.

Während der Gerichtshof diese Frage in Bezug auf Zeugen unter bestimmten Umständen verneint und aus Art. 8 Abs. 1 EMRK ein Zeugnisverweigerungsrecht abgeleitet hat,²⁵¹ hat er dies für ein Aussageverweigerungsrecht des Beschuldigten nicht getan. Als einschlägige konventionsrechtliche Bestimmung hierfür verweist er ausdrücklich auf das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK.²⁵²

Diese Rechtsprechung lässt sich im Ergebnis als Ablehnung des EGMR verstehen, die konventionsrechtliche Selbstbelastungsfreiheit mit einer freiheitsrechtlichen Begründung zu versehen.²⁵³ Dagegen sieht der EGMR die Heranziehung eines Beschuldigten als Beweismittel gegen sich selbst durch eine körperliche Durchsuchung, Entnahme von Blut, Haarstücken, Urinproben oder Fingerabdrücken, die Aufnahme von Lichtbildern,²⁵⁴ die Durchsuchung seiner Räumlichkeiten zum

²⁴⁹ Vgl. *Hauck*, ZStW 124/2012, 484 f. Dieser vermisst in der Rechtsprechung des EGMR doch einen unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung, der gegenüber den Schranken des Art. 8 Abs. 2 EMRK nicht weichen würde.

²⁵⁰ EGMR *Gäffen* ./ *DE* Ur. v. 01.07.2010 § 175; EGMR *Tirado Ortiz und Lozano Martin* ./ *ES* ZE v. 15.06.1999 § 2 Recht; EKMR *K* ./ *AT* Bericht v. 13.10.1992 § 47; siehe auch *Guder*, S. 236 f.

²⁵¹ EGMR *Van der Heijden* ./ *NL* Ur. v. 03.04.2012 §§ 55 ff.

²⁵² EGMR *Van der Heijden* ./ *NL* Ur. v. 03.04.2012 § 64.

²⁵³ Vgl. LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 886, nach dem die Selbstbelastungsfreiheit ein besonderes Persönlichkeitsrecht ist, sich somit mit Art. 2 Abs. 1 GG sowie Art. 8 EMRK „weitgehend“ überschneidet, jedoch sich mit ihnen „nicht völlig deckt“; SK-StPO-Paeffgen, Art. 6 Rn. 82, der dem Art. 8 EMRK die Funktion eines Auffangtatbestands bei Eingriffen ins Tatwissen des Beschuldigten geben will, wenn der Schutzzumfang der Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 EMRK ausgeschöpft ist; *Rau*, S. 321, nach dem die Zurückhaltung des EGMR, die Selbstbelastungsfreiheit mit Art. 8 EMRK in Verbindung zu bringen oder auch nur aus ihm abzuleiten, damit einhergehen kann, dass das englische *Common Law*, das auch in der konventionsrechtlichen Debatte um dieses Recht erkennbare Einflüsse hat, kein Recht auf Privatleben kennt; zur Verletzung der Intimität des Privatlebens durch eine mögliche Selbstbelastungspflicht siehe *Dennis*, S. 199.

²⁵⁴ EGMR *Jalloh* ./ *DE* Ur. v. 11.07.2006 §§ 113 ff.; EKMR *Peters* ./ *NL* Entsch. v. 06.04.1994 § 2 Recht; EKMR *A.B* ./ *CH* Entsch. v. 22.02.1995 D&R 80, S. 70 (66–73);

Zweck der Beschlagnahme von Sachbeweisen, die auch von ihm selbst herrühren können,²⁵⁵ sowie die Durchführung von Abhörmaßnahmen,²⁵⁶ die auf die Erlangung selbstbelastender Äußerungen abzielen, regelmäßig unter Einhaltung der formellen Voraussetzungen des Art. 8 Abs. 2 EMRK, insbesondere der Gesetzmäßigkeit, als einen gerechtfertigten Eingriff in Art. 8 EMRK an.

d) *Recht auf Meinungsäußerungsfreiheit*

Als eine weitere konventionsrechtliche Bestimmung, aus der die Selbstbelastungsfreiheit abgeleitet werden könnte, zog die ehemalige Kommission auch die Freiheit der Meinungsäußerung nach Art. 10 Abs. 1 EMRK in Betracht,²⁵⁷ wonach jede Person u.a. den Anspruch hat, Informationen ohne eine staatliche Intervention in beliebiger Form an Dritte weiterzugeben.²⁵⁸ Es stellt sich die Frage, ob ein negatives Recht, nämlich keine Informationen zu offenbaren, ebenfalls aus Art. 10 Abs. 1 EMRK ableitbar ist. Hiernach müsste auch ein Beschuldigter sein Tatwissen nicht mit staatlichen Behörden teilen, hätte also das Recht auf Aussageverweigerung bzw. Schweigen.²⁵⁹

Die Kommission bejahte 1992 die Ableitbarkeit eines solchen Aussageverweigerungsrechts aus Art. 10 Abs. 1 EMRK für einen Zeugen im Strafverfahren, wenn für ihn eine Selbstbelastungsgefahr vorliegt.²⁶⁰ Im konkreten Fall handelte es sich um die Konventionskonformität der unter Androhung einer Geldbuße und fünfjähriger Beugehaft erzwingbaren Aussagepflicht eines Zeugen. Nach der Kommission liegt hier ein Eingriff in den negativen Aspekt des Rechts in Art. 10 Abs. 1 EMRK vor. Es stelle sich nun die Frage, ob dieser nach Art. 10 Abs. 2 EMRK gerechtfertigt sei.²⁶¹ Zwar habe der Eingriff ein legitimes Ziel, nämlich die Prävention von Straftaten, welche ebenfalls die Repression einer Straftat durch das Betreiben eines Strafverfahrens einschließe. Es sei allerdings fragwürdig, ob die Aussagepflicht

EKMR *McVeigh, O'Neill und Evans* ./ GB Bericht v. 18.03.1981 § 224; eingehend hierzu *Warnking*, Beweisverbote, S. 149 ff.

²⁵⁵ EGMR *Funke* ./ FR Ur. v. 25.02.1993 § 56; siehe auch *Ambos*, S. 431 f. Rn. 54.

²⁵⁶ Vgl. EGMR *Klass* ./ DE Ur. v. 06.09.1978 §§ 39 ff.; EGMR *Lambert* ./ FR Ur. v. 24.08.1998 §§ 20 ff.; EGMR *P.G und J.H* ./ GB Ur. v. 25.09.2001 §§ 34 ff.; EGMR *Bykov* ./ RU Ur. v. 10.03.2009 §§ 69 ff.; LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 936 Fn. 2365; *Guder*, S. 227; *Hauck*, NSZ 2010, 21; *ders.*, ZStW 124/2012, 477 f.; *Müller*, EuGRZ 2001, 556.

²⁵⁷ Für den Wortlaut dieser Vorschrift siehe Anhang: Gesetzestexte.

²⁵⁸ EGMR *Nikula* ./ FI Ur. v. 21.03.2002 § 46; zu dem Schutzzumfang siehe außerdem *Frowein*, Art. 10 Rn. 5 ff.; *Peters/Altwicker*, S. 76 f. Rn. 1; *Villiger*, S. 391 Rn. 604 ff.

²⁵⁹ So etwa vor allem *Trechsel*, Human Rights, S. 342; *Schlauri*, S. 89 nimmt ebenfalls an, dass Art. 10 EMRK grundsätzlich „davor schützt, Tatsachen offenlegen zu müssen“; Ableitung eines strafprozessualen Aussageverweigerungsrechts aus Art. 10 EMRK gegenüber kritisch *Weiß*, JZ 1998, 290.

²⁶⁰ EKMR *K* ./ AT Bericht v. 13.10.1992 § 45.

²⁶¹ Für den Wortlaut dieser Vorschrift siehe Anhang: Gesetzestexte.

eines Zeugen, die auf seine eigene Selbstbelastung keine Rücksicht nimmt, in einer demokratischen Gesellschaft erforderlich ist. Dabei machte die Kommission darauf aufmerksam, dass der Schutz vor der Selbstbelastung einer der grundlegenden Aspekte eines fairen Verfahrens im Sinne des Art. 6 Abs. 1 EMRK sei. Bei der Kollision der legitimen Interessen der Öffentlichkeit und der des Zeugen überwiegen nach der Kommission die des Letzteren.²⁶²

Diese Ableitung des Aussageverweigerungsrechts eines Zeugen wegen Selbstbelastungsgefahr war bereits unter den Mitgliedern der Kommission umstritten. Das britische Mitglied Sir *Basil Hall* und das isländische Mitglied *Jörundsson* waren nämlich der Ansicht, dass eine solche Ableitung mit dem Zweck des Art. 10 Abs. 1 EMRK nicht vereinbar ist. Dieser fördere den freien Verkehr von Informationen und Ideen und bezwecke nicht ihre Einschränkung durch Zurückhaltung von Informationen.²⁶³

Im Fall *Gillberg* befasste sich auch der Gerichtshof mit der bereits genannten Grundannahme, von der die Kommission offenbar ausging, dass die Freiheit der Meinungsäußerung nach Art. 10 Abs. 1 EMRK auch einen negativen Bestandteil hat. Nach dem EGMR ist zwar ein entsprechendes negatives Recht nicht von vornherein aus dem Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 EMRK auszuschließen, seine Geltung lasse sich jedoch nur durch spezielle Umstände eines konkreten Falles begründen.²⁶⁴ Die Aussageverweigerung in einem Gerichtsverfahren stellt nach dem Gerichtshof keinen solchen Fall dar.²⁶⁵ Im Gegensatz zur Kommission gilt dies in einem Strafverfahren sowohl beim Zeugen²⁶⁶ als auch beim Beschuldigten. Einschlägig sei für den letztgenannten Fall eher die Selbstbelastungsfreiheit gemäß Art. 6 Abs. 1 EMRK.²⁶⁷

In der Tat begegnet die oben genannte Ableitung ernsthaften Bedenken. Wie bereits von der abweichenden Meinung der Kommissionsmitglieder angedeutet, ha-

²⁶² EKMR *K. v. AT* Bericht v. 13.10.1992 §§ 47 ff.; vgl. EKMR *Strohal v. AT* ZE v. 07.04.1994 § 2 Recht, nach dem die Aussagepflicht eines Rechtsanwalts nach den Umständen des Falles sein negatives Recht auf Meinungsäußerung gemäß Art. 10 Abs. 1 EMRK nicht verletzt hat; vgl. *Peukert*, Art. 6 Rn. 44, 133, nach dem die Selbstbelastungsfreiheit in diesem Fall erst dann verletzt gewesen wäre, wenn der Zeuge tatsächlich ausgesagt hätte und seine Aussagen gegen ihn verwertet worden wäre.

²⁶³ EKMR *K. v. AT* Bericht v. 13.10.1992.

²⁶⁴ EGMR *Gilberg v. SE* Urt. v. 03.04.2012 § 86; hierzu siehe auch *Villiger*, S. 399 Rn. 611 f.

²⁶⁵ EGMR *Ezelin v. FR* Urt. v. 26.04.1991 § 33.

²⁶⁶ EGMR *Serves v. FR* Urt. v. 20.10.1997 § 55.

²⁶⁷ EGMR *Quinn v. IE* Urt. v. 21.12.2000 § 63; zur Ablehnung der Überprüfung der Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit unter Art. 10 EMRK, weil Art. 6 EMRK als *Lex specialis* Vorrang hat und der Beschwerdeführer die Verletzung der Meinungsäußerungsfreiheit nicht substantiiert hat, siehe ferner EGMR *Serves v. FR* Urt. v. 20.10.1997 § 52 ff.; EGMR *Macko und Kozubal v. SK* ZE v. 05.01.2006 § 2 Recht.

ben die beiden Rechte völlig unterschiedliche Regelungsbereiche. Der Schutz einer Person vor strafrechtlicher Selbstbelastung hat keineswegs einen sachlichen Zusammenhang mit Art. 10 Abs. 1 EMRK, der sich auf einen Bereich bezieht, in dem die politischen Fundamente einer demokratischen Grundordnung, nämlich Pluralismus, Toleranz und Aufgeschlossenheit, durch die Freiheit der Meinungsäußerung gewährleistet werden.²⁶⁸ Aus diesem Grund würde man bei einem *argumentum a fortiori* – das Schweigen ist als begrenztere Verhaltensform generell von der Freiheit der umfangreicheren Meinungsäußerung umfasst – falsch liegen. Eine solche Schlussfolgerung mag auf den ersten Blick plausibel erscheinen, unterliegt jedoch einem methodischen Denkfehler. Denn ein Erst-recht-Schluss trifft nur zu, wenn der Zweck des Ausgangssatzes, nämlich der Meinungsäußerungsfreiheit, mit dem der weniger einschneidenden Maßnahme, also dem Schweigen, übereinstimmt.²⁶⁹ Wendet man diesen Schluss auf das Schweigen an, so ergibt sich Folgendes: Sobald das Schweigen einer Person, auch des Beschuldigten, ihre sozio-politische Stellungnahme in Bezug auf einen Sachverhalt enthält, ist dies auch eine Meinungsäußerung und fällt in den Anwendungsbereich des Art. 10 Abs. 1 EMRK. Dies ist etwa der Fall, wenn der Beschuldigte durch Schweigen seine journalistischen Informationsquellen schützt,²⁷⁰ nicht dagegen, wenn er seine Überführung vermeiden will.

Schließlich scheint die Subsumierung des Schweigens unter Art. 10 Abs. 1 EMRK durch die Kommission eher ein Versuch als seine materielle Begründung zu sein, die Anwendbarkeit der Selbstbelastungsfreiheit auch dann zu ermöglichen, wenn ein Betroffener den Status eines Beschuldigten nach Art. 6 Abs. 1 EMRK und/oder die Opfereigenschaft nach Art. 34 EMRK i.V.m. Art. 6 EMRK noch nicht erlangt hat. In dem eingangs erwähnten Fall war dies hinsichtlich des Zeugen gegeben, gegen den eine Geldbuße und Beugehaft von fünf Tagen angeordnet worden war. Da hier kein kriminelles Vergehen i.S.v. Art. 6 Abs. 1 vorlag, das eine Sanktion mit punitivem Charakter nach sich ziehen würde, sondern ein Zwangsmittel zur Erfüllung einer rechtlichen Pflicht gegeben war, verneinte die Kommission die Anwendbarkeit des Art. 6 Abs. 1 EMRK auf den konkreten Fall und prüfte die Beschwerde unter Art. 10 Abs. 1 EMRK.²⁷¹

²⁶⁸ EGMR *Gilberg* ./ SE UrT. v. 03.04.2012 § 82.

²⁶⁹ Vgl. oben Kap. 2, II.B.6.a)dd).

²⁷⁰ Beispielhaft EGMR *Sanoma Uitgevers B.V.* ./ NL UrT. v. 14.09.2010 §§ 50; zum Schutz des Pressegeheimnisses im Rahmen des Art. 10 EMRK siehe eingehend EGMR *Nagla* ./ LV UrT. v. 16.07.2013 §§ 78 ff.

²⁷¹ EKMR *K.* ./ AT Bericht v. 13.10.1992 § 38; hiervor abweisend EKMR *P.S.* ./ FR Bericht v. 23.03.1996 §§ 48 ff.; in diese Richtung *Naismith*, E.H.R.L.R 1997, 234 ff.; ähnlich *Schlauri*, S. 90.

e) Ergebnisse

Die oben dargestellte Debatte um die anderen Ableitungsmöglichkeiten der konventionsrechtlichen Selbstbelastungsfreiheit legt nahe, dass der Zurückhaltung des EGMR, ihre freiheitsrechtliche Komponente zu erarbeiten, eine durchaus bewusste Entscheidung vorausgegangen ist und der Gerichtshof dieses Konventionsrecht lediglich als ein Verfahrensrecht verstehen will.²⁷² Dennoch enthält auch die prozessrechtliche Ableitung der Selbstbelastungsfreiheit aus dem Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK freiheitsrechtliche Züge, die sich, wie oben bereits dargelegt, deutlich an dem Schutz der Willensfreiheit des Beschuldigten erkennen lassen. Durch die formelle Verortung der Selbstbelastungsfreiheit im Recht auf ein faires Strafverfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK scheint der Gerichtshof einen durchaus klar begrenzten Schutzzumfang etablieren zu wollen, der unmittelbar an die bestimmten Anwendbarkeitskriterien dieser Vorschrift geknüpft ist. Bei einem allgemeinen Recht auf die Selbstbelastungsfreiheit wären die Vorzüge einer solchen Klarheit ohne Zweifel nicht vorhanden. Zu klären sind insofern weiterhin die Frage nach einer Definition der Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren (C.) und ihrem Schutzbereich (D.).

C. Definition der Selbstbelastungsfreiheit

So wie die Konvention die Selbstbelastungsfreiheit nicht normiert, enthält sie, im Gegensatz zu Art. 14 Abs. 3 lit. g IPBPR, auch keine Definition.²⁷³ Ebenfalls ist es dem EGMR bis jetzt nicht ganz gelungen, dieses Recht abstrakt zu definieren. In seiner Rechtsprechung bestehen begriffliche Unklarheiten (1.) und der Bedarf einer Klarstellung, welche Bedeutung dem Zwangselement bei der Reichweite der Selbstbelastungsfreiheit zukommt (2.).

1. Problematik der unterschiedlichen Begriffe

Schwierigkeiten bei einer Definition der Selbstbelastungsfreiheit ergeben sich bereits aus der uneinheitlichen Begriffsverwendung durch den EGMR selbst, welche einer Heranziehung unterschiedlicher Interpretationen der Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK zugänglich sind; etwa „the right of anyone [...] to remain silent and not to contribute to incriminating himself“²⁷⁴, „the right to silence and the

²⁷² So auch im Ergebnis *Weiß*, JZ 1998, 290; *Eisenhardt*, S. 146; *Renzikowski*, FS für Amelung, S. 684.

²⁷³ Für den Wortlaut dieser Vorschrift siehe Anhang: Gesetzestexte.

²⁷⁴ EGMR *Funke* ./ FR Urt. v. 25.02.1993 § 44.

privilege against self-incrimination“,²⁷⁵ „the right to remain silent and the privilege against self-incrimination“,²⁷⁶ „freedom from self-incrimination“,²⁷⁷ oder „the right not to incriminate oneself“.²⁷⁸

Eine nähere Analyse der Rechtsprechung des EGMR ergibt, dass der Gerichtshof diese Begriffe wechselweise benutzt.²⁷⁹ Außerdem misst er in seiner Rechtsprechung den unterschiedlichen Klassifikationen, nämlich dem Privileg, dem Recht oder der Freiheit, keine Bedeutung bei. Daher wird mit dem auch im Rahmen dieser Arbeit bevorzugten Begriff der Selbstbelastungsfreiheit über ihre Reichweite zunächst nichts gesagt. Auffällig ist bei der Terminologie des EGMR dagegen die Frage, ob der separaten Benennung „the right to silence“ und „the privilege against self-incrimination“ eine Bedeutung zukommt.

Diese auch in der Literatur anzutreffende getrennte Erwähnung ist wohl auf den umstrittenen Schutzzumfang dieser Rechte zurückzuführen.²⁸⁰ Im Schrifttum wird in Anlehnung an das englische Recht die Ansicht vertreten, dass das Schweigerecht und die Selbstbelastungsfreiheit zwar eng verbunden sind, jedoch verschiedene Bedeutungsinhalte haben. Während das erste die Ziehung nachteiliger Schlüsse aus dem Aussageverhalten des Beschuldigten betreffe, handele es sich bei der zweiten um die Androhung von Zwang gegenüber dem Beschuldigten, damit er bestimmte Informationen preisgibt.²⁸¹ Dementsprechend gewähre die Selbstbelastungsfreiheit Schutz vor unmittelbarer Zwangsanwendung. Das Schweigerecht regle dagegen die Frage der Zulässigkeit eines mittelbaren Aussagezwangs.²⁸² Einem solchen Verständnis zufolge ist der Zwang zu einer Selbstbelastung, der durch die Androhung einer strafrechtlichen Sanktion ausgeübt wird, die einzige Art von Zwang, die

²⁷⁵ EGMR *Nechiporuk und Yonkalo* ./ UA Ur t. v. 21.04.2011 § 258; *Meyer-Ladewig*, Art. 6 Rn. 131; *Ambos*, S. 413 Rn. 25; *Grabenwarter*, S. 456 Rn. 123.

²⁷⁶ EGMR *Saunders* ./ GB Ur t. v. 10.05.1994 § 69; EGMR *John Murray* ./ GB Ur t. v. 25.01.1996 § 45; EGMR *I.J.L. und andere* ./ GB Ur t. v. 19.09.2000 § 83; EGMR *Quinn* ./ IE Ur t. v. 21.12.2000 § 54; EGMR *Heaney und McGuinness* ./ IE Ur t. v. 21.12.2000, § 55; EGMR *P.G. und J.H.* ./ GB Ur t. v. 25.09.2001 § 80; EGMR *Baran und Hun* ./ TR Ur t. v. 20.05.2010 § 68.

²⁷⁷ EGMR *Martin* ./ EE Ur t. v. 30.05.2013 § 90; ebenso *Harris* u.a., S. 259.

²⁷⁸ EGMR *Saunders* ./ GB Ur t. v. 17.10.1996 § 68; EGMR *Serves* ./ FR Ur t. v. 20.11.1997 § 47; EGMR *Quinn* ./ IE Ur t. v. 21.12.2000 § 47; EGMR *Harutyunyan* ./ AM Ur t. v. 28.06.2007 § 67; EGMR *Jalloh* ./ DE Ur t. v. 11.07.2006 § 101; EGMR *Salduz* ./ TR Ur t. v. 27.11.2008 § 54; EGMR *Grinenko* ./ UA Ur t. v. 15.12.2012 § 96; so auch LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 879 ff.

²⁷⁹ Siehe etwa EGMR *Jalloh* ./ DE Ur t. v. 11.07.2006 § 101 und 110.

²⁸⁰ *Trechsel*, Human Rights, S. 341; *Emmerson/Ashworth/Macdonald*, S. 627 Rn. 13–31.

²⁸¹ So *Dennis*, S. 150 f.; *Emmerson/Ashworth/Macdonald*, S. 627 Rn. 13–31; *Ashworth*, *Cardozo L.Rev.* 2008, 754; *ders.*, *The Criminal Process* 2010, S. 152; *Croquet*, *C.S.L.R.* 2008, 214, vgl. *Rau*, S. 170.

²⁸² *Dennis*, S. 150 f.; *Ashworth*, *Human Rights* 2002, S. 18–23; *ders.*, *The Criminal Prozess* 2010, S. 152 f.; anschließend *Croquet*, *C.S.L.R.* 2008, 215; *Jackson*, *ICLQ* 2009, 846.

als unzulässig anzusehen wäre. Der Aussagezwang durch Folter und erniedrigende und unmenschliche Behandlungen nach Art. 3 EMRK wären von der Selbstbelastungsfreiheit nicht umfasst.²⁸³

Diese Ansicht ist abzulehnen. Denn weder ist das Verhältnis zwischen dem Schweigerecht und der Selbstbelastungsfreiheit im *Common Law* gänzlich geklärt,²⁸⁴ noch wird begründet, warum die Selbstbelastungsfreiheit nur Schutz gegen strafbewehrten Aussagezwang und keine Freiheit zur aktiven Mitwirkung bei der Erhebung von Sachbeweisen gewährt.

Auch in der englischen Literatur wird das Verhältnis zwischen den beiden Rechten entsprechend ihrer semantischen Bedeutung so verstanden, dass die Selbstbelastungsfreiheit ungeachtet der Art der Beweisfunktion des Beschuldigten die Garantie verankert, sich nicht belasten zu müssen, während das Schweigerecht mit dem Aussageverweigerungsrecht gleichgesetzt wird.²⁸⁵ Ähnlich definiert auch der Gerichtshof das *privilege against self-incrimination*. Seine primäre Geltung liegt hiernach darin, dass die Entscheidung des Beschuldigten, bei einer Befragung zu schweigen, respektiert wird und dass er nicht gezwungen wird auszusagen. Im weiteren Sinne schützt dieses Privileg den Beschuldigten außerdem davor, dazu gezwungen zu werden, den Ermittlungsbehörden Sachbeweise vorzulegen.²⁸⁶ Die separate Benennung der beiden Rechte in der Rechtsprechung des EGMR müsste in Anbetracht dessen dem Zweck dienen, dem Missverständnis vorzubeugen, dass die Selbstbelastungsfreiheit das Schweigerecht nicht umfasse. Denn dieses gewährt nicht nur die Befugnis, selbstbelastende Aussagen zu verweigern, sondern auch jede andere Art von Erklärung.²⁸⁷ Die Bewahrung des Schweigerechts in dieser absoluten Form, ohne dass es dabei auf die Belastbarkeit einer Aussage ankommt, ist von großer Bedeutung und bezweckt, den Beschuldigten vor unwillentlichen Selbstbelastungen bei einer Vernehmung zu schützen.²⁸⁸

Zur Vereinheitlichung der Begriffe kann der oben genannte primäre Schutzgehalt der Selbstbelastungsfreiheit als Schweigerecht und der Schutz vor Aussagezwang als Aussagefreiheit bezeichnet werden. Dabei impliziert die staatliche Pflicht, das Schweigen des Beschuldigten zu respektieren, auch das Verbot, in das Schweigerecht einzugreifen, um den Beschuldigten zu einer Aussage zu veranlassen. Die

²⁸³ *Croquet*, C.S.L.R 2008, 215, räumt dies ein; siehe ferner *Roberts/Zuckerman*, S. 541, der das Verbot erpressender Vernehmungsmethoden in Form von Folter oder anderen Misshandlungen nicht als direkten Anhaltspunkt bei der zeitgenössischen Debatte über die Selbstbelastungsfreiheit sieht; vgl. *Redmayne*, O.J.L.S. 2007, 217 f.

²⁸⁴ *Roberts/Zuckerman*, S. 538 Fn. 4; *Rau*, S. 169.

²⁸⁵ Nachweise bei *Rau*, S. 170.

²⁸⁶ EGMR *Jalloh* ./ *DE* Urt. v. 11.07.2006 § 110 f.; siehe auch *Eisenhardt*, S. 149; *Gaede*, S. 175 und 312.

²⁸⁷ EGMR *Saunders* ./ *GB* Urt. v. 17.10.1996 §§ 67 ff.

²⁸⁸ *Trechsel*, Human Rights, S. 342.

Frage, ob der Staat dabei nur auf die Ausübung des Zwangs zu verzichten hat, darf nicht voreilig durch einen Verweis auf den Wortlaut der Rechtsprechung des EGMR beantwortet werden, sondern bedarf weiterer Erörterungen.

2. Bedeutung des Zwangselements

In der Literatur besteht Einigkeit darüber, dass die Selbstbelastungsfreiheit auf die lateinische *Maxime* mit den folgenden Formulierungen zurückzuführen ist: „*nemo debet prodere se ipsum*“;²⁸⁹ „*nemo tenetur prodere se ipsum*“²⁹⁰ oder „*nemo tenetur se ipsum accusare vel prodere*“.²⁹¹ Teilweise wird nur die Abkürzung *nemo tenetur* verwendet.²⁹² Dabei wird das Wort *debet* bzw. *tenetur* beliebig entweder als „gehalten“²⁹³ oder „gezwungen“²⁹⁴/compelled“²⁹⁵ übersetzt. Daraus abzuleiten, dass die Selbstbelastungsfreiheit lediglich Schutz vor Zwangsausübung gewährt, ist nicht nur in Anbetracht der uneinheitlichen Übersetzungen inkonsequent, sondern entbehrt auch einer rechtlichen Begründung. Denn diese lateinischen Sätze verfügen über keine rechtliche Verbindlichkeit²⁹⁶ und können bei der Auslegung der Selbstbelastungsfreiheit als historische Belege nur ergänzend berücksichtigt werden (vgl. Art. 32 WVK).

Außerdem gilt das konventionsrechtliche Schweigerecht des Beschuldigten unabhängig von einer möglichen Eingriffsform, etwa der Zwangsausübung.²⁹⁷ Schließlich hat der EGMR im Fall *Allan* unmissverständlich anerkannt, dass die Wahlfreiheit des Beschuldigten, bei einer offenen Vernehmung zu schweigen oder auszusagen, nicht dadurch umgangen werden darf, dass ihm bei einer verdeckten Befragung selbstbelastende Äußerungen durch Täuschung entlockt werden.²⁹⁸

²⁸⁹ *Ashworth*, Human Rights 2002, S. 18; *Dennis*, S. 153 f.

²⁹⁰ *Helmholz*, Einführung, S. 1, wonach niemand gezwungen werden darf, sich öffentlich zu belasten; SK-StPO-Paeffgen, Art. 6 Rn. 80; LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 879.

²⁹¹ *Trechsel*, Human Rights, S. 341; SK-StPO-Paeffgen, Art. 6 Rn. 80; LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 879.

²⁹² LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 882; IK-EMRK-Kühne, Art. 6 Rn. 447; *Lubig/Sprenger*, ZIS 9/2008, 435.

²⁹³ SK-StPO-Paeffgen, Art. 6 Rn. 80.

²⁹⁴ LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 879.

²⁹⁵ Vgl. *Trechsel*, Human Rights, S. 34; *Summers*, S. 156; siehe ferner *Dennis*, S. 153 f.

²⁹⁶ So auch für das deutsche Recht *Köbel*, S. 142.

²⁹⁷ *Safferling/Hartwig*, ZIS 2009, 784 f.

²⁹⁸ *Safferling/Hartwig*, ZIS 2009, 787; diese leiten daraus ab, dass der *Nemo-tenetur*-Grundsatz nach dem EGMR die Freiheit des Beschuldigten umfasst, über die Mitwirkung an der Tataufklärung eine eigenverantwortliche Entscheidung treffen zu können; *Schuhr*, NJW 2006, 3541 (nur „gewisse Täuschungen“); vgl. *Guder*, S. 204 (kein allgemeines Täuschungsverbot); hierzu mehr siehe unten Kap. 2, IV.A.

Wie aus den oben aufgeführten Darstellungen zu entnehmen ist, hat die Selbstbelastungsfreiheit, wenngleich nicht abstrakt definiert, in der Kasuistik des EGMR durchaus einen bestimmten Schutzbereich erhalten. Auf diesen wird im folgenden Abschnitt D. eingegangen.

D. Schutzbereich der Selbstbelastungsfreiheit

Die Fragen des Schutzbereichs der Selbstbelastungsfreiheit lassen sich unter allgemeinen Gesichtspunkten (1.) und anhand von Anwendbarkeitskriterien (2.) beleuchten.

1. Im Überblick

a) Umriss des Schutzzumfangs

Analysiert man die Rechtsprechung des EGMR bezüglich der Reichweite der Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK, so ergeben sich die folgenden einzelnen Garantien: Erstens ist der Wille eines Beschuldigten, bei einer Befragung zu schweigen, zu respektieren, und er darf nicht gezwungen werden auszusagen.²⁹⁹ Zweitens ist es untersagt, die Aussagefreiheit eines Beschuldigten bei einer verdeckten Befragung durch Täuschung zu umgehen – diese muss jedoch eine gewisse Qualifikation aufweisen.³⁰⁰ Drittens verbietet die Selbstbelastungsfreiheit die Zwanganwendung, um den Beschuldigten zu einer aktiven Mitwirkung bei der Erhebung eines sachlichen Beweismittels zu nötigen, solange das Zur-Verfügung-Stehen des fraglichen Beweismittels vom Willen des Beschuldigten abhängt.³⁰¹ Viertens setzt sie voraus, dass Beweismittel, die durch Zwang oder Druck gegen den Willen des Beschuldigten erlangt worden sind, im Strafverfahren nicht gegen ihn verwendet werden dürfen.³⁰² Ihr Schutzzumfang weist somit zwei Aspekte auf: materiellen Schutz bei der Erhebung von Beweismitteln vor Eingriffen in die Willensfreiheit des Beschuldigten und prozessualen Schutz vor der Verwendung von hierdurch erlangten Beweismitteln.³⁰³

²⁹⁹ EGMR *Jalloh* ./ DE Ur t. v. 11.07.2006 § 110; siehe ferner *Meyer-Ladewig*, Art. 6 Rn. 131; *Guder*, S. 176 f.; *Müller*, EuGRZ 2001, 553; *Hauck*, NStZ 2010, 21.

³⁰⁰ EGMR *Allan* ./ GB Ur t. v. 05.11.2002 §§ 50 ff.; siehe ferner *Gaede*, S. 313; *Ambos*, S. 413 Rn. 25; *Esser*, StraFo 2003, 341; *Verrel*, FS für Puppe, S. 1631 f.; a.A. *Müller*, EuGRZ 2001, 553 f.

³⁰¹ EGMR *Jalloh* ./ DE Ur t. v. 11.07.2006 §§ 113 ff.; *Müller*, EuGRZ 2001, 555 f.; *Schlauri*, S. 165; hierzu siehe auch oben Kap. 2, II.B.4.b).

³⁰² EGMR *Martin* ./ EE Ur t. v. 30.05.2013 § 80.

³⁰³ EGMR *Weh* ./ AT Ur t. v. 08.04.2004 § 42 („the use of compulsion for the purpose of obtaining information“) und EGMR *Jalloh* ./ DE Ur t. v. 11.07.2006 § 110 („the use of evidence obtained in breach of the right to silence and the privilege against self-

b) Die Frage der Beschränkbarkeit

Dennoch hat die Selbstbelastungsfreiheit immanente Schranken, soweit es um die Bestimmung ihres materiellen Schutzzumfangs geht. Der Gerichtshof entscheidet über eine Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit unter Berücksichtigung dreier Faktoren: der Natur und Schwere des angewendeten Zwangs zur Erlangung des fraglichen Beweismittels, des Vorhandenseins angemessener Sicherheitsvorkehrungen bei der Beweiserlangung und der Verwendung der auf diese Weise erlangten Beweismittel.³⁰⁴ Diese konzeptionelle Einschränkung der Selbstbelastungsfreiheit hat etwa dazu geführt, dass, unter Einhaltung gewisser Voraussetzungen, aus dem Schweigen des Beschuldigten bei der richterlichen Beweiswürdigung nachteilige Schlüsse gegen ihn gezogen werden dürfen.³⁰⁵

Die Frage, ob die Selbstbelastungsfreiheit auch in ihrem festgelegten Anwendungsbereich einschränkbar ist, hat der EGMR bis jetzt nicht einheitlich beantwortet.³⁰⁶ Grundsätzlich ist es in der Rechtsprechung des EGMR anerkannt, dass die Wahrung öffentlicher Interessen an einer Beweiserhebung keine unmittelbare Zwangsanwendung gegen die Willensfreiheit eines Beschuldigten rechtfertigt, damit er an dieser aktiv mitwirkt.³⁰⁷ Allerdings gilt das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK als einschränkbar. Da der EGMR auch bei der Rüge einer Verletzung des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit im Rahmen seiner sogenannten Gesamtbetrachtungslehre (dazu gleich unten) über die Fairness des Gesamtverfahrens entscheidet, zieht er das Gewicht des öffentlichen Interesses an der Ermittlung und Bestrafung eines Verbrechens in Betracht und kann dieses gegen das Interesse eines Beschuldigten, dass in einem Strafverfahren gegen ihn die Beweismittel rechtmäßig erlangt werden, abwägen. Dennoch kann nach dem

incrimination“); siehe auch IK-EMRK-Kühne, Art. 6 Rn. 448; LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 894; Thienel, EJIL 2006, 362; Gaede, HRRS 7/2006, 244; Meyer-Ladewig, Art. 6 Rn. 137; Trechsel, Human Rights, S. 347; Müller, EuGRZ 2001, 555.

³⁰⁴ EGMR *Jalloh* ./ *DE* Ur. v. 11.07.2006 § 111; *İtişgen*, S. 10 f.; kritisch *Soiné*, NStZ 2010, 598 („wenig präzise Vorgaben“); *Salditt*, FS für Hamm, S. 608 (ein Menschenrecht, das dem Gutdünken Straßburger Richter überlassen ist).

³⁰⁵ EGMR *John Murray* ./ *GB* Ur. v. 08.02.1996 §§ 45 ff.; vgl. *Safferling/Hartwig*, ZIS 2009, 787; LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 881 („nicht absolut“); *ders*, StraFo 2003, 341; *Guder*, S. 176 („keine absoluten Rechte“); das Grünbuch der EG-Kommission (2006) 174 (Schweigerecht: kein „absolutes Recht“).

³⁰⁶ Vgl. *Müller*, EuGRZ 2001, 553 („in ihrem Anwendungsbereich uneingeschränkt und ausnahmslos“); so auch *Renzikowski*, FS für Amelung, S. 679; *Rogall*, FS für Kohlmann, S. 470 (Absolute Geltung in der Rechtsprechung des EGMR „unklar“); so auch *Demis*, Crim.L.R. 2002, 27.

³⁰⁷ EGMR *Funke* ./ *FR* Ur. v. 25.02.1993 § 44; EGMR *Heaney und McGuinness* ./ *IE* Ur. v. 21.12.2000 § 57; EGMR *J.B.* ./ *CH* Ur. v. 03.2001 §§ 63 ff.; EGMR *Chambaz* ./ *CH* Ur. v. 05.04.2012 §§ 52 ff.; siehe ferner *Meyer-Ladewig*, Art. 6 Rn. 133; SK-StPO-Paeffgen, Art. 6 Rn. 83; IK-EMRK-Kühne, Art. 6 Rn. 448; LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 923; *Grabenwarter*, S. 456 Rn. 123; *Harris* u.a., S. 260; *İtişgen*, S. 11; vgl. *Ward/Gardner*, E.H.R.L.R 2003, 397 f.

EGMR das öffentliche Interesse niemals Eingriffe in den Wesensgehalt der Selbstbelastungsfreiheit rechtfertigen.³⁰⁸

c) Gesamtbetrachtungslehre des EGMR bei der Selbstbelastungsfreiheit

Der EGMR fällt eine Entscheidung über die Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls und der Beeinträchtigungsweise der oben genannten drei Faktoren. Somit ist sie einzelfallbezogen und enthält lediglich eine Feststellung der Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK. Das Ziel der vorliegenden Arbeit ist jedoch, die konventionsrechtliche Reichweite der Selbstbelastungsfreiheit im Hinblick auf ihren Gegenstand abstrakt und allgemeingültig zu bestimmen. Stellt der Gerichtshof eine Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK unter der Berücksichtigung der Unzulänglichkeiten des Einzelfalls fest, so liegt der Umkehrschluss nahe, dass die Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK das konkrete Vorgehen der innerstaatlichen Behörden im Einzelfall auch allgemein verbietet. Seine Rechtsprechung wird allerdings unübersichtlicher, wenn man sich vor Augen führt, dass der Gerichtshof das konkrete Vorgehen unter den genannten drei Gesichtspunkten beurteilt. In jedem Einzelfall beeinflussen diese den Verstoß gegen die Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK mit unterschiedlichem Gewicht. Mit anderen Worten führt jeweils eine Kombination der Unregelmäßigkeiten zur Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK. Betrachtet man die Feststellung des Gerichtshofs in einem Einzelfall, so ist es zunächst unklar, ob jeder beanstandete Prozessmangel allein und für sich die Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit hätte herbeiführen können oder ob die Selbstbelastungsfreiheit erst beim kombinierten Vorliegen aller festgestellten Prozessmängel verletzt ist.

Hinzu kommt die sogenannte Gesamtbetrachtungslehre des EGMR. Für den Gerichtshof ist der Prüfungsmaßstab bei jeder Beschwerde nach Art. 6 EMRK das Gesamtrecht auf ein faires Verfahren, ungeachtet dessen, welche konkrete Ausprägung dieses Rechts geltend gemacht wird. Das innerstaatliche Strafverfahren ist stets in seiner Gesamtheit daraufhin zu prüfen, ob der Beschuldigte unter Berücksichtigung des Gesamtverfahrens in seinem Menschenrecht auf ein faires Verfahren

³⁰⁸ EGMR *Jalloh* / . DE Ur t. v. 11.07.2006 § 97; LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 884 (Kernbereich der Selbstbelastungsfreiheit ist „abwägungsresistent“); SK-StPO-Paeffgen, Art. 6 Rn. 80a; Grabenwarter, S. 457 Rn. 123; Peters/Altwicker, S. 166 Rn. 2; Dierlamm, FS für Krey, S. 31; kritisch gegenüber dem gesamten Einschränkungskonzept des Gerichtshofs, Ashworth/Redmayne, S. 149; Emmerson/Ashworth/Macdonald, S. 620 ff. Rn. 13–16 ff.; Mahlstedt, S. 112 (keine „automatische“ Annahme des Verstoßes gegen das Recht auf ein faires Verfahren in Art. 6 Abs. 1 EMRK bei einem Eingriff in den Schutzbereich der Selbstbelastungsfreiheit); ähnlich Sowada, FS für Geppert, S. 702.

gemäß Art. 6 EMRK verletzt wurde.³⁰⁹ Dieses Vorgehen kann hierbei als Schranken-Schranke dahingehend fungieren, dass ein Verfahren trotz isolierter Verstöße gegen Anforderungen des Art. 6 EMRK in zeitlicher oder inhaltlicher Hinsicht, etwa durch die Verweigerung des Verteidigerzugangs bei der polizeilichen Vernehmung, doch zeitweilig oder insgesamt noch als fair betrachtet wird.³¹⁰ Die Fairness des Verfahrens ist dementsprechend nicht isoliert nach einem einzelnen Vorgang zu beurteilen,³¹¹ sondern danach, ob der Gesamteffekt der fraglichen prozessualen Unzulänglichkeit das Verfahren in seiner Gesamtheit unfair gemacht hat.³¹² Damit räumt der Gerichtshof den Vertragsstaaten die Gelegenheit ein, einem Fairnessverstoß im weiteren Ablauf des Verfahrens abzuwehren und die Fairness des Verfahrens somit wieder herzustellen.³¹³ Der Gerichtshof schließt jedoch nicht aus, dass eine einzige Unzulänglichkeit in der frühen Phase des Verfahrens hinreichend sein kann, um das gesamte Verfahren i.S.v. Art. 6 EMRK zu einem unfairen zu machen,³¹⁴ ohne dabei den Aspekt der Abhilfe oder das Endergebnis des Verfahrens in Betracht zu ziehen. Es bleibt dennoch an diesem Vorgehen des Gerichtshofs zu beanstanden, dass es einzelne Verstöße gegen Teilgewährleistungen des Art. 6 EMRK bagatellisiert und ihren materiellen Inhalt abschwächt.³¹⁵ Ihm wird dennoch der Vorteil zugesprochen, aus einer Kette der „geringfügigen“ Verstöße die Unfairness des Verfahrens annehmen zu können.³¹⁶

Auch die Gesamtbetrachtungslehre des EGMR macht es erneut schwierig, eine stichhaltige und konsequente Lehre der Selbstbelastungsfreiheit in der Rechtsprechung herauszuarbeiten. Denn die oben bei der Einzelfallprüfung einer Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit dargelegte Problematik der Vielzahl von Faktoren stellt sich hier ebenfalls in der Gestalt dar, dass der EGMR über die Fairness eines Verfahrens unter Berücksichtigung aller behaupteten Verstöße gegen die einzelnen

³⁰⁹ EGMR *Niculescu* ./ *RO* Urt. v. 25.06.2013 § 109; *Villiger*, S. 301 Rn. 471; *Harris* u.a., S. 246; *Krausbeck*, S. 50 („zentrales Merkmal der Prüfung der Verfahrensfairness durch den Gerichtshof“); *Eisele*, JR 2004, 16; *Renzikowski*, FS für Achenbach, S. 377 f.; *Kühne/Nash*, JZ 2000, 997 („unklar und widersprüchlich“).

³¹⁰ EGMR *Dvorski* ./ *HR* Urt. v. 28.11.2013 §§ 93 ff.; kritisch *Rzepka*, S. 102 f.; vgl. *Gaede*, FS für Fezer, S. 35 f.

³¹¹ EGMR *Pishchalnikov* ./ *RU* Urt. v. 24.09.2009 § 64; ferner EKMR *Can* ./ *AT* Bericht v. 12.07.1984 § 48; EKMR *Choudhary* ./ *GB* Entsch. v. 03.03.1988 § 1 Recht.

³¹² EGMR *Moiseyev* ./ *RU* Urt. v. 09.10.2008 §§ 207 ff.; EGMR *Öcalan* ./ *TR* Urt. v. 12.05.2005 § 148 f.

³¹³ *Gaede*, S. 163; *Meyer-Ladewig*, Art. 6 Rn. 98; *Peukert*, Art. 6 Rn. 44; *Renzikowski*, FS für Achenbach, S. 378; kritisch *Trechsel*, Human Rights, S. 87.

³¹⁴ EGMR *Pishchalnikov* ./ *RU* Urt. v. 24.09.2009 § 64; *Krausbeck*, S. 52, betrachtet dieses Vorgehen als beschuldigtenfreundlich; siehe auch *Strasser*, 14. Strafverteidigertag, S. 108 f.; *Gaede*, FS für Fezer, S. 36.

³¹⁵ *Summers*, S. 103; hierzu siehe auch *Krausbeck*, S. 52; *Eisele*, JR 2004, 16; *Gaede*, FS für Fezer, S. 37; *Renzikowski*, FS für Roxin, S. 1347.

³¹⁶ M.w.N. *Gaede*, 162 Fn. 23.; *Krausbeck*, S. 52; *Renzikowski*, FS für Achenbach, S. 378; vgl. *Trechsel*, Human Rights, S. 86.

Rechte und Garantien des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK entscheidet. Stellt er beispielsweise in einem Fall die Verletzung des Art. 6 EMRK fest, weil der Beschuldigte bei der polizeilichen Vernehmung unter physischem Zwang und ohne Verteidigerbeistand ein Geständnis ablegte, das außerdem seiner Verurteilung zugrunde gelegt wurde, so lässt sich aus dem Umkehrschluss dieser Feststellung zunächst nicht eindeutig ableiten, dass das Verfahren i.S.v. Art. 6 EMRK auch dann als unfair anzusehen wäre, wenn der Verteidigerbeistand gewährt gewesen wäre. Die fallübergreifende Erkenntnis aus einer solchen Entscheidung ist nur, dass die Anwendung des physischen Zwangs bei der polizeilichen Vernehmung hinsichtlich der Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK zu beanstanden ist. Unklar bleibt allerdings, ob die Zwangsanwendung allein die Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit hätte begründen können.

Es lässt sich somit konstatieren, dass der EGMR im Sinne der Entwicklung einer klaren und fallübergreifenden Rechtsprechung sehr gut daran tun würde, über die Fairness des Verfahrens nur unter Berücksichtigung einzelner Rechte zu entscheiden. Eine solche Tendenz zeichnet sich erfreulicherweise in letzter Zeit in seiner Spruchpraxis ab.³¹⁷ Es bleibt zu hoffen, dass diese Vorgehensweise sich vollständig durchsetzt. Für jetzt gilt weiterhin, dass es eines gründlichen und sorgfältigen Studiums der gesamten einschlägigen Spruchpraxis des Gerichtshofs bedarf, um klare und abstrakte Aussagen über den Schutzzumfang der Selbstbelastungsfreiheit aus seiner Rechtsprechung zu extrahieren, wie es die vorliegende Arbeit versucht.

Schließlich erfährt die konventionsrechtliche Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK eine weitere konzeptionelle Einschränkung dadurch, dass ihre Geltung an die Anwendbarkeitskriterien des Art. 6 EMRK gebunden ist.

2. Anwendbarkeit des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit

Art. 6 Abs. 1 EMRK gewährt nämlich einer Person den Anspruch auf ein faires Verfahren erst dann, wenn gegen sie wegen einer strafrechtlichen Anklage ein Verfahren vorliegt, in dem über die Stichhaltigkeit des strafrechtlichen Vorwurfs entschieden wird. Aus diesen in Art. 6 Abs. 1 EMRK ausdrücklich genannten Erfordernissen ergeben sich die Voraussetzungen für die persönliche, sachliche und zeitliche Anwendbarkeit des Rechts auf ein faires Verfahren.³¹⁸ Der Gerichtshof definiert diese Voraussetzungen autonom und weit, um dem Anspruch auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK weitestgehend Geltung zu verleihen.³¹⁹

³¹⁷ So etwa hinsichtlich des Rechts auf einen Verteidigerbeistand im Polizeigewahrsam nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; hierzu siehe unten Kap. 2, V.C.3.

³¹⁸ Vgl. *Harris* u.a., S. 204; *Trechsel*, Human Rights, S. 13; *Peters/Altwicker*, S. 144 Rn. 19; *Gaede*, S. 165 ff.; *Esser*, StraFo 2003, 336.

³¹⁹ EGMR *Adolf* ./ AT Urt. v. 26.03.1982 § 32; EGMR *Mikolajova* ./ SK Urt. v. 18.01.2011 § 41; *Villiger*, S. 239 Rn. 375.

a) *Persönlicher Anwendungsbereich*

aa) Angeklagter im Sinne des Art. 6

Rechtsinhaber des Art. 6 Abs. 1 EMRK ist die Person, gegen die eine strafrechtliche Anklage im Sinne dieser Vorschrift erhoben worden ist,³²⁰ also der Angeklagte eines Strafverfahrens.³²¹ Die übrigen Beteiligten eines Strafverfahrens, also Zeugen, Sachverständige, Opfer bzw. Verletzte, Verteidiger oder Geschädigte können keinen Anspruch auf eine faire Führung des Verfahrens nach Art. 6 Abs. 1 EMRK vor dem Gerichtshof geltend machen.³²² Eine Ausnahme bildet der Privatkläger, sofern er in einem Strafverfahren seinen Anspruch auf Schadenersatz durchsetzen will.³²³

In Bezug auf die Selbstbelastungsfreiheit ist die Frage des persönlichen Anwendungsbereichs des Art. 6 Abs. 1 EMRK zum einen deswegen von Bedeutung, weil sowohl natürliche als auch juristische Personen Konventionsrechtsträger sind (vgl. Art. 34 EMRK).³²⁴ Von der Geltung der Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren gegen juristische Personen ging die ehemalige Kommission ohne eine besondere Prüfung aus.³²⁵ Zwar hat sie im konkreten Fall die Frage einer Belastung verneint, weil die belastenden Aussagen der Beschäftigten im Strafverfahren gegen die Unternehmen nicht verwendet wurden.³²⁶ Der EGMR hat dagegen zu dieser Frage bis jetzt keine Stellung genommen. Ob die Entscheidung der ehemaligen EKMR, die auch in der Literatur keine Beachtung gefunden hat, einen sicheren Beleg für die Anwendbarkeit der Selbstbelastungsfreiheit auf juristische Personen darstellt, kann im Rahmen dieser Arbeit offengelassen werden.³²⁷

³²⁰ M.w.N. in *Trechsel*, Human Rights, S. 36 f.; vgl. *Rzepka*, S. 33 („zumindest“).

³²¹ Soweit hier und in diesem Kapitel vom Angeklagten die Rede ist, ist damit nicht der Beschuldigte gemeint, gegen den nach § 157 dStPO das Hauptverfahren eröffnet ist. Die Verwendung dieses Begriffs geht vielmehr mit dem Wortlaut des Art. 6 („charged with a criminal offence“) und der Rechtsprechung des EGMR (also „accused“) einher, wobei sich die Letztere teilweise von dem Begriff des Angeklagten entfernt und bereichsspezifisch sogar vom Verdächtigten („suspected“) redet. Auch hier ist der Begriff des Verdächtigten im Kontext der Rechtsprechung des EGMR zu verstehen. Schließlich wurde in dem gesamten Kapitel der Begriff des Beschuldigten verwendet, der sowohl der Angeklagte i.S.d. Art. 6 EMRK als auch der Verdächtige im Sinne der genannten Rechtsprechung des EGMR ist.

³²² *Peukert*, Art. 6 Rn. 4.; *Rzepka*, S. 33; *Krausbeck*, S. 87; kritisch zur Rechtsprechung des Gerichtshofs, dass aus Art. 6 keine Opferrechte folgen, siehe *Trechsel*, Human Rights, S. 37 ff.

³²³ *Peukert*, Art. 6 Rn. 4.

³²⁴ Hierzu siehe oben Kap. 2, I.A.

³²⁵ EKMR *Peterson Sarpsborg AS und andere ./. NO ZE v. 27.10.1996*, § 1a) Recht; ebenso m.w.N. *Trechsel*, Human Rights, S. 349.

³²⁶ EKMR *Peterson Sarpsborg AS und andere ./. NO ZE v. 27.10.1996*, § 1a) Recht.

³²⁷ Die Geltung aus Art. 34 EMRK i.V.m. Art. 6 Abs. 1 EMRK ableitend, LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 887; *Schuler*, JR 2003, 269 f.; SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 155; *von Freier*, ZStW 122/2010, 124 f.; *Weiß*, JZ 1998, 291; nach EuGH *Orkem ./. Kommission* Urt.

bb) Zeugen

Zum anderen ist es fraglich, ob Art. 6 Abs. 1 EMRK in Anbetracht der klaren persönlichen Anwendbarkeit dieser Vorschrift auch Zeugen im Strafverfahren ein Aussageverweigerungsrecht wegen Selbstbelastungsgefahr gewährt. Dies bejahte der Gerichtshof für den Fall, dass der Betroffene zwar nach dem nationalen Recht als Zeuge zu vernehmen, jedoch nach den Maßstäben des Art. 6 Abs. 1 EMRK bereits in der Phase des Verfahrens als Angeklagter anzusehen war.³²⁸ Ein darüber hinausgehendes allgemeines Aussageverweigerungsrecht wegen Selbstbelastungsgefahr für tatsächliche Zeugen im Strafverfahren lässt sich aus Art. 6 Abs. 1 EMRK dagegen nicht entnehmen.³²⁹ Wie bereits oben aufgeführt, leitete die frühere Kommission dies aus der Freiheit der Meinungsäußerung nach Art. 10 EMRK ab.³³⁰ Die Ableitung eines Zeugnisverweigerungsrechts aufgrund des Angehörigenschutzes hat der EGMR in Rahmen des Rechts auf Privatleben nach Art. 8 EMRK erwogen.³³¹

Wird gegen den Zeugen eines Strafverfahrens wegen Aussageverweigerung eine Zwangsstrafe oder Beugehaft verhängt, so ist Art. 6 Abs. 1 EMRK auf das Zwangsmittelverfahren selbst nicht anwendbar. Deshalb kann er die Entscheidung der nationalen Behörden über die Begründetheit seiner Aussageverweigerung wegen Selbstbelastungsgefahr vor dem EGMR nicht rügen. Denn ein solches Verfahren habe nach dem EGMR kein kriminelles Vergehen i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK zum Gegenstand. Den genannten Sanktionen liege der Zweck zugrunde, den Zeugen zum Aussagen zu zwingen. Gerade darin unterscheide sich aber das kriminelle Vergehen i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK von einem Zwangsmittel, welches nämlich auf die Repression eines verbotenen Verhaltens gerichtet und daher punitiv und abschreckend ist.³³²

v. 18.10.1989 §§ 29 ff. gilt das Schweigerecht nur für natürliche Personen absolut. Juristische Personen haben Auskünfte zu ihnen bekannten Tatsachen zu erteilen, sie dürfen aber nicht gezwungen werden, eine Zuwiderhandlung zu offenbaren. Sie trifft nach *Salzgitter Mannesmann GmbH ./. Kommission* Urt. v. 25.07.2007 §§ 42 ff. außerdem eine Vorlagepflicht von Dokumenten in Wettbewerbsverfahren, ungeachtet dessen, ob diese selbstbelastende Angaben enthalten; zum Vergleich dieser Rechtsprechung mit der des EuGH siehe das Urteil vom 29.06.2006 BeckRS 2006, 70501 Rn. 404 ff.; hierzu mehr bei *Schuler*, JR 2003, 269; von *Freier*, ZStW 122/2010, 122 ff.; *Itüßen*, S. 103; das Grünbuch der EG-Kommission (2006) 174 endg.

³²⁸ EGMR *Serves ./. FR* Urt. v. 20.10.1997 §§ 40 ff.; vgl. EGMR *Van Vondel ./. NL* ZE v. 23.03.2006 § 1 Recht.

³²⁹ Vgl. *Grabenwarter*, S. 393 f Rn. 19; *Weiß*, JZ 1998, 290 (keine Geltung des Aussageverweigerungsrechts gemäß Art. 6 Abs. 1 EMRK für Zeugen); so auch hinsichtlich Art. 14 Abs. 3 lit. g IPBPR CCPR-*Nowak*, Art. 14 Rn. 59 (keine Anwendung auf Zeugen, dementsprechend kein Aussageverweigerungsrecht für Zeugen wegen Selbstbelastungsgefahr); vgl. LR-StPO-*Esser*, Art. 6 Rn. 891 (wenn sich die auskunftspflichtige Person selbst eines kriminellen Vergehens i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK bezichtigen müsste).

³³⁰ Siehe oben Kap. 2, II.B.6.d).

³³¹ Siehe oben Kap. 2, II.B.6.c)bb).

³³² EKMR *K ./. AT* Bericht v. 13.10.1992 §§ 36 ff.; EGMR *Macko und Kozubal ./. SK* ZE v. 05.01.2006 § 1a) Recht; siehe auch *Krausbeck*, S. 63.

b) *Sachlicher Anwendungsbereich*

Den Anspruch auf die Gewährung der Rechte und Garantien des Art. 6 EMRK hat der Angeklagte in dem Verfahren, dessen Gegenstand die Entscheidung über die Stichhaltigkeit des Vorwurfs eines kriminellen Vergehens i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK ist.

aa) *Kriminelles Vergehen*

Mit dem Begriff des kriminellen Vergehens i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK hat sich der EGMR im Fall *Engel* ausführlich auseinandergesetzt und ihn in seiner folgenden Spruchpraxis weiter konkretisiert.³³³ Solange das innerstaatliche Strafverfahren Delikte aus den allgemein bekannten Bereichen des Strafrechts zum Gegenstand hat – und so ist es auch in meisten Fällen –, besteht kein Diskussionsbedarf über den Begriff des kriminellen Vergehens i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK.³³⁴ In den umstrittenen Fällen prüft der EGMR das Vorliegen eines kriminellen Vergehens anhand der sogenannten *Engel*-Kriterien. Wird eine Zuwiderhandlung im nationalen Strafrecht als ein kriminelles Vergehen anerkannt, so ist die diesbezügliche Rechtsache nach dem ersten Kriterium ipso facto von Art. 6 Abs. 1 EMRK umfasst.³³⁵ Unabhängig davon kann die Zuwiderhandlung entsprechend dem zweiten Kriterium, dem mehr Gewicht beizumessen ist, ihrer Natur nach ein kriminelles Vergehen i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK darstellen.³³⁶ Das zweite Kriterium der Natur einer Zuwiderhandlung steht in engem Verhältnis mit dem dritten, nämlich der Art und der Schwere der zu verhängenden Sanktion.³³⁷ Daher sind diese beiden letzten Kriterien in einer Zusammenschau zu erörtern.

Welche Natur eine kriminelle Tat i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK haben muss, ist in der Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht vollumfänglich geklärt. Dies nimmt der Gerichtshof in der Regel durch Abgrenzung des Begriffs eines kriminellen Vergehens i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK von gewissen Deliktsbereichen vor, etwa Disziplinarmaßnahmen beim Militär, in Justizvollzugsanstalten oder Gerichten. Kerncharakter solcher Maßnahmen sind ihre begrenzte Adressierung an eine bestimmte Gruppe und ihre spezifisches Ziel, nämlich die interne Ordnung der Gruppe aufrechtzuerhalten. Dagegen liegt dem kriminellen Vergehen i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK die Idee

³³³ EGMR *Engel* ./ NL Urt. v. 08.06.1976 §§ 80 ff.; hierzu siehe auch *Callewaert*, EuGRZ 1996, 366; *Meyer-Ladewig*, Art. 6 Rn. 4; *Ambos*, S. 408 Rn. 20.

³³⁴ *Trechsel*, Human Rights, S. 14 f.; *Grabenwarter*, S. 393 Rn. 18; vgl. EGMR *Borisova* ./ BG Urt. v. 21.12.2006 § 40.

³³⁵ *Meyer-Ladewig*, Art. 6 Rn. 23.; *Gözübüyük/Gölcüklü*, S. 276 Rn. 504; *Harris* u.a., S. 205; *Gaede*, S. 168.

³³⁶ EGMR *Engel* ./ NL Urt. v. 08.06.1976 § 82.

³³⁷ *Grabenwarter*, S. 393 f. Rn. 19; *Peukert*, Art. 6 Rn. 26.

der Bestrafung zugrunde.³³⁸ Dementsprechend kann von einem kriminellen Vergehen i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK erst dann geredet werden, wenn die Begehung der fraglichen Zuwiderhandlung mit einer Sanktion geahndet wird, die vergeltend/punitiv und abschreckend ist.³³⁹ Ist die Sanktion dagegen kompensatorisch, so ist Art. 6 Abs. 1 EMRK auf das Verfahren nicht anwendbar, dessen Gegenstand die Stichhaltigkeit des Vorwurfs der fraglichen Verfehlung ist.³⁴⁰

Eine solche Sanktion, die auch nach ihrer Art und Schwere das dritte Kriterium regelmäßig erfüllt, ist die Freiheitsstrafe.³⁴¹ Dem Betroffenen jedes Verfahrens, das mit der Verhängung einer freiheitsentziehenden Sanktionen enden kann, steht das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK,³⁴² somit auch die Selbstbelastungsfreiheit zu, wobei der EGMR ein Mindestmaß an Dauer der Freiheitsstrafe verlangt.³⁴³ Dabei kommt es auf die Höchststrafe an, die einem Zuwiderhandelnden angedroht wird,³⁴⁴ nicht auf die tatsächlich verhängte Sanktion.³⁴⁵ Als weitere Sanktionen mit einem repressiven Charakter hat der EGMR außerdem Geldstrafen,³⁴⁶ den Führerscheinentzug einschließlich der Punktevergabe³⁴⁷ und das Berufsverbot³⁴⁸ anerkannt. Ferner berücksichtigt der Gerichtshof bei der Schwere der Sanktion weitere Umstände, etwa ob die Geldstrafe in Freiheitsstrafe umwandelbar ist, wie hoch ggf. die Ersatzfreiheitsstrafe ausfällt³⁴⁹ und ob die

³³⁸ EGMR *Ravnsborg* ./ SE Urt. v. 23.03.1994 § 34; EGMR *Putz* ./ AT Urt. v. 22.02.1996 § 33; EGMR *Pierre-Bloch* ./ FR Urt. v. 21.10.1997 § 56; *Trechsel*, Human Rights, S. 21; *Meyer-Ladewig*, Art. 6 Rn. 24; *Grabenwarter*, S. 394 Rn. 19; *Villiger*, S. 252 Rn. 396; *Harris* u.a., S. 206 (generelle Kategorien wie Steuerzahler oder Verkehrsteilnehmer schließen den punitiven Charakter nicht aus).

³³⁹ EGMR *Benham* ./ GB Urt. v. 10.06.1996 § 56; EGMR *Engel* ./ NL Urt. v. 08.06.1976, § 79; *Trechsel*, Human Rights, S. 19; vgl. *Peters/Altwicker*, S. 142 Rn. 16; *Meyer-Ladewig*, Art. 6 Rn. 25; *Villiger*, S. 251 Rn. 396; *Gaede*, S. 169; *Krausbeck*, S. 63.

³⁴⁰ *Harris* u.a., S. 206.

³⁴¹ EGMR *Engel* ./ NL Urt. v. 08.06.1976 § 82; vgl. *Villiger*, S. 252 Rn. 397.

³⁴² EGMR *Engel* ./ NL Urt. v. 08.06.1976 § 82; *Meyer-Ladewig*, Art. 6 Rn. 26; *Grabenwarter*, S. 395 Rn. 21; vgl. *Peukert*, Art. 6 Rn. 44; *Trechsel*, Human Rights, S. 23; *Gaede*, S. 171; *Krausbeck*, S. 63.

³⁴³ Eine Freiheitsstrafe von fünf Tagen erfüllt dies nach EGMR *Borisova* ./ BG Urt. v. 21.12.2006 § 30; vier Tage dagegen nicht so EGMR *Engel* ./ NL Urt. v. 08.06.1976 § 85; kritisch hierzu *Peukert*, Art. 6 Rn. 44.

³⁴⁴ EGMR *Engel* ./ NL Urt. v. 08.06.1976 § 82.

³⁴⁵ EGMR *Engel* ./ NL Urt. v. 08.06.1976, § 85; differenzierend m.w.N. *Meyer-Ladewig*, Art. 6 Rn. 25; *Grabenwarter*, S. 395 Rn. 20; *Trechsel*, Human Rights, S. 26.

³⁴⁶ EGMR *Öztürk* ./ DE Urt. v. 21.02.1984 §§ 52 ff.; EGMR *Jussila* ./ FI Urt. v. 23.11.2006, § 38; siehe m.w.N. *Meyer-Ladewig*, Art. 6 Rn. 26; weitgehend *Grabenwarter*, S. 396 Rn. 22, nach dem sich keine bestimmte Höhe der drohenden Geldstrafe in der Rechtsprechung des Gerichtshofs feststellen lässt.

³⁴⁷ Nachweise bei *Trechsel*, Human Rights, S. 25.

³⁴⁸ EGMR *Matyek* ./ PL Urt. v. 30.05.2006 § 55.

³⁴⁹ EGMR *Weber* ./ CH Urt. v. 22.05.1990 § 34; *Meyer-Ladewig*, Art. 6 Rn. 25 f.; *Trechsel*, Human Rights, S. 23 ff.; *Krausbeck*, S. 64.

Geldstrafe in das Strafregister eingetragen wird.³⁵⁰ Das Verhältnis dieser Umstände zueinander ist in der Rechtsprechung des Gerichtshofs allerdings unklar.³⁵¹

Unmittelbare Folge der eben dargelegten sachlichen Anwendbarkeitsvoraussetzung des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK für die Selbstbelastungsfreiheit ist es, dass sie grundsätzlich nur im Strafverfahren gilt.³⁵² Eine Prozesspartei in einem Zivilverfahren kann vor dem EGMR keine Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK geltend machen, weil ihr kein Recht eingeräumt wurde, ihre Mitwirkung am Verfahren wegen einer zu erwartenden strafrechtlichen Selbstbelastung zu verweigern.³⁵³ Hiervon ist allerdings die Frage zu unterscheiden, ob und unter welchen Umständen in einem außerstrafrechtlichen Verfahren erzwungene Selbstbelastungen in einem späteren Strafverfahren gegen den Beschuldigten verwertbar sind. Konkrete Umstände eines Einzelfalls sind nach den Konventionsorganen bei der Frage der Fairness des innerstaatlichen Verfahrens nach Art. 6 EMRK zu berücksichtigen, beispielsweise wie wahrscheinlich es ist, dass ein Strafverfahren anhand der unter prozessuellem Druck gemachten Selbstbelastungen gegen eine Partei eingeleitet werden wird,³⁵⁴ ob ein solches bereits eröffnet wurde und ob das nationale Recht ein entsprechendes Beweisverwertungsverbot vorsieht.³⁵⁵ Mit klareren Worten äußert sich der EGMR hinsichtlich der Rückwirkung der Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK auf innerstaatliche, sogenannte investigative Verfahren, die einem Betroffenen zum Zwecke der Durchsetzung verschiedenartiger öffentlicher Interessen trotz der Gefahr einer strafrechtlichen Selbstbelastung Mitwirkungspflichten vorschreiben. Da dies eher die zeitliche Anwendbarkeit des Art. 6 EMRK betrifft, wird erst unten darauf eingegangen.³⁵⁶

bb) Stichhaltigkeit einer Anklage

Das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK ist solange auf ein innerstaatliches Verfahren wegen des Vorwurfs eines kriminellen Vergehens anwendbar, wie es um die Frage seiner tatsächlichen sowie rechtlichen Stichhaltigkeit

³⁵⁰ *Trechsel*, Human Rights, S. 24; *Krausbeck*, S. 64.

³⁵¹ M.w.N. *Trechsel*, Human Rights, S. 23; zu eingehender Kritik *Gaede*, S. 174 ff.

³⁵² EGMR *Allen* ./ *GB* ZE v. 10.09.2002 § 1 Recht; EGMR *Weh* ./ *AT* Urt. v. 08.04.2004 §§ 44 ff.; EGMR *Van Vondel* ./ *NL* ZE v. 23.03.2006 § 1 Recht; siehe ferner *Trechsel*, Human Rights, S. 349.

³⁵³ EGMR *Porter* ./ *GB* ZE v. 08.04.2003 § 1 Recht; EGMR *L.* ./ *GB* ZE v. 07.09.1999 § Recht; EGMR *W.G.S. und M.S.L.S.* ./ *GB* ZE v. 23.11.1999; EGMR *Vernon* ./ *GB* ZE v. 07.09.1999 § Recht; siehe auch EMRK *Arm Chappel* ./ *GB* Entsch. v. 14.03.1985 D&R 42, S 145 f. (137–161); vgl. LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 880.

³⁵⁴ EGMR *L.* ./ *GB* ZE v. 07.09.1999 § Recht.

³⁵⁵ EMRK *Arm Chappel* ./ *GB* Entsch. v. 14.03.1985 D&R 42, S. 145 f. (137–161).

³⁵⁶ Siehe unten Kap. 2, II.D.2.d).

geht.³⁵⁷ Dementsprechend steht einem Angeklagten der Anspruch auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK mit innerstaatlicher Terminologie grundsätzlich im innerstaatlichen Erkenntnis- und Revisionsverfahren und ggf. bei einer Verfassungsbeschwerde zu.³⁵⁸ Die sogenannten Nebenverfahren fallen dagegen nicht in den Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 1 EMRK.³⁵⁹ Nur ausnahmsweise prüft der EGMR, ob die Umstände des Einzelfalls eine analoge Anwendung des Art. 6 Abs. 1 EMRK auf solche Verfahren begründen. Dabei berücksichtigt er insbesondere die Schwere der Maßnahme und das Erfordernis einer fairen Strafrechtspflege.³⁶⁰

Das Erfordernis, dass sich das innerstaatliche Verfahren auf die Stichhaltigkeit der gegen eine Person erhobenen Anklage beziehen muss, hat weitere Ausnahmen. Der Angeklagte kann unter Umständen ungeachtet dessen, ob ein Strafverfahren gegen ihn eingeleitet oder er dabei auf Grundlage einer erzwungenen Selbstbelastung verurteilt wurde, vor dem EGMR die Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK rügen. Das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK kann somit verletzt werden, auch wenn über die Stichhaltigkeit der Anklage gegen den Betroffenen noch nicht entschieden wurde. In diesem Zusammenhang betont der Gerichtshof, dass die Pönalisierung der Aussageverweigerung eines bereits i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK Angeklagten einen unmittelbaren rechtlichen Zwang darstellt, der den Wesensgehalt der Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK zerstört.³⁶¹ Ein solcher Angeklagter kann die Verletzung seines Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK bezüglich des Strafverfahrens selbst geltend machen, auch wenn gegen ihn wegen der eigentlichen Straftat kein Strafverfahren eingeleitet oder er im folgenden Strafverfahren

³⁵⁷ EGMR *Delcourt* ./ BE Ur t. v. 17.01.1970 § 22 ff.; siehe auch *Grabenwarter*, S. 398 Rn. 26; *Trechsel*, Human Rights, S. 63; *Harris* u.a., S. 205.

³⁵⁸ EGMR *Delcourt* ./ BE Ur t. v. 17.01.1970 § 22 ff.; vgl. EGMR *Monnell and Morris* ./ GB Ur t. v. 02.03.1987 § 56; EGMR *Krcmar* ./ CZ Ur t. v. 03.03.2000 § 36; EGMR *Emesa Sugar NV* ./ NL ZE v. 13.01.2005; *Gaede*, S. 188; *Peukert*, Art. 6 Rn. 43; *Trechsel*, Human Rights, S. 32.

³⁵⁹ Etwa Verfahren über einen Pfändungsantrag, EGMR *Dogmoch* ./ DE Ur t. v. 08.09.2006; voreiliger Führerscheinentzug, EGMR *Escoubet* ./ BE Ur t. v. 28.10.1999 §§ 32 ff.; die Anordnung und Fortsetzung der U-Haft, EGMR *Neumeister* ./ AT Ur t. v. 27.06.1968 §§ 22 ff.; *Trechsel*, Human Rights, S. 33; EKMR *X* ./ DE Entsch. v. 18.12.1974 D&R 1, S. 82 (82–83); kritisch gegen die Nichtanwendbarkeit auf das U-Haftverfahren *Rzepka*, S. 30; m.w.N. *Trechsel*, Human Rights, S. 33 ff.; *Strasser*, 14. Strafverteidigertag, S. 106.

³⁶⁰ Vgl. EGMR *Delcourt* ./ BE Ur t. v. 17.01.1970 § 22 ff.; EGMR *Klass* ./ DE Ur t. v. 06.09.1978 §§ 74 f.; EGMR *Escoubet* ./ BE Ur t. v. 28.10.1999 §§ 32 ff.; hierzu siehe auch *Meyer-Ladewig*, Art. 6 Rn. 30; SK-StPO-*Paeffgen*, Art. 6 Rn. 30b; IK-EMRK-*Kühne*, Art. 6 Abs. 2 Rn. 419.

³⁶¹ EGMR *Funke* ./ FR Ur t. v. 25.02.1993 § 44; EGMR *Quinn* ./ IE Ur t. v. 21.12.2000 § 55; EGMR *Heaney and McGuinness* ./ IE Ur t. v. 21.12.2000 § 55; hierzu mehr unten Kap. 2, III.D.1.

freigesprochen wurde.³⁶² Denn wäre ein solcher Angeklagter i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht imstande, die Verletzung des Art. 6 EMRK geltend zu machen, so könnte sein konventionsmäßiges Recht auf Selbstbelastungsfreiheit gemäß Art. 6 Abs. 1 EMRK wirkungslos bleiben, wenn er gerade wegen des Gebrauchs dieses Rechts bestraft würde und ihm kein konventionsrechtlicher Rechtsbehelf zu Verfügung stünde.³⁶³

Das Erfordernis, dass das innerstaatliche Verfahren eine Entscheidung über die Stichhaltigkeit des Schuldvorwurfs gegenüber dem Angeklagten i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK zum Gegenstand haben muss, verliert in der Rechtsprechung des EGMR aufgrund weiterer anerkannter Ausnahmen zunehmend an Bedeutung. So ist es mittlerweile fester Bestandteil seiner Rechtsprechung, dass die Unschuldsvermutung gemäß Art. 6 Abs. 2 EMRK unabhängig von dem Ausgang der Ermittlungen gegen einen Angeklagten i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK gilt.³⁶⁴ Schließlich vermag dieses Erfordernis die Anwendbarkeit des Art. 6 EMRK auf das Ermittlungsverfahren, in dem die Hauptverhandlung eines Strafverfahrens vorbereitet wird, nicht auszuschließen.³⁶⁵ Die damalige Kommission vertrat jedoch lange Zeit den Standpunkt, dass sich das Ermittlungsverfahren nicht auf die Stichhaltigkeit des gegen einen Angeklagten erhobenen Schuldvorwurfs beziehe, und lehnte die Anwendbarkeit des Art. 6 EMRK ab.³⁶⁶ Dabei verkannte sie allerdings den vorbereitenden Charakter des Ermittlungsverfahrens für die Hauptverhandlung, in der über die Stichhaltigkeit der Anklage i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK entschieden wird. Diese Rechtsprechung ließ im Ergebnis einen gewissen Vorteil der Ermittlungsbehörden im Vorverfahren zu Lasten der Beschuldigtenrechte, insbesondere der Aussagefreiheit und des Verteidigerkonsultationsrechts bei der polizeilichen Vernehmung, zu und begrenzte die Reichweite des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK erheblich.³⁶⁷

³⁶² EGMR *Heaney und McGuinness* ./ *IE* Ur. v. 21.12.2000 §§ 43 ff.; EGMR *Quinn* ./ *IE* Ur. v. 21.12.2000 §§ 43 ff.; EGMR *Shannon* ./ *GB* Ur. v. 04.10.2005 § 35 = in Leitsätzen HRRS 12/2005, 396; m.w.N. *Meyer-Ladewig*, Art. 6 Rn. 136; kritisch *Ward/Gardner*, E.H.R.L.R 2003, 390 ff.

³⁶³ EGMR *Martinen* ./ *FI* Ur. v. 21.09.2009 § 64.

³⁶⁴ Stellvertretend EGMR *Hajnal* ./ *RS* Ur. v. 19.06.2012 § 129.

³⁶⁵ *Trechsel*, Human Rights, S. 32.

³⁶⁶ Vgl. EKMR *X* ./ *DE* Entsch. v. 28.03.1963, CD 9, S. 6 (1–8); bestätigt EKMR *X* ./ *DE* Entsch. v. 11.12.1976 D&R 10, S. 228 (224–237); EKMR *W* ./ *CH* Entsch. v. 13.07.1983 D&R 33 S. 35 ff. (21–40); siehe ferner EKMR *X* ./ *PT* Entsch. v. 13.12.1982 D&R 31 S. 209 (204–209); EKMR *G* ./ *GB* Entsch. v. 13.10.1983 Recht § 5 ff.; geändert hat sie ihre Rechtsprechung wohl ab EKMR *Can* ./ *AT* Report vom 12.07.1984 §§ 47 ff.; siehe ferner EKMR *X* ./ *PT* Entsch. v. 13.12.1982 D&R 31 S. 209 (204–209); EKMR *Egue* ./ *FR* Entsch. v. 05.09.1988 D&R 57, S. 71 f. (47–72); EKMR *Di Stefano* ./ *GB* Entsch. v. 13.04.1989, § 1 Recht.

³⁶⁷ Vgl. *Gaede*, S. 192.

c) Zeitlicher Anwendungsbereich

Es steht nach der gegenwärtigen Rechtsprechung des Gerichtshofs außer Zweifel, dass das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK auch im Ermittlungsverfahren gilt.³⁶⁸ Der EGMR macht dabei auf die Wichtigkeit des Ermittlungsverfahrens aufmerksam, in dem die Rahmenbedingungen der Hauptverhandlung insbesondere durch Beweiserhebungen bestimmt werden.³⁶⁹ In Anbetracht dessen gebietet der Anspruch auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK eine möglichst frühe Gewährung von Fairnessrechten und -garantien im Strafverfahren, weil insbesondere die Verteidigungsrechte des Beschuldigten in der Hauptverhandlung durch Unzulänglichkeiten im Ermittlungsverfahren unwiederbringlich beeinträchtigt werden können.³⁷⁰ In diesem Zusammenhang verweist der EGMR darauf, dass sich konkrete Gewährleistungen des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK im Ermittlungsverfahren nach den Besonderheiten der jeweiligen speziellen Prozesshandlung und den Umständen des Falles entfalten. Die Garantien des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK müssten im Ermittlungsverfahren dementsprechend nicht notwendigerweise in demselben Maß bestehen wie im gerichtlichen Verfahren.³⁷¹

Die Frage der zeitlichen Anwendbarkeit des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK ist in der Rechtsprechung des EGMR insbesondere unter dem Aspekt von großer Bedeutung, ab welchem Zeitpunkt eine Person frühestens den Anspruch auf ein faires Verfahren hat. Nach Art. 6 Abs. 1 EMRK hat sie ihn, sobald sie „angeklagt“ ist. Hier geht es also mit innerstaatlicher Terminologie um die Frage der konventionsrechtlichen Erlangung des „Beschuldigtenstatus“, die die Reichweite der Selbstbelastungsfreiheit bei der polizeilichen Vernehmung maßgeblich beeinflusst.

Angeklagt ist jemand i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK nach dem Gerichtshof erstens, wenn ihm offiziell mitgeteilt wird, dass er der Begehung einer Straftat bezichtigt wird.³⁷² Unterbleibt eine solche Mitteilung, so kann der Anklageakt von staatlichen Behörden auch implizit in anderen Maßnahmen gesehen werden, die die rechtliche

³⁶⁸ EGMR *Martin* ./ *EE* Urt. v. 30.05.2013 § 77; EGMR *Neumeister* ./ *AT* Urt. v. 27.06.1968 § 18; *Meyer-Ladewig*, Art. 6 Rn. 5; *Gruber*, S. 229; *Eisenhardt*, S. 146 f.; *Esser*, FS für Wolter, S. 1330; *ders.*, *StraFo* 2003, 339; *Krausbeck*, S. 89; *Guder*, S. 199; *Gaede*, S. 193; *Ambos*, *ZStW* 115/2003, 586; *Villiger*, S. 250. Rn. 393; die Geltung des Art. 14 IPBPR im Ermittlungsverfahren ist ebenfalls unumstritten *CCPR-Nowak*, Art. 14 Rn. 14.

³⁶⁹ Stellvertretend EGMR *Salduz* ./ *TR* Urt. v. 27.10.2008 § 54.

³⁷⁰ EGMR *Malkov* ./ *EE* Urt. v. 04.02.2010 § 56; EGMR *Imbrioscia* ./ *CH* Urt. v. 24.10.1993 § 36; *Trechsel*, *Human Rights*, S. 32; *Villiger*, S. 302 Rn. 472.

³⁷¹ EGMR *John Murray* ./ *GB* Urt. v. 08.02.1996 § 62.

³⁷² EGMR *Malkov* ./ *EE* Urt. v. 04.02.2010 § 56; *Harris* u.a., S. 209; *Guder*, S. 199; *Inceoğlu*, S. 22; *Karakehya*, S. 63.

Situation des Betroffenen maßgeblich beeinträchtigen.³⁷³ Insbesondere die letztgenannte Alternative macht es erforderlich, auf die zeitliche Anwendbarkeit des Art. 6 EMRK konkret unter Berücksichtigung des geltend gemachten Beschuldigtenrechts nach Art. 6 EMRK einzugehen.³⁷⁴ Da diese Frage im Hinblick auf die vorliegende Arbeit grundsätzlich die zeitliche Geltung der Schutzrechte der Selbstbelastungsfreiheit, etwa die Belehrung über die Aussagefreiheit oder den Zeitpunkt der Gewährung des Verteidigerzugangs betrifft, wird sie unten in diesem Zusammenhang erörtert.³⁷⁵

Dagegen stellt sie sich, soweit ersichtlich, in der Rechtsprechung des EGMR nicht, wenn es um den Schutzzumfang der Selbstbelastungsfreiheit vor dem Aussagezwang bei einer offenen oder verdeckten Befragung eines Verdächtigen im Polizeigewahrsam geht.³⁷⁶ Dies liegt nicht zuletzt daran, dass die zentrale Vorschrift der Konvention, welche die Ausübung des unmittelbaren Zwangs zur Aussageerlangung verbietet, also das Verbot der Folter und unmenschlicher und erniedrigender Behandlung gemäß Art. 3 EMRK, gleichermaßen für jeden gilt, der polizeilich befragt wird.³⁷⁷ Außerdem kann die Rechtsprechung des EGMR dahingehend interpretiert werden, dass die polizeiliche Befragung einer Person in der Regel eine Maßnahme darstellt, die nach dem oben genannten zweiten Kriterium den Betroffenen i.S.v. Art. 6 EMRK jedenfalls in dem Sinne zum Beschuldigten macht, dass ihm der konventionsrechtliche Schutz vor Aussagezwang zusteht. Denn eine polizeiliche Befragung versetzt eine Aussageperson regelmäßig in eine besondere Lage, in der die Gefahr einer Selbstbelastung sehr hoch ist und in der hierdurch ihre rechtliche Situation im Hinblick auf die konventionsrechtliche Selbstbelastungsfreiheit im oben genannten Sinn beeinträchtigt wird.³⁷⁸

Die zeitliche Anwendbarkeit der Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK auf staatliche Befragungen wird in der Rechtsprechung des EGMR dann offen thematisiert, wenn diese außerhalb eines regulären Strafverfahrens durchgeführt und der Betroffene dabei unter Androhung eines unmittelbaren rechtlichen Zwangs zur Mitwirkung verpflichtet wird.³⁷⁹

³⁷³ EGMR *Öztürk* ./ *DE* Ur. v. 23.10.1984, § 55; EGMR *Malkov* ./ *EE* Ur. v. 04.02.2010 § 56; siehe auch *Guder*, S. 199; *Krausbeck*, S. 88; *Grabenwarter*, S. 398 Rn. 25; *Esser*, *StraFo* 2003, 339; ähnlich gilt es auch für Art. 14 IPBPR, hierzu siehe *CCPR-Nowak*, Art. 14 Rn. 14.

³⁷⁴ Vgl. *Tallroth*, S. 251; *Frister*, *StV* 1998, 160.

³⁷⁵ Siehe unten Kap. 2, V.A.

³⁷⁶ Vgl. *SK-StPO-Paeffgen*, Art. 6 Rn. 43; *Guder*, S. 199; *Rzepka*, S. 31.

³⁷⁷ Siehe unten Kap. 2, III.C.1.

³⁷⁸ Vgl. EGMR *Heaney und McGuinness* ./ *IE* Ur. v. 21.12.2000 § 41; EGMR *Quinn* ./ *IE* Ur. v. 21.12.2000, § 41; EGMR *Nechiporuk und Yonkalo* ./ *UA* Ur. v. 21.04.2011 § 254.

³⁷⁹ Etwa bei der Erlangung des Beschuldigtenstatus eines Kfz-Halters EGMR *Weh* ./ *AT* Ur. v. 08.04.2004 §§ 53 ff.; EGMR *Rieg* ./ *AT* Ur. v. 24.03.2005 §§ 29 ff.; kritisch

d) Außerstrafrechtliche Geltung der Selbstbelastungsfreiheit

aa) Zulässigkeit staatlicher Mitwirkungspflichten

Wie oben bereits dargelegt, gilt die konventionsrechtliche Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK grundsätzlich im Rahmen eines Strafverfahrens. Außer in diesem Anwendungsbereich ist ein staatliches Informationsverlangen an sich, das eventuell eine strafrechtliche Selbstbelastung herbeiführen kann, nicht als unzulässiger Selbstbelastungszwang zu betrachten.³⁸⁰ Ebenso wenig verbietet die Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK generell die Auferlegung rechtlicher Mitwirkungspflichten, etwa die strafbewehrte Erscheinens-, Eides-, Wahrheits- und Zeugnispflicht eines Abgeordneten vor einem parlamentarischen Untersuchungsausschuss,³⁸¹ die strafbewehrte Pflicht einer Person, Informationen über ihre finanziellen oder unternehmerischen Angelegenheiten den zuständigen Behörden mitzuteilen,³⁸² die strafbewehrte Pflicht eines Schuldners, im Wiedergutmachungsverfahren zum Schutz von Gläubigern alle seine Vermögenswerte wahrheitsgemäß offenzulegen³⁸³ oder die Aufforderung einer Steuerbehörde, eine Sicherheitskopie des Zentralservers eines Unternehmens zu erstellen.³⁸⁴

In solchen Fällen sind die Betroffenen des Öfteren noch nicht einmal der Begehung einer Straftat i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK angeklagt.³⁸⁵ Grundsätzlich gilt die konventionsrechtliche Selbstbelastungsfreiheit nach dem EGMR nämlich erst dann, wenn ein Betroffener hinsichtlich einer bereits begangenen Straftat zur Mitwirkung an seiner strafrechtlichen Überführung im Rahmen eines laufenden oder bevorstehenden Strafverfahrens gezwungen wird.³⁸⁶ Außerdem liegt in den oben genannten Fällen in der Regel ein berechtigtes öffentliches Interesse vor, das die Auferlegung solcher Mitwirkungspflichten rechtfertigt; etwa die Funktionstüchtigkeit eines effektiven Steuersystems³⁸⁷ oder eines effektiven Untersuchungsausschusses,³⁸⁸ die

hiergegen *Gaede*, JR 2005, 426; LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 944; für die geänderte Rechtsprechung in diesem Zusammenhang siehe EGMR *O'Halloran und Francis* ./ GB Ur t. v. 29.07.2007 §§ 53 ff. = in Leitsätzen HRRS 12/2007, 434.

³⁸⁰ EGMR *Van Vondel* ./ NL ZE v. 23.03.2006 § 1 Recht.

³⁸¹ Ebd.

³⁸² EGMR *Allen* ./ GB ZE v. 10.09.2002 § 1 Recht; EGMR *Weh* ./ AT Ur t. v. 08.04.2004 §§ 44 ff.

³⁸³ EGMR *Elomaa* ./ FI ZE v. 16.03.2010 § Recht.

³⁸⁴ EGMR *Bernh Lahrsen Holding und andere* ./ NO Ur t. v. 14.03.2013 §§ 160 ff.

³⁸⁵ EGMR *Allen* ./ GB ZE v. 10.09.2002 § 1 Recht; EGMR *Van Vondel* ./ NL ZE v. 23.03.2006 § 1 Recht.; zu einer detaillierten Überprüfung, ob zur Zeit des strafbewehrten Informationsverlangens im Rahmen eines „Wiedergutmachungsverfahren[s] zum Schutze der Gläubiger“ der Betroffene bereits der Geldwäsche verdächtig war, siehe EGMR *Elo-maa* ./ FI ZE v. 16.03.2010 § Recht.

³⁸⁶ EGMR *Allen* ./ GB ZE v. 10.09.2002 § 1 Recht; siehe auch LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 903; *Gaede*, S. 193 ff.; *Ambos*, NStZ 2002, 633.

³⁸⁷ EGMR *Allen* ./ GB ZE v. 10.09.2002 § 1 Recht.

Befriedigung von Gläubigern und die Restitution der finanziellen Situation des Schuldners³⁸⁹ oder allgemein wirtschaftliche Interessen eines Landes.³⁹⁰ Ist aus diesen Gründen die Aufbürdung strafbewehrter Mitwirkungspflichten zulässig, so gewährt die Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK einem Mitwirkungspflichtigen erst recht keine allgemeine Immunität für die Begehung neuer Straftaten, denen das Motiv zugrunde liegt, strafrechtliche Folgen gegen sich selbst abzuwenden;³⁹¹ etwa falsche Angaben zu machen,³⁹² eine Falschaussage zu machen, einen Meineid abzulegen³⁹³ oder einen Betrug zu begehen.³⁹⁴

Die Frage, ob ein Mitwirkungspflichtiger in solchen regulären Informationsbeschaffungsverfahren mit dem Hinweis auf eine mögliche strafrechtliche Belastung die Mitteilung von Informationen oder Herausgabe bzw. Aushändigung von Dokumenten verweigern darf, hat der Gerichtshof bisher nicht ausdrücklich erörtert. Er scheint in solchen Fällen bis zu einem gewissen Umfang die Selbstbelastungsgefahr eines Betroffenen mit der Anmerkung zulassen zu wollen, dass nicht jede Selbstbelastungsgefahr die Zwangsanwendung unzulässig mache. Dies sei in seiner Rechtsprechung bereits hinsichtlich der zulässigen Belehrung eines Beschuldigten über die nachteilige Verwertung seines polizeilichen Aussageverhaltens anerkannt.³⁹⁵ Allerdings gilt es nach dem EGMR zu überprüfen, ob das fragliche Verfahren zweckfremdet die Tarnung einer strafrechtlichen Verfolgung des Betroffenen darstellt.³⁹⁶ Jedenfalls lag keine Verletzung der konventionsrechtlichen Selbstbelastungsfreiheit im Hinblick auf die Verwertung von Äußerungen vor, als sich der Betroffene in einem administrativen Verfahren wegen Verstößen gegen das nationale Kapitalmarktrecht aus eigenen, freien Stücken schriftlich und mündlich gegenüber einem Finanzinspektor geäußert hatte und diese Äußerungen gegen ihn in einem nachfolgenden Strafverfahren ohne seinen Widerspruch verwertet wurden, bevor er bei seiner förmlichen Befragung unter einer strafbewehrten Aussagepflicht dazu aufgefordert worden war.³⁹⁷

³⁸⁸ EGMR *Van Vondel* ./ NL ZE v. 23.03.2006 § 1 Recht.

³⁸⁹ EGMR *Elomaa* ./ FI ZE v. 16.03.2010 § Recht.

³⁹⁰ EGMR *Bernh Lahrsen Holding und andere* ./ NO Ur. v. 14.03.2013 § 135.

³⁹¹ EGMR *Allen* ./ GB ZE v. 10.09.2002 § 1 Recht; EGMR *Van Vondel* ./ NL ZE v. 23.03.2006 § 1 Recht; vgl. EGMR *Weh* ./ AT Ur. v. 08.04.2004 § 55; in diese Richtung auch LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 900 f.; *Ward/Gardner*, E.H.R.L.R 2003, 396.

³⁹² EGMR *Allen* ./ GB ZE v. 10.09.2002 § 1 Recht.

³⁹³ EGMR *Van Vondel* ./ NL ZE v. 23.03.2006 § 1 Recht.

³⁹⁴ EGMR *Elomaa* ./ FI ZE v. 16.03.2010 § Recht.

³⁹⁵ EGMR *Allen* ./ GB ZE v. 10.09.2002 § 1 Recht; EGMR *Weh* ./ AT Ur. v. 08.04.2004 § 46; EGMR *Elomaa* ./ FI ZE v. 16.03.2010 § Recht.

³⁹⁶ So ausdrücklich EGMR *Van Vondel* ./ NL ZE v. 23.03.2006 § 1 Recht; auf den Zweck abstellend auch *Ambos*, NStZ 2002, 633; *Müller*, EuGRZ 2001, 553; LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 899; *Rogall*, FS für Kohlmann, S. 470.

³⁹⁷ EGMR *Staines* ./ GB ZE v. 16.05.2000 § 1 Recht.

bb) Rückwirkende Geltung der Selbstbelastungsfreiheit

Die Selbstbelastungsgefahr und der Zweck, eine Person strafrechtlich zu überführen, liegen in einigen Arten außerstrafrechtlicher Verfahren deutlicher vor als in den oben aufgeführten. So kann das Verfahren zur Ermittlung von Verstößen gegen das nationale Kapitalmarktrecht auch investigative Funktionen innehaben. Mit anderen Worten kann durch solche Verfahren außerdem bezweckt werden, die Ergebnisse der Ermittlungen unter anderem im Strafverfahren gegen den betroffenen Mitwirkungspflichtigen zu verwenden. Nach dem Gerichtshof wären die öffentlichen Interessen an der Regulierung komplexer finanzieller und kommerzieller Angelegenheiten unangemessen erschwert, wenn die Rechte und Garantien in Art. 6 EMRK auch auf solche Vorbereitungsverfahren anwendbar wären. Zur Kompensation der dabei möglicherweise beeinträchtigten Interessen eines Mitwirkungspflichtigen an der konventionsrechtlichen Selbstbelastungsfreiheit verlangt allerdings der Gerichtshof ein Beweisverwertungsverbot im folgenden Strafverfahren gegen den späteren Beschuldigten.³⁹⁸ Liegt dagegen bereits ein Ermittlungsverfahren gegen den Mitwirkungspflichtigen vor, so hat er in dem parallel laufenden administrativen Verfahren den vollständigen Anspruch auf die Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK. Sind die innerstaatlichen Behörden dennoch an der Mitwirkung des bereits i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK angeklagten Betroffenen zur Erfüllung außerstrafrechtlicher Zwecke interessiert, so lässt der EGMR eine Mitwirkungspflicht erst dann zu, wenn das nationale Recht ein Beweisverwertungsverbot für hierdurch erlangte Beweise im Strafverfahren gegen den Beschuldigten vorsieht. Solange dies nicht der Fall ist, verletzt die Verhängung einer Geldbuße wegen des Nichterscheinsens zur Befragung und Aussageverweigerung im administrativen Verfahren sein Recht auf Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK.³⁹⁹ Eine solche Sicherheitsvorkehrung ist nach dem Gerichtshof nicht gegeben, wenn die Reichweite des Verwertungsverbots dahingehend begrenzt ist, dass die belastenden Aussagen gegen den Beschuldigten verwendet werden, wenn er Beweise geltend macht, die den fraglichen Aussagen widersprechen. Dies würde ihm das Recht entziehen zu bestimmen, welche Beweise er ins Verfahren einführen will und würde gegen das Prinzip der Selbstbelastungsfreiheit verstoßen. Das Verwertungsverbot ist ebenfalls nicht hinreichend, wenn es nicht obligatorisch ist, sondern im Ermessen des Richters steht.⁴⁰⁰

³⁹⁸ EGMR *Saunders ./. GB* Ur. v. 17.10.1996 §§ 67 ff.; EGMR *I.J.L. und andere ./. GB* Ur. v. 19.09.2000 §§ 79 ff.; EGMR *Kansal ./. GB* Ur. v. 27.04.2004 §§ 27 ff.; vgl. EGMR *Abas ./. NL* ZE v. 26.02.1997 Recht; siehe ferner LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 904; Gaede, S. 313; Villiger, S. 321 Rn. 502; Ambos, NSTZ 2002, 633; Müller, EuGRZ 2001, 553; Emerson/Ashworth/Machdonald, S. 617 Rn. 13-13; Ashworth/Redmayne, S. 147.

³⁹⁹ EGMR *Shannon ./. GB* Ur. v. 04.10.2005 §§ 33 ff.; EGMR *Martinen ./. FI* Ur. v. 21.09.2009 §§ 76 ff.; siehe auch Ashworth/Redmayne, S. 148.

⁴⁰⁰ EGMR *Shannon ./. GB* 04.10.2005 § 40.

Die Erforderlichkeit eines Beweisverwertungsverbots zum Schutz der Selbstbelastungsfreiheit hat der EGMR außerdem für die selbstbelastenden Aussagen eines Beschuldigten in Erwägung gezogen, der sich in einem parallel laufenden Disziplinarverfahren unter dem Zwang einer militärischen Hierarchie belastete.⁴⁰¹ Ähnlich machte der Gerichtshof im Fall *Antoine* darauf aufmerksam, dass ein Beweisverwertungsverbot angezeigt sein kann, wenn die Äußerungen eines Patienten, der nach der Eröffnung der Hauptverhandlung aufgrund seines mentalen Gesundheitszustands vom Gericht fristlos in eine psychiatrischen Anstalt eingewiesen worden war, gegenüber seinem Arzt in einem späteren Strafverfahren als Beweismittel gegen ihn verwendet werden.⁴⁰²

3. Zusammenfassung des Schutzbereichs

Zusammenfassend lässt sich konstatieren, dass der konventionsrechtliche Schutzbereich der Selbstbelastungsfreiheit entsprechend der Beweisfunktion eines Beschuldigten im Strafverfahren seine Rechtsstellung bei der Erhebung eines Sach- sowie Aussagebeweises umfasst. Dieser materielle Schutz besteht jeweils aus Mitwirkungs- und Aussagefreiheit. Da die vorliegende Arbeit nach den allgemeinen Ausführungen im Besonderen die Untersuchung der Aussagefreiheit zum Gegenstand hat, stellt sich die Frage nach ihrer konkreten Reichweite bei einer offenen (III.) und verdeckten (IV.) Befragung. Die persönlichen und zeitlichen Anwendbarkeitskriterien des Art. 6 EMRK bestimmen ferner die Reichweite der Beschuldigtenrechte, die eine wirksame Ausübung der Aussagefreiheit ergänzend schützen (V.). Hinzu kommt der prozessuale Schutz, der sich insbesondere in Gestalt von Beweisverwertungsverböten äußert (VI.).

III. Schutz vor Aussagezwang

Zu klären ist zunächst der Umfang der Aussagefreiheit in ihren Grundzügen (A.), der insbesondere die Frage nach einer Definition des Zwangs aufwirft (B.). Dieser stellt sich als tatsächlicher (C.) oder rechtlicher Zwang (D.) dar.

A. Umfang der Aussagefreiheit

Die Aussagefreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK gebietet, dass dem Beschuldigten das Recht auf Schweigen gewährt und kein Zwang angewendet wird, um ihn zum

⁴⁰¹ EGMR *Serves* ./ FR ZE v. 04.05.2000 § B Recht.

⁴⁰² EGMR *Antoine* ./ GB ZE v. 13.03.2003 § 2 Recht.

Aussagen zu veranlassen.⁴⁰³ Die staatliche Pflicht, dieses Recht zu respektieren, würde nach dem EGMR zu kurz kommen, wenn der Beschuldigte nur vor der Ausübung willensbeugenden Aussagezwangs bei einer offenen Vernehmung geschützt wäre. Dies umfasst daher auch, dass die Wahlfreiheit des Beschuldigten, bei einer offenen Vernehmung zwischen Schweigen und Aussagen zu entscheiden, nicht durch dessen Täuschung in einer verdeckten Befragung umgangen wird.⁴⁰⁴ Unumstritten ist somit, dass die konventionsrechtliche Aussagefreiheit grundsätzlich ein gewisses Täuschungsverbot zur Folge hat.⁴⁰⁵

Eine nähere Analyse der Rechtsprechung des EGMR ergibt, dass der Gerichtshof, abgesehen vom Schutz vor Aussagezwang, gelegentlich die Freiwilligkeit eines Geständnisses hervorhebt, wobei diese Rechtsprechung bis jetzt keine schärferen Konturen gewonnen hat. Sie scheint einen subsidiären Schutz für den Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung darzustellen, wenn das Vorliegen einer zwangsweisen Veranlassung zur Aussage nicht eindeutig bejaht werden kann, jedoch die Umstände des Falles nach der Terminologie des Gerichtshofs „serious reasons“⁴⁰⁶ bzw. „reasonable doubts“⁴⁰⁷ hinsichtlich der Freiwilligkeit des abgelegten Geständnisses aufkommen lassen.⁴⁰⁸ Diese Rechtsprechung ist als klares Zeichen dahingehend zu verstehen, dass der Gerichtshof bereit ist, die Reichweite der konventionsrechtlichen Aussagefreiheit des Beschuldigten über den Schutz vor Aussagezwang hinaus auf ein allgemeines Erfordernis der Freiwilligkeit eines Geständnisses im weiteren Sinne zu erstrecken.⁴⁰⁹ Dennoch hängt die konkrete Reichweite der Aussagefreiheit weiterhin entscheidend davon ab, was unter Zwang zu verstehen ist.

B. Definition von Zwang

Der EGMR hat bis jetzt den Begriff des Zwangs nicht definiert. Anders ist es bei der Auslegung des Schutzes vor Aussagezwang nach Art. 14 Abs. 3 lit. g IPBPR durch den UN-Menschenrechtsausschuss (MRA) sowie der Auslegung des Verbots des Selbstbelastungszwangs nach dem 5. Zusatzartikel der Verfassung der USA im amerikanischen Recht. Nach dem MRA erfasst Art. 14 Abs. 3 lit. g IPBPR die

⁴⁰³ EGMR *Jalloh* ./ DE Ur. v. 11.07.2006 § 110; siehe auch *Zerbes*, S. 78.

⁴⁰⁴ EGMR *Bykov* ./ RU Ur. v. 10.03.2009 §§ 99 ff. = in Leitsätzen HRRS 4/2009, 133 f.; siehe auch *Zerbes*, S. 79.

⁴⁰⁵ *Mahlstedt*, S. 104; *Warnking*, Beweisverbote, S. 213 f.; *Eidam*, S. 71; *Gaede*, StV 2003, 261; *Esser*, JR 2004, 104 ff.

⁴⁰⁶ EGMR *Yaremko* ./ UA Ur. v. 12.06.2008 § 76.

⁴⁰⁷ EGMR *Shabelnik* ./ UA Ur. 19.02.2009 § 59.

⁴⁰⁸ Siehe ferner EGMR *Lopata* ./ RU Ur. v. 13.07.2010 §§ 140 ff.; EGMR *Desde* ./ TR Ur. v. 01.02.2011 § 133; EGMR *Balitskiy* ./ UA Ur. v. 03.10.2011 § 39 f.

⁴⁰⁹ Eher ablehnend SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 139; *Müller*, EuGRZ 2001, 556.

Ausübung jedes mittelbaren oder unmittelbaren physischen oder psychischen Drucks durch die Ermittlungsorgane zum Zweck einer Geständniserlangung.⁴¹⁰ Im amerikanischen Recht wird der Zwang im Vergleich zu dieser Definition durch den MRA, die auf die Direktheit und Einwirkungsart einer Zwangsausübung abstellt, nach seiner Erscheinungsart definiert. Hiernach kann Zwang sowohl rechtlich als auch tatsächlich ausgeübt werden. Rechtlich ist er, wenn die Rechtsordnung selbst an die Aussageverweigerung des Beschuldigten sanktionsrechtliche Folgen knüpft. Ein tatsächlicher Zwang liegt vor, wenn mit anderen Mitteln auf Körper oder Psyche des Beschuldigten eingewirkt wird, um ihn zu einer Selbstbelastung zu veranlassen, ohne dass die Rechtsordnung dies vorsieht. Daher fallen hierunter auch rechtliche Maßnahmen, die zweckwidrig dazu eingesetzt werden.⁴¹¹

Bei näherer Betrachtung der Rechtsprechung des EGMR ergibt sich, dass der Zwang auch vom Gerichtshof weitgehend unter diesen Gesichtspunkten beschrieben wird. Im Fall *Saunders* bezeichnete der Gerichtshof ausdrücklich den konkret angewendeten Zwang, nämlich die strafrechtliche Sanktionierung der Aussageverweigerung, als einen rechtlichen.⁴¹² Tatsächlicher Zwang in Gestalt von Folter oder Misshandlungen nach Art. 3 EMRK ist ebenfalls als verbotene Druckausübungsmethode in seiner Rechtsprechung anerkannt.⁴¹³ Die Zwangsausübung ist nach dem EGMR dann unmittelbar, wenn dem Beschuldigten keine zumutbaren Möglichkeiten mehr zur Verfügung stehen, sich einer Selbstbelastung zu entziehen.⁴¹⁴ „A certain level of indirect compulsion“ hat der Gerichtshof im Fall *Murray* angenommen, in dem das Schweigerecht des Beschuldigten von den Ermittlungsorganen im Prinzip respektiert, seine Aussagebereitschaft allerdings durch den rechtlichen Hinweis gefördert wurde, dass sein Schweigen im Polizeigewahrsam gegen ihn nachteilig verwertet werden könne.⁴¹⁵ Schließlich stellte er im Fall *Zamferesko* im Hinblick auf die Einwirkungsart einer Zwangsausübung fest, dass die nach Art. 3 EMRK verbotene Vorgehensweise von Vernehmungsbeamten darauf abzielte,

⁴¹⁰ MRA *Nallaratnam Singaras* ./ LK Entsch. v. 21.07.2004 § 7.4; darauf hinweisend auch *Trechsel*, Human Rights, S. 350; LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 892 Fn. 2248; CCPR-Nowak, Art. 14 Rn. 59; vgl. Art. 8 Abs. 3 AMRK, wonach „a confession of guilt by the accused shall be valid only if it is made *without coercion of any kind*“; Art. 99 Abs. 2 III. des Genfer Abkommens über die Behandlung von Kriegsgefangenen vom 12.08.1949, wonach „no moral or physical coercion may be exerted on a prisoner of war in order to induce him to admit himself guilty of the act of which he is accused“.

⁴¹¹ *Schlauri*, S. 206.

⁴¹² EGMR *Saunders* ./ GB Urte. v. 17.10.1996 § 70; siehe auch EGMR *O'Halloran und Francis* ./ GB Urte. v. 29.07.2007 § 57.

⁴¹³ EMR *Örs* ./ TR Urte. v. 20.06.2006 § 61; EGMR *Göçmen* ./ TR Urte. v. 17.10.2006 § 54; EGMR *Gäffen* ./ DE Urte. v. 01.06.2010 § 169; siehe auch LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 898; CCPR-Nowak, Art. 14 Rn. 59.

⁴¹⁴ EGMR *Saunders* ./ GB Urte. v. 17.10.1996 § 70; siehe auch LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 894.

⁴¹⁵ EGMR *John Murray* ./ GB Urte. v. 08.02.1996 § 48.

auf den festgenommenen Beschuldigten „psychological and physical pressure“ zum Zweck einer Geständniserlangung auszuüben.⁴¹⁶

Aus diesen Ausführungen lässt sich ableiten, dass auch der konventionsrechtlich verbotene Aussagezwang im Hinblick auf seine Art rechtlich oder tatsächlich und seiner Schwere nach unmittelbar oder mittelbar erfolgt und dabei den Betroffenen unter physischen oder psychischen Druck setzt.⁴¹⁷ Allerdings überprüft der EGMR im Gegensatz zum MRA nicht immer nur, ob ein Beschuldigter gezwungen wurde, sich selbst zu belasten,⁴¹⁸ sondern im Rahmen seiner bereits oben dargelegten Gesamtbetrachtungslehre auch zusätzlich, ob die Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit das Verfahren gegen den Beschuldigten i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK unfair gemacht hat.⁴¹⁹ An dieser Stelle ist erneut darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof über die Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit unter Berücksichtigung der drei Kriterien entscheidet, von denen nur eines die Art und die Schwere der Ausübung des Zwangs zur Selbstbelastung betrifft.⁴²⁰ Daher führt weder jede Zwangsangewendung automatisch zu einer Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren, noch ist die Schwere des angewendeten Zwangs der einzige Indikator für die Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit.⁴²¹ Während nach dem Gerichtshof etwa die unmittelbare rechtliche Zwangsangewendung im Falle *Quinn* den Wesensgehalt der Selbstbelastungsfreiheit zerstört hat,⁴²² so fand er im Fall *O'Halloran* und *Francis*, dass die Zwangsausübung derselben Art und Schwere unter den Umständen des Einzelfalls gerechtfertigt und das Verfahren gegen die Beschuldigten i.S.v. Art. 6 EMRK fair war.⁴²³ Ebenfalls führte die Mittelbarkeit des Zwangs in den Fällen *Murray* und *Allan* zu unterschiedlichen Ergebnissen.⁴²⁴ Im Folgenden wird die Reichweite der Aussagefreiheit in der Rechtsprechung des EGMR nach den genannten Gesichtspunkten des Zwangs konkretisiert.

⁴¹⁶ EGMR *Zamferesko* ./ UA Ur. v. 15.11.2012 § 53; siehe ferner EGMR *Hajnal* ./ RS Ur. v. 19.06.2012 § 92; EGMR *Kolu* ./ TR Ur. v. 02.08.2005 § 55.

⁴¹⁷ Vgl. LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 883-892; *Jennings/Ashworth/Emmerson*, Crim.L.R. 2000, 884; *Ashworth/Redmayne*, S. 151 f.

⁴¹⁸ Siehe etwa MRA *Campbell* ./ JM Entsch. v. 30.03.1992 § 6. 7.

⁴¹⁹ Siehe oben Kap. 2, II.D.1.c).

⁴²⁰ Ebd.

⁴²¹ EGMR *O'Halloran und Francis* ./ GB Ur. v. 29.07.2007 § 53; EGMR *Jalloh* ./ DE Ur. v. 11.07.2006 § 117; *Gaede*, S. 314; *Esser*, JR 2004, 102; a.A. *Meyer-Ladewig*, Art. 6 Rn. 132.

⁴²² EGMR *Quinn* ./ IE Ur. v. 21.12.2000 § 56.

⁴²³ EGMR *O'Halloran und Francis* ./ GB Ur. v. 29.07.2007 §§ 57 ff.

⁴²⁴ EGMR *John Murray* ./ GB Ur. v. 08.02.1996 §§ 46 ff.; EGMR *Allan* ./ GB Ur. v. 05.11.2002 § 52.

C. Tatsächlicher Zwang

1. Unmittelbarer tatsächlicher Zwang

Der unmittelbare tatsächliche Zwang wird in erster Linie durch Art. 3 EMRK⁴²⁵ konkretisiert.⁴²⁶ Dementsprechend darf niemand durch Folter und unmenschliche oder erniedrigende Behandlung zum Aussagen gezwungen werden. Insofern überschneidet sich der materielle Schutzzumfang des Art. 3 EMRK mit dem der konventionsrechtlichen Aussagefreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK.⁴²⁷

Die Rechtsprechung des EGMR geht mit dieser Konkurrenz nicht einheitlich um. So sieht er es nach der Feststellung der Verletzung des materiellen Schutzzumfangs des Art. 3 teilweise nicht als notwendig an, die Verletzung der Aussagefreiheit des Beschuldigten durch dieselben verbotenen Vernehmungsmethoden gesondert im Rahmen der Fairness des Strafverfahrens nach Art. 6 EMRK zu prüfen, obwohl der Beschuldigte unter einem solchen Zwang belastende Aussagen machte. Der EGMR prüft nur, ob die Verwertung solcher Beweise die Fairness des Strafverfahrens i.S.v. Art. 6 EMRK verletzt hat.⁴²⁸ Liegt dagegen keine strafrechtliche Belastung vor, weil der Beschuldigte der Zwanganwendung widerstehen konnte oder es zu keinem Strafverfahren kam, so gibt es nach der Rechtsprechung des EGMR keinen Bedarf zur Prüfung der Aussagefreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK.⁴²⁹ Der materielle Schutz der Aussagefreiheit wird hierbei durch die Feststellung der Verletzung des Art. 3 EMRK absorbiert.⁴³⁰ Haben die belastenden Aussagen des Beschuldigten keinen Einfluss mehr auf das Strafverfahren gegen ihn, etwa weil sie unter ein Verwertungsverbot fielen oder der Beschuldigte nachträglich freiwillig die belastenden Aussagen wiederholt hat, so begnügt sich der Gerichtshof mit der Feststellung, dass die Folgen der Verletzung der Aussagefreiheit, die durch die Anwendung der gegen Art. 3 EMRK verstoßenden Methoden verursacht wurden, konventionskonform beseitigt wurden.⁴³¹ Auch hierbei deckt Art. 3 EMRK den materiellen Schutz der Aussagefreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK.

⁴²⁵ Siehe den Wortlaut im Anhang: Gesetzestexte.

⁴²⁶ LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 885; Trechsel, Human Rights, S. 350; Schlauri, S. 305; Müller, EuGRZ 2001, 554; Rogall, S. 52; siehe auch MRA Kelly ./ JM Entsch. v. 08.04.1991 § 5.5, nach der Art. 14 Abs. 3 lit. g IPBPR a fortiori die Vernehmungsmethoden umfasst, die gegen Folter- und Misshandlungsverbot gemäß Art. 7 IPBPR verstoßen.

⁴²⁷ Vgl. LR-StPO-Gleiß, § 136a Rn. 21.

⁴²⁸ EGMR Harutyunyan ./ AM Ur t. v. 28.01.2007 § 67; EGMR Gladyshev ./ RU Ur t. v. 20.07.2009 § 80; EGMR Zamferesko ./ UA Ur t. v. 15.11.2012 §§ 70 ff.; EGMR Kaçu und Kotorri ./ AL Ur t. v. 25.06.2013 § 118.

⁴²⁹ Vgl. EGMR Tomasi ./ FR Ur t. v. 27.08.1992 § 39; EGMR Aksoy ./ TR Ur t. v. 18.12.1996 § 64; EGMR Sunal ./ TR Ur t. v. 25.01.2005 §§ 44 ff.; EGMR Dizme ./ TR Ur t. v. 20.10.2005 § 85.

⁴³⁰ EGMR Getiren ./ TR Ur t. v. 22.07.2008 §§ 125 ff.

⁴³¹ EGMR Alchagin ./ RU Ur t. v. 17.01.2012 § 73.

Im Gegensatz zu dieser Rechtsprechung prüft der Gerichtshof nach der Feststellung der Verletzung des Art. 3 EMRK gelegentlich auch die Frage, ob die Verwertung der hierdurch erlangten belastenden Aussagen die Aussagefreiheit des Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung nach Art. 6 Abs. 1 EMRK verletzt hat.⁴³² Wenn im Folgenden der Umfang des unmittelbaren tatsächlichen Zwangs konkretisiert wird, so werden das oben aufgeführte Konkurrenzverhältnis zwischen Art. 3 und der Aussagefreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK und die uneinheitliche Rechtsprechung des EGMR außer Acht gelassen und es werden alle Urteile des EGMR berücksichtigt, deren Prüfungsgegenstand die Ausübung des Aussagezwangs bei der polizeilichen Vernehmung eines Beschuldigten ist. Denn es besteht kein Zweifel, dass eine Ausübung von Zwang in der Intensität des Art. 3 EMRK stets seine Aussagefreiheit verletzt. Daran ändert sich nichts, wenn der EGMR die entsprechenden Beschwerden, wie aufgeführt, teilweise ohne Berücksichtigung der Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 lediglich unter Art. 3 und/oder unter dem Recht auf ein faires Verfahren prüft. Im Übrigen zieht der EGMR die Behauptungen des Beschwerdeführers über die Anwendung von Folter und Misshandlungen bei der polizeilichen Vernehmung im Rahmen seiner Fairnessprüfung bei Art. 6 Abs. 1 EMRK bei der Berücksichtigung der Selbstbelastungsfreiheit in Betracht, wenn es an einer Beschwerde wegen einer Verletzung des Art. 3 EMRK fehlt.⁴³³ Dasselbe gilt, wenn der EGMR keine Verletzung des materiellen Schutzzumfangs von Art. 3 EMRK feststellen kann, weil etwa ein entsprechender Nachweis fehlt. Auch hier überprüft er weiter die Umstände der polizeilichen Vernehmung unter Berücksichtigung des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit in Verbindung mit dem Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK dahingehend, ob der Beschuldigte die belastenden Aussagen freiwillig gemacht hat.⁴³⁴

Außer der Anwendung von Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Misshandlungen kann der Beschuldigte zweifellos durch weitere Methoden gezielt unter Druck gesetzt werden.⁴³⁵ Auf eine genaue Aufzählung muss allerdings in Anbetracht der großen Zahl der denkbaren Eingriffsmodalitäten verzichtet werden.⁴³⁶

⁴³² EGMR *Tarasov* ./ UA Ur. v. 31.10.2013 §§ 82 ff.; EGMR *Sorokins und Sorokina* ./ LT Ur. v. 28.05.2013 §§ 110 ff.; EGMR *Yusuf Gezer* ./ TR Ur. v. 01.12.2009 § 40; EGMR *Baran und Hun* ./ TR Ur. v. 20.05.2010 § 68; EGMR *Desde* ./ TR Ur. v. 01.02.2011 § 127; EGMR *Gäfgen* ./ DE Ur. v. 01.07.2010 § 186 f.; EGMR *Nechiporuk und Yonkalo* ./ UA Ur. v. 21.04.2011 § 260; EGMR *Grigoryev* ./ UA Ur. v. 15.05.2012 § 85.

⁴³³ EGMR *Sorokins und Sorokina* ./ LT Ur. v. 28.05.2013 § 111; EGMR *Baran und Hun* ./ TR Ur. v. 20.05.2010 § 70 f.; EGMR *Özcan Çolak* ./ TR Ur. v. 06.10.2009 § 43 f.; EGMR *Örs und andere* ./ TR Ur. v. 20.06.2006 § 58.

⁴³⁴ EGMR *Lopata* ./ RU Ur. v. 13.07.2010 § 143 f.; EGMR *Balitskiy* ./ UA Ur. v. 03.11.2011 §§ 39–47; EGMR *Sharkunov und Mezentsev* ./ RU Ur. v. 10.06.2010 § 100; vgl. EGMR *Desde* ./ TR Ur. v. 01.02.2011 §§ 129 ff.; EGMR *Lobas* ./ UA Ur. v. 07.11.2013 § 74.

⁴³⁵ *Schlauri*, S. 96.

⁴³⁶ *Sonderegger*, S. 27; vgl. *Zerbes*, S. 85.

a) *Folter- und Misshandlungsverbot*

Art. 3 EMRK verbietet mit einer knappen Formulierung die Unterwerfung einer Person unter Folter oder unmenschliche und erniedrigende Misshandlungen. Diese Begriffe gelten als abstrakt und definitionsbedürftig.⁴³⁷ Ihre grammatikalische Vagheit führt einerseits zu einer beachtlichen Unklarheit hinsichtlich des Schutzzumfangs des Art. 3 EMRK. Andererseits bietet sie einen beachtlichen Spielraum, eine flexible Rechtsfortbildung zu betreiben. Hiervon haben die Konventionsorgane, deren Kasuistik bei der Bestimmung des Schutzzumfangs von Art. 3 EMRK eine zentrale Bedeutung zukommt, reichlich Gebrauch gemacht.⁴³⁸

Art. 3 EMRK verbietet die Folter sowie unmenschliche und erniedrige Behandlung einer Person in einer allgemeinen Weise und enthält keine kontextspezifischen Merkmale hinsichtlich seines Anwendungsbereichs. Die Vorschrift gilt somit für jeden staatlichen Eingriff in die Rechtssphäre der Einzelnen. Um die speziellen Umstände jedes Einzelfalls bei der Beurteilung einer Verletzung dieses absoluten Verbots angemessen in Betracht zu ziehen, hat der EGMR Fallgruppen gebildet.⁴³⁹ In diesem Zusammenhang macht die Behandlung des Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung einen wichtigen Bestandteil seines Fallrechts aus. Bevor im Folgenden darauf ausführlich eingegangen wird, gilt es hier zunächst, die Grundzüge des Gewährleistungsinhalts des Art. 3 EMRK in der Rechtsprechung des EGMR kurz zu skizzieren.

aa) Schutzzumfang des Art. 3 EMRK

Der Schutzzumfang des Art. 3 EMRK besteht aus einem materiellen sowie einem prozessualen Teil. Der materielle Schutzzumfang verbietet grundsätzlich jede staatliche Handlung, die schwere physische und psychische Leiden oder Schmerzen herbeiführt, wobei der Gerichtshof eine gewisse Erheblichkeitsschwelle bezüglich der erlittenen Leiden oder Schmerzen fordert und das unvermeidbare Leiden oder die Demütigung durch eine an sich legitime Behandlung oder Strafe nicht unter Art. 3 EMRK fallen. Diese letzte Voraussetzung verdeutlicht die immanente Einschränkung des Art. 3 EMRK und wirft weiter die Frage nach der Bedeutung der Absolutheit dieser Vorschrift auf, die nach dem Gerichtshof ihr Wesensmerkmal

⁴³⁷ EKMR *Irland ./. GB* Bericht v. 25.01.1976 S. 376; *Prosenjak*, S. 5; *Grabenwarter*, S. 163 f. Rn. 27; *Frowein*, Art. 3 Rn. 1; *Ambos*, StV 2009, 160.

⁴³⁸ *Villiger*, S. 178 f. Rn. 273; *Prosenjak*, S. 8; *Demko*, HRRS 3/2005, 94; *Frowein*, Art. 3 Rn. 1.

⁴³⁹ Hierzu siehe etwa *Meyer-Ladewig*, Art. 3 Rn. 26 ff.; *Grabenwarter*, S. 171 ff. Rn. 34 ff.; *Villiger*, S. 178 f. Rn. 273; *SK-StPO-Paeffgen*, Art. 3 Rn. 20 ff.; *LR-StPO-Esser*, Art. 3 Rn. 78 ff.

darstellt.⁴⁴⁰ Unter Umständen kann Art. 3 EMRK auch positive Handlungspflichten generieren, um bestimmte Personengruppen vor zu erwartenden Eingriffen durch Privatpersonen oder einen anderen Staat zu schützen.⁴⁴¹ Außerdem muss nach dem Gerichtshof eine Verletzung des materiellen Schutzzumfangs des Art. 3 EMRK jenseits eines angemessenen Zweifels nachgewiesen werden.⁴⁴² Um der Geltung des Folter- und Misshandlungsverbots nach Art. 3 EMRK eine besondere Wirksamkeit zu verleihen, entwickelte der Gerichtshof schließlich einen prozessualen Schutzzumfang des Art. 3 EMRK.⁴⁴³

bb) Begriff der Folter und Misshandlung

Art. 3 EMRK verbietet Vernehmungsmethoden, deren Anwendung Folter und unmenschliche oder erniedrigende Misshandlung darstellen. Eine Definition dieser Handlungen enthält die Konvention nicht. Hierzu zieht der Gerichtshof in seiner gefestigten Rechtsprechung die Folterdefinition des Art. 1 Abs. 1 der UN-Antifolterkonvention heran,⁴⁴⁴ wobei er deren strikte Einhaltung vermeidet.⁴⁴⁵

Folter ist nach Art. 1 Abs. 1 der UN-Konvention grundsätzlich jede Handlung, durch die einer Person vorsätzlich große körperliche oder seelische Schmerzen oder Leiden zugefügt werden, um von ihr oder einem Dritten etwa eine Aussage oder ein Geständnis zu erlangen. Die Definition der unmenschlichen und erniedrigenden Misshandlung nimmt der Gerichtshof durch ihre Abgrenzung von der Folter vor. Während die Folter besonders schwerwiegende und grausame Schmerzen oder Leiden zufügt und somit mit einem gewissen Stigma belegt ist,⁴⁴⁶ ist die Schwere

⁴⁴⁰ EGMR *Jetzen ./. LU* Ur. v. 31.10.2013 § 50; hier siehe *Weigend*, FS für Tak, S. 322; *Schumann*, StV 2006, 663; *Demko*, HRRS 3/2005, 94.

⁴⁴¹ EGMR *Mahmut Kaya ./. TR* Ur. v. 28.03.2000 § 115; EGMR *El Masri ./. MK* Ur. v. 13.12.2012 § 198; EGMR *Busuioc ./. MD* Ur. v. 16.07.2013 §§ 49 ff.; EGMR *Mudric ./. MD* Ur. v. 16.03.2013 §§ 47 ff.; eingehend für die positiven Handlungspflichten aus Art. 3; *Grabenwarter*, S. 170 f. Rn. 33; siehe ferner *Meyer-Ladewig*, Art. 3 Rn. 26; *SK-StPO-Paeffgen*, Art. 3 Rn. 18.

⁴⁴² EGMR *Gäfgen ./. DE* Ur. v. 01.07.2010 § 92.

⁴⁴³ EGMR *Asenov und andere ./. BG* Ur. v. 28.11.1998 § 102; EGMR *Cherkasov ./. RU* Ur. v. 18.10.2011 § 68; EGMR *Taylan ./. TR* Ur. v. 03.07.2012 § 43; zu den rechtspolitischen Gründen des prozessualen Schutzzumfangs, siehe etwa *Meyer-Ladewig*, Art. 3 Rn. 13; *SK-StPO-Paeffgen*, Art. 3 Rn. 18; *Villiger*, zu Artikel 3 EMRK, S. 65; zu den rechtsdogmatischen Gründen siehe *Grabenwarter*, NJW 2010, 3129.

⁴⁴⁴ Für den Wortlaut dieser Vorschrift siehe Anhang: Gesetzestexte.

⁴⁴⁵ EGMR *Belousov ./. UA* Ur. v. 07.11.2013 § 61; EGMR *Selmouni ./. FR* Ur. v. 28.07.1999 § 97 f.; vgl. EGMR *Dikme ./. TR* Ur. v. 11.07.2000 § 94 f., siehe ferner *Esser*, NSZ 2008, 657; *Ambos*, S. 441 Rn. 77; *Grabenwarter*, S. 164 Rn. 28; *Benfer/Bialon*, S. 377 Rn. 1397; *Herbst*, S. 77.

⁴⁴⁶ EGMR *Irland ./. GB* Ur. v. 18.01.1978 § 167; EGMR *Akkoç ./. TR* Ur. v. 10.10.2000 § 115; EGMR *Gäfgen ./. DE* Ur. v. 01.07.2010 § 90; EGMR *Aksoy ./. TR* Ur. v. 18.12.1996 § 63; EGMR *Aydin ./. TR* Ur. v. 25.09.1997 § 82; EGMR *Dikme ./. TR* Ur. v.

der Schmerzen oder Leiden bei einer Misshandlung i.S.v. Art. 3 EMRK vergleichsweise geringer. Abgesehen von der Schwere der Behandlung unterscheidet sich die Folter von den anderen Formen der Misshandlungen auch dadurch, dass sie auch ein Element der Zielgerichtetheit bzw. Absicht beinhaltet.⁴⁴⁷ Eine Behandlung ist nach dem EGMR *unter anderem* dann als unmenschlich i.S.v. Art. 3 EMRK zu betrachten, wenn sie vorsätzlich, stundenlang, ohne Unterbrechung angewendet wurde und dabei eine tatsächliche Körperverletzung oder starkes körperliches und seelisches Leiden verursacht.⁴⁴⁸

Schaut man die Kasuistik des Gerichtshofs genauer an, so ergibt sich, dass die unmenschliche Misshandlung einen Auffangtatbestand darstellt, wenn die Schwere des Leidens im konkreten Fall das erforderliche Stigma nicht erreicht hat. Außerdem bejaht der Gerichtshof das Vorliegen einer unmenschlichen Misshandlung auch dann, wenn keine besondere Absicht vorliegt.⁴⁴⁹ Das Gleiche gilt für eine erniedrigende Misshandlung i.S.v. Art. 3 EMRK. Ausdrücklich betont der Gerichtshof, dass die Behandlung nicht unbedingt zum Zweck der Demütigung oder Entwürdigung vorgenommen werden muss. Eine solche Intention wird jedoch bei der Würdigung des Gerichtshofs in Betracht gezogen.⁴⁵⁰ Die Erniedrigung nimmt der EGMR an, wenn eine Handlung bei der betroffenen Person Gefühle der Angst, Qual und Unterlegenheit verursacht, die geeignet sind, sie zu demütigen und zu entwürdigen und möglicherweise ihren körperlichen und moralischen Widerstand zu brechen. Ferner bejaht der EGMR das Vorliegen von Erniedrigung, wenn der Betroffene dazu gebracht wurde, gegen seinen Willen oder sein Gewissen zu handeln.⁴⁵¹ Die Demütigung und Herabwürdigung kann sowohl in den Augen von Dritten als auch in denen des Betroffenen selbst erfolgen.⁴⁵²

Insgesamt lässt sich konstatieren, dass die Abgrenzung zwischen den drei Handlungsmodalitäten in Art. 3 EMRK graduell und fließend ist und die Folter dabei eine zweckhafte Handlung mit gravierenden Folgen darstellt.⁴⁵³ Dementsprechend

11.07.2000 §§ 91 ff.; siehe ferner *Esser*, NStZ 2008, 657 („ein deutlich höheres Unwerturteil“); *Ambos*, S. 441 Rn. 77 (besondere Verwerflichkeit); *Kinzig*, ZStW 115/2003, 800.

⁴⁴⁷ EGMR *Belousov* ./ UA Ur. v. 07.11.2013 § 61; EGMR *Gäfgen* ./ DE Ur. v. 01.07.2010 § 90.

⁴⁴⁸ EGMR *Gäfgen* ./ DE Ur. v. 01.07.2010 § 89.

⁴⁴⁹ Hierzu eingehend *Prosenjak*, S. 170 f.; *Ambos*, S. 441 Rn. 77; vgl. *Gaede*, HRRS 7/2006, 242; SK-StPO-*Paeffgen*, Art. 3 Rn. 11; *Harris* u.a., S. 75.

⁴⁵⁰ EGMR *Jalloh* ./ DE Ur. v. 11.07.2006 § 68; weitere Nachweise bei *Harris* u.a., S. 92; *Peters/Altwicker*, S. 62. Rn. 7.

⁴⁵¹ EGMR *Andrei Georgiev* ./ BG Ur. v. 26.07.2007 § 53; *Villiger*, zu Artikel 3 EMRK, S. 62; *ders.*, S. 179 Rn. 274; *Gaede*, HRRS 7/2006, 242; SK-StPO-*Paeffgen*, Art. 3 Rn. 113.

⁴⁵² EGMR *Campbell und Consans* ./ GB Ur. v. 25.02.1982 §§ 24 ff.; EGMR *Raninen* ./ FI Ur. v. 16.12.1997 § 55; siehe weiter *Gözübüyük/Gölcüklü*, S. 199 Rn. 427.

⁴⁵³ *Meyer-Ladewig*, Art. 3 Rn. 20; SK-StPO-*Paeffgen*, Art. 3 Rn. 6; *Warnking*, Beweisverbote, S. 68; *Herbst*, S. 78.

ist jede Folterhandlung ebenfalls auch unmenschlich und erniedrigend, so wie jede unmenschliche Handlung auch erniedrigend ist.⁴⁵⁴ Die schwächste Eingriffsintensität hat folglich die Erniedrigung i.S.v. Art. 3 EMRK.⁴⁵⁵

Liegt eine tatbestandsmäßige Vernehmungsmethode vor, so ist das subjektive Tatbestandsmerkmal nur hinsichtlich der Folter von Bedeutung. Dabei schenkt der Gerichtshof bei der Prüfung eher dem Absichtselement als dem Vorsatz seine Beachtung, weil der Letztere wohl bei einer entsprechenden Absicht inbegriffen ist.⁴⁵⁶ Das Vorliegen der besonderen Absicht der Ermittlungsorgane, den Beschuldigten durch Folter zu belastenden Äußerungen zu veranlassen, schlussfolgert der Gerichtshof aus den speziellen Umständen des Falles,⁴⁵⁷ unter anderem aus Art und Weise der angewendeten Misshandlungsmethode,⁴⁵⁸ Ausmaß der angewendeten Gewalt,⁴⁵⁹ Kontext des Vorfalles,⁴⁶⁰ Folgen der Misshandlung⁴⁶¹ oder Vorliegen eines abgelegten Geständnisses.⁴⁶² Hat die Misshandlung die für Folter erforderliche Intensität nicht erreicht, so stellt der Gerichtshof trotz des Vorliegens der entsprechenden Absicht der Ermittlungsorgane nur die Verletzung des Misshandlungsverbots gemäß Art. 3 EMRK fest, wenn die Eingangsschwelle überschritten ist.⁴⁶³

⁴⁵⁴ EMRK *Irland* ./ *GB* Bericht v. 25.01.1976 S. 377; *Frowein*, Art. 3 Rn. 2.

⁴⁵⁵ SK-StPO-*Paeffgen*, Art. 3 Rn. 113; *Ambos*, S. 442 Rn. 78; *Grabenwarter*, S. 167 Rn. 31.

⁴⁵⁶ Vgl. EGMR *Aksoy* ./ *TR* Ur. v. 18.12.1996 § 64; EGMR *Selmouni* ./ *FR* Ur. v. 28.07.1999 § 98; EGMR *Batu und andere* ./ *TR* Ur. v. 03.06.2004 § 118; EGMR *Aydın* ./ *TR* Ur. v. 25.09.1997 § 85; EGMR *Selmouni* ./ *FR* Ur. v. 28.07.1999 § 98.

⁴⁵⁷ EGMR *Taylan* ./ *TR* Ur. v. 03.07.2012 § 40; EGMR *Gäfgen* ./ *DE* Ur. v. 01.07.2010 § 104.

⁴⁵⁸ EGMR *Aksoy* ./ *TR* Ur. v. 18.12.1996 § 64; EGMR *Baran und Hun* ./ *TR* Ur. v. 20.05.2010 § 55; EGMR *Tarasov* ./ *UA* Ur. v. 31.10.2013 § 64 f.; EGMR *Selmouni* ./ *FR* Ur. v. 28.07.1999 § 98.

⁴⁵⁹ EGMR *Dikme* ./ *TR* Ur. v. 11.07.2000 § 87; EGMR *Durmuş Kurt und andere* ./ *TR* Ur. v. 31.05.2007 § 30; EGMR *Karagöz und andere* *TR* Ur. v. 13.07.2010 §§ 44 ff.; EGMR *Serdar Güzel* ./ *TR* Ur. v. 15.03.2011 § 37.

⁴⁶⁰ EGMR *Aydın* ./ *TR* Ur. v. 25.09.1997 § 85; EGMR *Abdulsamet Yaman* ./ *TR* Ur. v. 02.11.2004 § 47; EGMR *Salman* ./ *TR* Ur. v. 27.06.2000 § 115; EGMR *Koçak* ./ *TR* Ur. v. 03.05.2007 § 48; EGMR *Virabyan* ./ *AM* Ur. v. 02.10.2012 § 157.

⁴⁶¹ EGMR *Batu und andere* ./ *TR* Ur. v. 03.06.2004 § 118; EGMR *Kaverzin* ./ *UA* Ur. v. 15.05.20012 § 123; EGMR *Kaçıu und Kotorri* ./ *AL* Ur. v. 25.06.2013 § 98 f.; EGMR *Nasakin* ./ *RU* Ur. v. 18.07.2013 § 54.

⁴⁶² EGMR *Aktaş* ./ *TR* Ur. v. 24.04.2004 § 319; siehe ferner EGMR *Nechiporuk und Yonkalo* ./ *UA* Ur. v. 21.04.2011 § 155.

⁴⁶³ EGMR *Irland* ./ *GB* Ur. v. 18.01.1978 § 167; EGMR *Tomasi* ./ *FR* Ur. v. 27.08.1992 §§ 112 ff.; EGMR *Tekin* ./ *TR* Ur. v. 09.06.1998 § 53; EGMR *Altay* ./ *TR* Ur. v. 22.05.2001 §§ 51 ff.; EGMR *Soner und andere* ./ *TR* Ur. v. 27.04.2006 §§ 43 ff.; EGMR *Gladyshev* ./ *RU* Ur. v. 20.07.2009 §§ 54 ff.; EGMR *Yusuf Gezer* ./ *TR* Ur. v. 01.12.2009 §§ 31 ff.; EGMR *Alchagin* ./ *RU* Ur. v. 17.01.2012 § 57; EGMR *Nasakin* ./ *RU* Ur. v. 18.07.2013 § 54; siehe auch *Herbst*, S. 77.

Art. 3 EMRK verbietet nach dem EGMR die Anwendung der Gewalt nicht per se.⁴⁶⁴ In diesem Zusammenhang räumt er dem beklagten Vertragsstaat ein, „eine plausible Erklärung“ für die Herkunft der Verletzungen zu geben, wenn der Betroffene in einem guten Gesundheitszustand in den Polizeigewahrsam genommen wurde und bei der Freilassung Verletzungen hat. Damit kann der Vertragsstaat die körperliche Gewaltanwendung durch den Nachweis des selbstverschuldeten Verhaltens des Betroffenen, etwa des Fluchtversuchs oder des Widerstands gegen die Festnahme, rechtfertigen, wenn diese erforderlich und verhältnismäßig war.⁴⁶⁵

Anders als bei selbstverschuldetem Verhalten rechtfertigen die Erfordernisse der Ermittlungen und die unweigerlichen Schwierigkeiten der Verbrechensbekämpfung, vor allem von Terrorismus oder organisierter Kriminalität, keinen Eingriff in die physische Integrität eines Beschuldigten, um von ihm ein Geständnis zu erlangen.⁴⁶⁶ Das Gleiche gilt für die Androhung einer nach Art. 3 verbotenen Handlung, selbst dann, wenn dadurch der Beschuldigte zur Preisgabe des Aufenthaltsortes eines in Lebensgefahr befindlichen entführten Kindes gezwungen werden soll, also zum Schutz des Lebens. Nach dem Gerichtshof gestatten die „philosophischen Grundlagen“, die den absoluten Charakter des in Artikel 3 verankerten Rechts begründen, keine Ausnahme, Rechtfertigung oder Interessenabwägung.⁴⁶⁷

Nach diesen allgemeinen Ausführungen stellt sich die Frage, welche konkrete Gestalt von Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Misshandlung solche zwangsweisen Vernehmungen annehmen können.

cc) Verbotene Vernehmungsmethoden

Eine gründliche Analyse der Kasuistik in der Rechtsprechung des EGMR ergibt, dass sich diese Vernehmungsmethoden in drei grobe Fallgruppen einteilen lassen, namentlich körperliche Übergriffe (1), Misshandlungen ohne körperliche Spuren (2) und als dritte Fallgruppe verbale Übergriffe (3).

⁴⁶⁴ EGMR *Ertuş* ./ TR Ur t. v. 05.11.2013 § 28; so auch im Ergebnis *Schumann*, StV 2006, 663.

⁴⁶⁵ EGMR *Satik und andere* ./ TR Ur t. v. 10.10.2000 § 54; EGMR *Tuncer und Durmuş* ./ TR Ur t. v. 02.11.2004 § 37; EGMR *El Masri* ./ MK Ur t. v. 13.12.2012 § 207; hierzu siehe SK-StPO-Paeffgen, Art. 3 Rn. 5; *Peters/Altwicker*, S. 60 Rn. 2.

⁴⁶⁶ EGMR *Tomasi* ./ FR Ur t. v. 27.08.1992 § 115; EGMR *Tekin* ./ TR Ur t. v. 09.06.1998 § 53; EGMR *Selmouni* ./ FR 28.07.1999 §§ 95, 99; EGMR *Gladyshev* ./ RU Ur t. v. 30.07.2009 § 51; *Meyer-Ladewig*, Art. 3 Rn. 1 ff.; *Harris* u.a., S. 69.

⁴⁶⁷ EGMR *Gäfen* ./ DE Ur t. v. 01.07.2010 § 107; siehe ferner *Meyer-Ladewig*, Art. 3 Rn. 1 ff.; *Grabenwarter*, NJW 2010, 3128; LR-StPO-Esser, Art. 3 Rn. 14; *ders.*, NSTZ 2008, 657; SK-StPO-Paeffgen, Art. 3 Rn. 3; *Gözübüyük/Gölcüklü*, S. 198 Rn. 425; *Frowein*, Folterverbot, S. 69; *Peters/Altwicker*, S. 61 Rn. 3; *Kinzig*, ZStW 115/2003, 798; *Benfer/Bialon*, S. 377 Rn. 1397a f.; a.A. *Harris* u.a., S. 70; vgl. *Prosenjak*, S. 235 f., der die Absolutheit des Art. 3 nur hinsichtlich der Folter annimmt; *Ambos*, S. 443 Rn. 80, der auf die immanenten Einschränkungen hinweist; vgl. *Grabenwarter*, S. 170 Rn. 32, nach dem die Prüfung der Interessenabwägung im Rahmen der Grundrechtsüberprüfung auf dieser Ebene erfolgt; siehe auch *Herbst*, S. 77.

(1) Körperliche Übergriffe

Nach dem EGMR trägt der Staat die Verantwortung für das Wohlbefinden aller Personen in seinem Gewahrsam und hat die Pflicht, diese zu schützen.⁴⁶⁸ Jeder Rückgriff auf körperliche Gewalt gegen Personen, denen die Freiheit entzogen ist, verletzt grundsätzlich die Menschenwürde und das Verbot nach Art. 3 EMRK.⁴⁶⁹ Dabei kommt es grundsätzlich weder auf die Schwere des körperlichen Übergriffs auf den Betroffenen noch auf die seiner Folgen an,⁴⁷⁰ wobei der Gerichtshof die Überschreitung einer gewissen Erheblichkeitsschwelle für die Anwendbarkeit dieser Vorschrift voraussetzt (hierzu gleich unten). Ebenso genügt dem EGMR allein das Vorliegen körperlicher Verletzungen, die sich der Betroffene während seines Gewahrsams zugezogen hat, um den Verstoß gegen den materiellen Schutzzumfang des Art. 3 festzustellen, solange die innerstaatlichen Behörden den plausiblen Zusammenhang zwischen der von ihm behaupteten Misshandlung und den Verletzungen nicht durch eine befriedigende und überzeugende Erklärung widerlegen.⁴⁷¹

In der Regel trifft der EGMR eine Prognoseentscheidung darüber, ob die erlittenen Leiden oder Schmerzen infolge der fraglichen körperlichen Verletzung hinreichend schwer waren, um in den Anwendungsbereich des Art. 3 EMRK zu fallen, also als Folter oder unmenschliche oder erniedrigende Misshandlung i.S.v. Art. 3 EMRK eingestuft zu werden.⁴⁷² Dieses Vorgehen ist nicht unproblematisch. Denn der Gerichtshof vermeidet es somit, den konkreten körperlichen Übergriff zu bezeichnen.⁴⁷³ Die genaue Bezeichnung der verbotenen Verhaltensweise ist im Hinblick auf die Konkretisierung des Schutzzumfangs des Art. 3 EMRK von Bedeutung. In einigen Entscheidungen nahm der Gerichtshof zwar an, dass aus den festgestellten forensischen Befunden die konkreten Handlungen abgeleitet werden

⁴⁶⁸ EGMR *Mesut Deniz* ./ TR Urt. v. 05.11.2013 § 47.

⁴⁶⁹ EGMR *Tomasi* ./ FR Urt. v. 27.08.1992 § 115; EGMR *Ribitsch* ./ AT Urt. v. 04.12.1995 § 38; EGMR *El Masri* ./ MK Urt. v. 13.12.2012 § 207; EGMR *Ochelkov* ./ RU Urt. v. 11.04.2013 § 82; EGMR *Nasakin* ./ RU Urt. v. 18.07.2013 § 48; siehe ferner *Gözübüyük/Gölcükli*, S. 200 Rn. 432; *Demko*, HRRS 3/2005, 99; so auch im Ergebnis *Weigend*, FS für Tak, S. 336.

⁴⁷⁰ *Esser*, NSStZ 2008, 657; hierzu siehe EGMR *Tuncer und Durmuş* ./ TR Urt. v. 02.11.2004 §§ 34 ff.; EGMR *Biyani* ./ TR Urt. v. 03.02.2005 § 45; vgl. EGMR *Hulki Güneş* ./ TR Urt. v. 19.06.2003 § 74; EGMR *Ayşe Tepe* ./ TR Urt. v. 22.07.2003 § 41 f.

⁴⁷¹ Vgl. EGMR *Mesut Deniz* ./ TR Urt. v. 05.11.2013 § 43; EGMR *Ertuş* ./ TR Urt. v. 05.11.2013 § 27; EGMR *Tarasov* ./ UA Urt. v. 31.10.2013 § 63.

⁴⁷² EGMR *Algür* ./ TR Urt. v. 22.10.2002 §§ 34 ff.; siehe ferner EGMR *Soner und andere* ./ TR Urt. v. 27.04.2006 §§ 43 ff.; EGMR *Tekin* ./ TR Urt. v. 09.06.1998 § 53; EGMR *Büyükdag* ./ TR 21.12.2000 §§ 52 ff.; EGMR *Tuncer und Durmuş* ./ TR Urt. v. 02.11.2004 §§ 34 ff.; EGMR *Yazıcı und andere* ./ TR Urt. v. 23.04.2013 § 24; EGMR *Kaçıu und Kotorri* ./ AL Urt. v. 25.06.2013 § 98.

⁴⁷³ Hierzu siehe etwa EGMR *Emirhan Yıldız und andere* ./ TR Urt. v. 05.12.2006 § 45; EGMR *Nasakin* ./ RU Urt. v. 18.07.2013 §§ 51 ff.

können.⁴⁷⁴ Seine diesbezügliche Kasuistik ist aber widersprüchlich und nicht hinreichend präzise.⁴⁷⁵ Schließlich ist die Feststellung tatbestandsmäßiger Handlungen nach Art. 3 EMRK in der Rechtsprechung des EGMR deswegen nicht immer klar, weil der Gerichtshof die Verletzung auf eine Kombination aus mehreren Handlungen zurückführt. Es ist daher nicht leicht zu erkennen, ob jedes einzelne Verhalten allein die Verletzung des Art. 3 begründen kann.

In seiner Spruchpraxis hat der Gerichtshof folgende Handlungen der körperlichen Gewalt als tatbestandsmäßige Vernehmungsmethode nach Art. 3 EMRK anerkannt: Vergewaltigung (Folter),⁴⁷⁶ den Einsatz des sogenannten Palästinensischen Hakens (Folter),⁴⁷⁷ *bastinado* bzw. *falaka* (Folter),⁴⁷⁸ den Einsatz von Elektroschocks (Folter),⁴⁷⁹ schwere Prügel (Folter),⁴⁸⁰ schwere Prügel und Drehen und Zerquetschen von männlichen Geschlechtsorganen (Folter),⁴⁸¹ *falaka*, Beschimpfungen, Schlafentzug und körperliche Übergriffe (insgesamt Folter),⁴⁸² Prügel und der Einsatz von Elektroschocks (insgesamt Folter),⁴⁸³ mehrmalige Schläge ins Gesicht; Schulter, Rücken und Arme Elektroschocks auszusetzen (insgesamt Fol-

⁴⁷⁴ EGMR *Tomasi* ./ FR Ur t. v. 27.08.1992 § 115; EGMR *Kişmir* ./ TR Ur t. v. 31.05.2005 § 131; EGMR *Abdulsamet Yaman* ./ TR Ur t. v. 02.11.2004 §§ 45 ff.; EGMR *Mahmut Kaya* ./ TR Ur t. v. 28.03.2000 § 118; EGMR *Bakbak* ./ TR Ur t. v. 01.07.2004 §§ 48 ff.; zu den möglichen Nachwirkungen des wiederholt eingesetzten Elektroschocks und mit den üblichen mit einer langen Anwendung des „Palästinensischen Hakens“ übereinstimmenden Befunden siehe EGMR *Dikme* ./ TR Ur t. v. 11.07.2000 §§ 76 ff.; EGMR *Aktaş* ./ TR Ur t. v. 24.04.2004 § 319; EGMR *Durmuş Kurt und andere* ./ TR Ur t. v. 31.05.2007 § 29; EGMR *Karagöz und andere* ./ TR Ur t. v. 13.07.2010 § 44; EGMR *Koçak* ./ TR Ur t. v. 03.05.2007 § 47 f.; EGMR *Serdar Güzel* ./ TR Ur t. v. 15.03.2011 § 36; EGMR *Baran und Hun* ./ TR Ur t. v. 20.05.2010 § 52; nicht konsequent EGMR *Hasan Kılıç* ./ TR Ur t. v. 28.06.2005 § 38.

⁴⁷⁵ Vgl. EGMR *Sunal* ./ TR Ur t. v. 25.01.2005 §§ 44 ff.; EGMR *Gültekin und andere* ./ TR Ur t. v. 31.05.2005 §§ 20 ff.; EGMR *Hulki Güneş* ./ TR Ur t. v. 19.06.2003 § 73.

⁴⁷⁶ EGMR *Aydın* ./ TR Ur t. v. 25.09.1997 § 86; *Herbst*, S. 80.

⁴⁷⁷ Das Aufhängen an den auf dem Rücken zusammengebundenen Armen. EGMR *Aksoy* ./ TR Ur t. v. 18.12.1996 § 64; ebenso EGMR *Batu und andere* ./ TR Ur t. v. 03.06.2004 § 117; EGMR *Baran und Hun* ./ TR Ur t. v. 20.05.2010 §§ 52 ff.; *Herbst*, S. 80; *Peukert*, 23. Strafverteidigertag, S. 56.

⁴⁷⁸ Hiebe auf den mittleren Bereich der Fußsohle bzw. auf Ballen, Ferse und Zehen. EGMR *Othman* ./ GB Ur t. v. 17.01.2012 § 270; EGMR *Salman* ./ TR Ur t. v. 27.06.2000 § 113; hierzu siehe ferner EGMR *Gök und Güler* ./ TR Ur t. v. 28.07.2009 § 36; EGMR *Sacettin Yıldız* ./ TR Ur t. v. 05.06.2007 § 33 f.; EGMR *Levinta* ./ MD Ur t. v. 16.12.2008 § 71; *Peukert*, 23. Strafverteidigertag, S. 56.

⁴⁷⁹ EGMR *Tarasov* ./ UA Ur t. v. 31.10.2013 § 64 f.; EGMR *Nechiporuk und Yonkalo* ./ UA Ur t. v. 21.04.2011 § 157; EGMR *Grigoryev* ./ UA Ur t. v. 15.05.2012 § 64; *Herbst*, S. 80.

⁴⁸⁰ Sodass der Beschuldigte nur mithilfe der Polizeibeamten dem Richter vorgeführt werden konnte, EGMR *Kaçıu und Kotorri* ./ AL Ur t. v. 25.06.2013 § 98.

⁴⁸¹ EGMR *Mesut Deniz* ./ TR Ur t. v. 05.11.2013 §§ 46 ff.

⁴⁸² EGMR *Batu und andere* ./ TR Ur t. v. 03.06.2004 § 114 ff.

⁴⁸³ EGMR *Taylan* ./ TR Ur t. v. 03.07.2012 § 40.

ter),⁴⁸⁴ an den Haaren ziehen, in einer schwierigen Körperposition zum Laufen auf dem Flur mit Polizeibeamten zwingen, zum Niederknien zwingen und verbal beleidigen, mit Urin bespritzen, zum Lutschen am Penis des Beamten auffordern und mit einer Lötlampe und einer Spritze bedrohen (insgesamt Folter);⁴⁸⁵ der Einsatz von Elektroschocks, übergießen mit warmem und kaltem Wasser und auf den Kopf schlagen (insgesamt Folter);⁴⁸⁶ Beschimpfungen, Übergriffe, nackt ausziehen, Augen verbinden und mit kaltem Wasser bespritzen (insgesamt Folter);⁴⁸⁷ schwere Schläge, die zum Verlust eines Auges führten (Folter);⁴⁸⁸ schwere Körperverletzungen infolge von Fesselung an einen Metallring an der Wand, Einsatz vom Tränengas und Tritte auf Brust, Kopf, Hals und Rücken (insgesamt Folter);⁴⁸⁹ schwere Schläge mit einem Metallobjekt und Tritte auf Rücken, Brust, Rippen und Testikel, welche zum Verlust des linken Testikels führten (insgesamt Folter);⁴⁹⁰ körperliche Übergriffe, die mehrere Blutergüsse auf Brust, Rücken und Hüfte hinterließen sowie mehrere post-traumatische Auswirkungen hatten, wie Kopfschmerzen, Schwierigkeiten beim Urinieren und Atmen (insgesamt Folter);⁴⁹¹ körperliche Übergriffe, die Weichteilanschwellungen, zahlreiche Prellungen und Kratzer auf verschiedenen Bereichen des Körpers, insbesondere Gesicht und Intimbereich hinterließen (insgesamt Folter);⁴⁹² eine schwere Verletzung am Kopf (unmenschliche Behandlung),⁴⁹³ eine Brustwunde und einige Verletzungen am Bein und Fuß (unmenschlich und erniedrigend),⁴⁹⁴ Kieferbruch (unmenschlich und erniedrigend),⁴⁹⁵ Schläge und Tritte (insgesamt unmenschlich und erniedrigend);⁴⁹⁶ das Verbinden der Augen in

⁴⁸⁴ EGMR *Polonskiy* ./ *RU* Urt. v. 19.03.2009 § 124.

⁴⁸⁵ EGMR *Selmouni* ./ *FR* Urt. v. 28.07.1999 § 103; *Herbst*, S. 80.

⁴⁸⁶ EGMR *Akkoç* ./ *TR* Urt. v. 10.10.2000 § 116; siehe ferner EGMR *Salman* ./ *TR* Urt. v. 27.06.2000 § 113; EGMR *Ilhan* ./ *TR* Urt. v. 27.06.2000 § 86; vgl. EGMR *Çakıcı* ./ *TR* Urt. v. 08.07.1999 § 92.

⁴⁸⁷ EGMR *Elçi und andere* ./ *TR* Urt. v. 13.11.2003 § 641.

⁴⁸⁸ EGMR *Kaverzin* ./ *UA* Urt. v. 15.05.20012 § 123 f.; vgl. EGMR *Valyayev* ./ *RU* Urt. v. 14.02.2012 § 57, in dem der EGMR das Verprügeln des Beschuldigten durch mehrere Polizeibeamten für mehr als eine Stunde zwecks Erlangung eines Geständnisses wegen dessen Brutalität und Absicht als Folter bezeichnete; vgl. EGMR *Menesheva* ./ *RU* Urt. v. 09.05.2006 § 56.

⁴⁸⁹ EGMR *Aleksakhin* ./ *UA* Urt. v. 19.07.2012 §§ 51 ff.

⁴⁹⁰ EGMR *Virabyan* ./ *AM* Urt. v. 02.10.2012 § 157.

⁴⁹¹ EGMR *Korobov* ./ *UA* Urt. v. 21.07.2011 § 73.

⁴⁹² EGMR *Belousov* ./ *UA* Urt. v. 07.11.2013 § 67 f.

⁴⁹³ EGMR *Altay* ./ *TR* Urt. v. 22.05.2001 §§ 51 ff.

⁴⁹⁴ EGMR *Nasakin* ./ *RU* Urt. v. 18.07.2013 §§ 51 ff.

⁴⁹⁵ EGMR *Dizme* ./ *TR* Urt. v. 20.10.2005 § 85.

⁴⁹⁶ EGMR *Kaya* ./ *TR* Urt. v. 25.09.2012 § 35; siehe ferner EGMR *Eylem Baş* ./ *TR* Urt. v. 16.10.2012 § 33 f.; EGMR *Mustafa Tatan* ./ *TR* Urt. v. 26.06.2012 § 44 f.; EGMR *Hulki Güneş* ./ *TR* Urt. v. 19.06.2003 § 73; EGMR *Filatov* ./ *RU* Urt. v. 08.11.2011 §§ 60 ff.; EGMR *Cherkasov* ./ *RU* Urt. v. 18.10.2011 § 66; EGMR *Alchagin* ./ *RU* Urt. v. 17.01.2012 §§ 52 ff.; EGMR *Yazıcı und andere* ./ *TR* Urt. v. 23.04.2013 § 24.

einer Weise, die Verletzungen hinterließ (unmenschlich und erniedrigend);⁴⁹⁷ Beschimpfungen, Entwürdigungen, Ohrfeigen, das Verbinden der Augen und Zwingen zum Unterschreiben vorgelegter Dokumente (unmenschlich);⁴⁹⁸ Hand-falaka (Verletzung des Art. 3),⁴⁹⁹ Schläge auf den Rücken (Verletzung des Art. 3);⁵⁰⁰ Anwendung eines stumpfen festen Gegenstands mit einer schmalen Fläche oder Schläge, Faustschläge und Fußtritte, welche mehrere Verletzungen am Körper und insbesondere Rippenbrüche herbeiführten (Verletzung des Art. 3)⁵⁰¹ sowie eine Prellung auf der rechten Niere (Verletzung des Art. 3).⁵⁰²

(2) Misshandlungen ohne körperliche Spuren

Nicht nur Übergriffe auf die physische Integrität eines Beschuldigten fügen diesem schwerwiegende Leiden und Schmerzen zu.⁵⁰³ In derselben Intensität kann er auch zu belastenden Äußerungen veranlasst und der materielle Schutzzumfang des Art. 3 EMRK verletzt werden, wenn ihm Misshandlungen zugefügt werden, die keine körperlichen Spuren hinterlassen.⁵⁰⁴

In seiner Rechtsprechung berücksichtigt der EGMR eine Vielzahl derartiger Misshandlungen in der Kombination mit anderen tatsächlichen Übergriffen bei der Feststellung einer Verletzung des Art. 3 EMRK, etwa Schlafentzug,⁵⁰⁵ Nahrungsmittelentzug,⁵⁰⁶ nackt ausziehen,⁵⁰⁷ Augen verbinden und zwingen zum Unterschreiben vorgelegter Dokumente,⁵⁰⁸ die Fortsetzung der Polizeihaft des Beschul-

⁴⁹⁷ EGMR *Tekin* ./ TR Urt. v. 09.06.1998 § 53, siehe ferner EGMR *Büyükdag* ./ TR 12.12.2000 §§ 52 ff.; EGMR *Altay* ./ TR Urt. v. 22.05.2001 §§ 51 ff.; EGMR *Soner und andere* ./ TR Urt. v. 27.04.2006 §§ 43 ff.

⁴⁹⁸ EGMR *Elçi und andere* ./ TR Urt. v. 13.11.2003 § 641; siehe weiter EGMR *Akdeniz und andere* ./ TR Urt. v. 31.05.2001 § 98.

⁴⁹⁹ EGMR *Karakaş und Yeşilirmak* ./ TR Urt. v. 28.06.2005 §§ 36 ff.

⁵⁰⁰ EGMR *Yavuz* ./ TR Urt. v. 10.01.2006 §§ 39 ff.; siehe ferner EGMR *Aşan und andere* ./ TR Urt. v. 31.07.2007 § 72 f.

⁵⁰¹ EGMR *Gladyshev* ./ RU Urt. v. 20.07.2009 §§ 54 ff.

⁵⁰² EGMR *Gerashchenko* ./ UA Urt. v. 07.11.2013 §§ 86 ff.

⁵⁰³ EGMR *Nasakin* ./ RU Urt. v. 18.07.2013 § 48.

⁵⁰⁴ EGMR *Irland* ./ GB Urt. v. 18.01.1978 § 167; hierzu siehe auch *Harris* u.a., S. 78 f.; *Meyer-Ladewig*, Art. 3 Rn. 26; SK-StPO-Paeffgen, Art. 3 Rn. 7; *Grabenwarter*, S. 164 Rn. 28; *Frowein*, Folterverbot, S. 73.

⁵⁰⁵ EGMR *Batu und andere* ./ TR Urt. v. 03.06.2004 § 114 ff.

⁵⁰⁶ EGMR *Hajnal* ./ RS Urt. v. 19.06.2012 § 91; vgl. EGMR *Dvorski* ./ HR Urt. v. 28.11.2013 §§ 70 ff.

⁵⁰⁷ EGMR *Elçi und andere* ./ TR Urt. v. 13.11.2003 § 641.

⁵⁰⁸ EGMR *Akdeniz und andere* ./ TR Urt. v. 31.05.2001 § 98; EGMR *Tekin* ./ TR Urt. v. 09.06.1998 §§ 52 ff.

digten um 14 Tage ohne einen rechtlichen und medizinischen Beistand,⁵⁰⁹ die Vernehmung des Beschuldigten in der Nacht⁵¹⁰ oder Kälte und Dunkelheit in der Polizeizelle.⁵¹¹

Im Nordirland-Fall stellte der Gerichtshof das Vorliegen einer unmenschlichen und erniedrigenden Misshandlung i.S.v. Art. 3 EMRK nur bei dem kombinierten Einsatz der sogenannten sinnraubenden Vernehmungsmethoden fest. Diese bestanden aus folgenden Handlungen: dem An-die-Wand-Anlehnen (*wall-standing*), Überziehen einer Kapuze (*hooding*), dem Lärm-Aussetzen (*subjection to noise*), Schlaf- und Nahrungsmittelentzug.⁵¹² Es stellt sich nun die Frage, ob die Anwendung einzelner oder einiger Methoden der oben genannten Misshandlungen ohne körperliche Spuren zur Bejahung der Verletzung des Art. 3 EMRK ausreicht. Eine solche Tendenz lässt sich in der jüngsten Rechtsprechung des Gerichtshofs beobachten. Demnach habe das Folter- und Misshandlungsverbot einen besonderen Stellenwert in einer demokratischen Gesellschaft und erfordere daher einen breiten Schutzzumfang des Art. 3 EMRK. So war die Behandlung des Beschuldigten im Polizeigewahrsam nach dem EGMR i.S.v. Art. 3 EMRK unmenschlich, weil er bei der polizeilichen Vernehmung zwei Tage und 19 Stunden lang weder habe schlafen noch essen dürfen und permanent auf einem Stuhl sitzen musste.⁵¹³ Im Fall *Leney* nahm der Gerichtshof an, dass das Ziehen einer Kapuze über den Kopf des Beschuldigten an sich unter Umständen eine gemäß Art. 3 EMRK verbotene Behandlung darstellen könnte. Dies sei der Fall, wenn dadurch die Desorientierung des Beschuldigten während der polizeilichen Vernehmung beabsichtigt wird. Anders sei es jedoch, wenn diese Methode zum Schutz des Beschuldigten selbst oder von Polizeibeamten erforderlich ist.⁵¹⁴

⁵⁰⁹ EGMR *Aksoy* ./ TR Bericht v. 18.12.1996 § 57; ähnlich auch EGMR *Baran und Hun* ./ TR Ur. v. 20.05.2010 § 51; vgl. EGMR *Sadak* ./ TR Ur. v. 08.04.2004 § 46; EGMR *Yurttaş* ./ TR Ur. v. 27.05.2004 § 48 f., in denen der EGMR entschied, dass das Festhalten eines Beschuldigten elf Tage lang und ohne Gewährung des Zugangs zur Außenwelt die Eingangsschwelle von Art. 3 nicht erreicht, weil er weder vernommen wurde noch vollständig isoliert war. Immerhin habe er mit dem Personal und den anderen festgenommenen Personen im Polizeigewahrsam kommunizieren können. Unter diesen Umständen sei nicht anzunehmen, dass die elftägige Isolationshaft *an sich* psychische Leiden bei ihm verursacht hat, die die Schwelle von Art. 3 erreicht hätten; ähnlich bereits EKMR *Raninen* ./ FI Entsch. v. 30.10.1994 § 1 Law.

⁵¹⁰ EGMR *Tomasi* ./ FR Ur. v. 27.08.1992 § 113.

⁵¹¹ EGMR *Tekin* ./ TR Ur. v. 09.06.1998 §§ 52 ff.; vgl. EGMR *Dvorski* ./ HR Ur. v. 28.11.2013 §§ 70 ff.

⁵¹² EGMR *Irland* ./ GB Ur. v. 18.01.1978 § 96.

⁵¹³ EGMR *Mader* ./ HR Ur. v. 21.06.2011 §§ 105 ff.; zu angeblichem Nahrungs- und Schlafentzug sowie unterlassener medizinischer Hilfe als Mittel eines psychischen Aussagedrucks siehe EGMR *Yuriy Volkov* ./ UA Ur. v. 19.12.2013 § 53.

⁵¹⁴ EGMR *Leney* ./ BG Ur. v. 04.12.2012 § 116.

(3) Verbale Übergriffe

Eine tatbestandsmäßige Handlung des Art. 3 EMRK setzt nicht stets einen körperlichen Übergriff voraus, der den Beschuldigten durch Zufügung schwerer physischer und psychischer Leiden oder Schmerzen unter Aussagedruck setzt.⁵¹⁵ Erfasst sind auch verbale Übergriffe. Diese können auf den Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung psychischen Druck ausüben und seinen moralischen Widerstand brechen, indem sie ihm Gefühle von Unterlegenheit, Angst oder Furcht bereiten:⁵¹⁶ so etwa Beschimpfungen,⁵¹⁷ verbale Beleidigungen, das Auffordern zum Lutschen des Penis des Vernehmungsbeamten unter Androhung des Einsatzes einer Lötlampe und Spritze,⁵¹⁸ die Drohung mit der Misshandlung der Kinder⁵¹⁹ oder der hochschwangeren Ehefrau des Beschuldigten⁵²⁰ sowie mit seinem eigenen Tod.⁵²¹

Der Gerichtshof hatte in seiner Rechtsprechung die Tatbestandsmäßigkeit solcher verbaler Übergriffe längst anerkannt,⁵²² allerdings wie bei körperlichen Misshandlungen ohne hinterlassene Spuren nur in Kombination mit anderen Misshandlungen. Erst im Fall *Gäfgen* betrachtete der Gerichtshof die Bedrohung des Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung mit der Zufügung unerträglicher Schmerzen an sich als hinreichend, um die Verletzung des Art. 3 zu bejahen. Die realen und direkten Drohungen mit einer vorsätzlichen und unmittelbar bevorstehenden Misshandlung hätten dem Beschuldigten bei der Vernehmung erhebliche Angst, Qual und seelisches Leiden verursacht.⁵²³ Die Schwere des ausgeübten Drucks und die der erlittenen Leiden hatten jedoch nach dem Gerichtshof nicht das Ausmaß an Grausamkeit, um die Schwelle der Folter zu erreichen. Die Androhung sei aber jedenfalls als unmenschlich i.S.v. Art. 3 EMRK anzusehen.⁵²⁴

⁵¹⁵ EGMR *El Masri* ./ *MK* Urt. v. 13.12.2012 §§ 202 ff.; siehe auch *Kinzig*, ZStW 115/2003, 801.

⁵¹⁶ Vgl. EGMR *Irland* ./ *GB* Urt. v. 18.01.1978 § 167; EGMR *Akkoç* ./ *TR* Urt. v. 10.10.2000 § 116.

⁵¹⁷ EGMR *Batu und andere* ./ *TR* Urt. v. 03.06.2004 § 114 ff.; EGMR *Elçi und andere* ./ *TR* Urt. v. 13.11.2003 § 641.

⁵¹⁸ EGMR *Selmouni* ./ *FR* Urt. v. 28.07.1999 § 103.

⁵¹⁹ EGMR *Akkoç* ./ *TR* Urt. v. 10.10.2000 § 116.

⁵²⁰ EGMR *Nechiporuk und Yonkalo* ./ *UA* Urt. v. 21.04.2011 § 156.

⁵²¹ EGMR *Zamferesko* ./ *UA* Urt. v. 15.11.2012 § 53; EGMR *El Masri* ./ *MK* Urt. v. 13.12.2012 § 202.

⁵²² EGMR *Campbell und Consans* ./ *GB* Urt. v. 25.02.1982 §§ 24 ff.; vgl. EKMR *Kamma* ./ *NL* Beschw. 4771/71 Bericht v. 14.07.1974, CD 42, S. 30, in dem die Kommission die folgende Ermahnung des Vernehmungsbeamten an den Beschuldigten hinsichtlich Art. 3 EMRK unbeachtlich fand, „dass es nun die Zeit ist, zu gestehen. Wir werden uns darum kümmern, dass die Strafe nicht so schwer ausfällt. Sowieso wirst du verurteilt. Du wirst das Polizeigebäude nicht verlassen, bis wir alles wissen“; hierzu siehe auch *Kinzig*, ZStW 115/2003), 800; *Sonderegger*, S. 116; vgl. *Weigend*, FS für Tak, S. 336.

⁵²³ EGMR *Gäfgen* ./ *DE* Urt. v. 01.07.2010 §§ 94 und 103.

⁵²⁴ EGMR *Gäfgen* ./ *DE* Urt. v. 01.07.2010 § 108; vgl. SK-StPO-*Paeffgen*, Art. 3 Rn. 17; *Grabenwarter*, S. 164 Rn. 28.

Handelt es sich bei den bisherigen Ausführungen um die Konkretisierung der Vernehmungsmethoden, die nach Art. 3 EMRK verboten sind, so stellt sich nun die Frage, welche anderen Methoden zwar ebenfalls unzulässig sind, aber nicht unter den genannten Artikel fallen.

dd) Niederschwellige Vernehmungsmethoden

Denn Art. 3 EMRK gewährt dem Beschuldigten keine leidensfreie Vernehmung. Er hat nach der gefestigten Rechtsprechung des Gerichtshofs unvermeidbare Leiden und Erniedrigungen einer legitimen Behandlung, etwa seiner Freiheitsentziehung, hinzunehmen.⁵²⁵ Eine systematische Auslegung des Art. 3 mit Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK, nach dem jedem beim Vorliegen eines angemessenen Verdachts die Freiheit zum Zwecke einer Vernehmung entzogen werden kann,⁵²⁶ ergibt, dass auch die reguläre Durchführung der polizeilichen Vernehmung eines festgenommenen Beschuldigten hierunter fällt.⁵²⁷ Nach dem Gerichtshof setzt die Freiheitsentziehung nicht voraus, dass die Strafverfolgungsbehörden sowohl zur Zeit der Festnahme als auch während des Gewahrsams über hinreichende Beweismittel verfügen, um eine Anklage gegen den Verdächtigten zu erheben. Denn es sei gerade der Zweck seiner Freiheitsentziehung, die Strafverfolgung voranzutreiben, indem der Verdächtige vernommen wird. Die Vernehmung diene somit dem Zweck, den Verdacht zu bestätigen oder ihn zu widerlegen. Die Freiheitsentziehung eines Verdächtigten sei insofern nach Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK nur dann gerechtfertigt, wenn sie diese Zwecke verfolgt. Liege jedoch kein Verdacht vor, so dürfe die Freiheitsentziehung einer Person nicht vorgenommen werden, um sie zur Ablegung eines Geständnisses oder zum Aussagen gegen Drittpersonen zu veranlassen sowie Informationen aus ihr herauszulocken, die einen angemessenen Verdacht gegen sie begründen könnten.⁵²⁸ Unklar ist in der Rechtsprechung des Gerichtshofs, ob eine solche zweckwidrig eingesetzte Freiheitsentziehung gleichzeitig einen Verstoß gegen die Aussagefreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK nach sich zieht.⁵²⁹

Abgesehen von der polizeilichen Vernehmung eines Beschuldigten, bei der ihm die Freiheit entzogen ist, sind nach der ehemaligen Kommission nicht alle Ver-

⁵²⁵ EGMR *Jetzen ./. LU* Ur. v. 31.10.2013 § 50; EGMR *Andrei Georgiev ./. BG* Ur. v. 26.07.2007 § 54.

⁵²⁶ Für den Wortlaut dieser Vorschrift siehe Anhang: Gesetzestexte.

⁵²⁷ So auch im Ergebnis *Roberts/Zuckerman*, S. 543.

⁵²⁸ EGMR *Brogan und andere ./. GB* Ur. v. 29.11.1998 § 53; EGMR *John Murray ./. GB* Ur. v. 28.10.1994 §§ 55 ff.; EGMR *Tuncer und Durmuş ./. TR* Ur. v. 02.12.2005 §§ 46 ff.; EGMR *Saraçoğlu und andere ./. TR* Ur. v. 29.11.2007 §§ 27 ff.; EGMR *Ceborati ./. MD* Ur. v. 13.11.2007 §§ 48 ff.; EGMR *İpek und andere ./. TR* Ur. v. 03.02.2009 § 28 f.

⁵²⁹ Vgl. die zulässige Ausnutzung der Freiheitsentziehung zur Erhebung einer verdeckten Stimmprobe nach EGMR *P.G und J.H ./. GB* Ur. v. 25.09.2001 § 80 oder Videoaufnahme nach EGMR *Perry ./. GB* ZE v. 26.09.2002 § 1 Recht.

nehmungsmethoden konventionsrechtlich bedenklich, die über eine bloße Befragung hinausgehen und einen gewissen Druck auf den Beschuldigten ausüben. Eine solche Befragung könne aufgrund dieser bloßen Tatsachen nicht als unmenschlich i.S.v. Art. 3 EMRK bezeichnet werden. Die Vorschrift weise nämlich ein gewisses Merkmal auf, das die unmenschlichen und erniedrigenden Vernehmungsmethoden von solchen Methoden unterscheidet. Dies sei die Erheblichkeitsschwelle, die unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu beurteilen sei.⁵³⁰ Die Kommission räumte jedoch ein, dass es nicht immer leicht ist, eine Grenzlinie zwischen den „harten Behandlungen“, die die Mindestschwelle des Art. 3 EMRK nicht erreichen, und den verbotenen Misshandlungen zu ziehen.⁵³¹

Der Gerichtshof hat diese Rechtsprechung übernommen und bezeichnet seine Einzelfallprüfung als streng.⁵³² Bereits 1978 im Irland-Fall stellte der EGMR fest, dass es durchaus Gewaltanwendungen geben könne, die sowohl aus moralischen Gründen als auch nach dem innerstaatlichen Recht untersagt sind, jedoch nicht unter Art. 3 der Konvention fallen.⁵³³ Diese Feststellung machte der Gerichtshof bemerkenswerterweise im Kontext der polizeilichen Vernehmung eines Beschuldigten. Eine Analyse seiner Kasuistik ergibt tatsächlich, dass der Gerichtshof nicht jeden invasiven körperlichen Übergriff bei einer polizeilichen Vernehmung als tatbestandsmäßig i.S.v. Art. 3 EMRK erachtet. So hat er in einigen Fällen die Erreichung der Mindestschwelle des Art. 3 bei geringfügigen Spuren körperlicher Verletzungen am Beschuldigten, etwa einem kleinen Bluterguss auf der Unterlippe oder zwei kleinen Kratzern im unteren Kniebereich, verneint.⁵³⁴ Keine Verletzung des Art. 3 hätte außerdem vorgelegen, als eine Beschuldigte bei der polizeilichen Vernehmung an ihren Brüsten angefasst wurde. Sie könnte wegen eines solchen körperlichen Übergriffes zwar durchaus Gefühle von Furcht oder Angst erfahren haben, diese seien jedoch nicht hinreichend, um eine erniedrigende Behandlung i.S.v. Art. 3 zu begründen.⁵³⁵

⁵³⁰ EMRK *Irland ./ GB* Bericht v. 25.01.1976 S. 401 f.; siehe ferner *Villiger*, S. 178. Rn. 272; *Peters/Altwicker*, S. 60 Rn. 2.

⁵³¹ EKMR *McCallum ./ GB* Bericht v. 04.05.1989 § 77; vgl. EKMR *M.A.V./ FR* Entsch. v. 31.08.1994 D&R 79, S. 58 (54–59), nach dem die dreistündige Fesselung des Beschuldigten im Wartezimmer der Polizeihaft an der Heizung mit einer Handschelle in Anwesenheit eines Polizeibeamten keine unmenschliche oder erniedrigende Misshandlung oder seelische oder physische Folter darstelle. Ebenso erreiche die angebliche Verspottung des Beschuldigten die Mindestschwelle gemäß Art. 3 EMRK nicht.

⁵³² EGMR *Orhan ./ TR* Ur. v. 18.06.2002 § 352.

⁵³³ EGMR *Irland ./ GB* Ur. v. 18.01.1978 § 167.

⁵³⁴ EGMR *Gök und Güler ./ TR* Ur. v. 28.07.2009 § 36 f.; in diese Richtung auch EGMR *Ahmet Mete ./ TR* Ur. v. 12.12.2006 § 33; EGMR *Emirhan Yıldız und andere ./ TR* Ur. v. 05.12.2006 § 46; EGMR *Muhammet Şahin ./ TR* Ur. v. 22.09.2007 § 32 f.; EGMR *Mücahit und Rıdvan Karataş ./ TR* Ur. v. 14.06.2007 §§ 29 ff.; EGMR *Aşan und andere ./ TR* Ur. v. 31.07.2007 § 74 f.; EGMR *Çelik und İmret ./ TR* Ur. v. 26.10.2004 §§ 46 ff.; EGMR *K.Ö. ./ TR* Ur. v. 11.12.2007 §§ 40 ff.

⁵³⁵ EGMR *Hüsnüye Tekin ./ TR* Ur. v. 22.10.2005 § 48.

Es lässt sich somit konstatieren, dass Art. 3 EMRK nicht alle Misshandlungen bei der polizeilichen Vernehmung umfasst, die den Beschuldigten durch Zufügung von physischen oder psychischen Leiden unter Druck setzen. In solchen Fällen fungiert Art. 8 EMRK als Auffangtatbestand, der die physische und psychische Integrität eines Beschuldigten umfassend schützt.⁵³⁶

ee) Konzeptionelle Schwächen des Art. 3

Abgesehen von dem Erfordernis einer Eingangsschwelle erweist sich der Schutzzumfang des Art. 3 EMRK zum Schutz der Aussagefreiheit eines Beschuldigten auch aus weiteren Gründen als ungünstig. Erstens liegt das Augenmerk des Gerichtshofs bei der Prüfung einer Verletzung des Art. 3 EMRK im Kontext einer polizeilichen Beschuldigtenvernehmung nicht primär auf dem Schutz der Entscheidungsfreiheit des Beschuldigten als Aussageperson. Zweitens machen zentrale Tatbestandsmerkmale dieser Vorschrift, nämlich schwere Leiden und Schmerzen, es sehr schwierig, einen allgemeinen Katalog verbotener Vernehmungsmethoden des Art. 3 EMRK zu entwickeln. Die Prüfung dieser Merkmale führt dazu, dass sich der EGMR vorrangig mit dem Vorliegen körperlicher Verletzungen, ihren Spuren sowie forensischen Gutachten befasst.⁵³⁷ Die Frage der Beeinträchtigung der Willensfreiheit des Beschuldigten durch die fraglichen Misshandlungen bleibt hierbei völlig außer Acht. Drittens prüft der EGMR eine Verletzung des Art. 3 EMRK beinahe in der Art eines Amtshaftungsprozesses und verlangt ein hohes Beweismaß bei ihrer Feststellung, was in der Praxis des EGMR außer in Ausnahmefällen⁵³⁸ faktisch nur mit forensischen Gutachten zu erbringen ist⁵³⁹ und somit die Rüge einer Verletzung des Art. 3 EMRK für den Beschuldigten erheblich erschwert.⁵⁴⁰ Durch das faktische Erfordernis der Vorlage eines medizinischen Gutachtens entwertet

⁵³⁶ Meyer-Ladewig, Art. 3 Rn. 34; Peters/Altwicker, S. 60 Rn. 2; Warning, Beweisverbote, S. 76 f.; hierzu siehe auch oben Kap. 2, II.B.6.c)aa).

⁵³⁷ Siehe oben Kap. 2, III.C.1.a)cc).

⁵³⁸ Etwa wenn ein innerstaatliches Gericht die Verletzung bereits als erwiesen erachtet hat, so EGMR *Taylan* ./ TR Ur t. v. 03.07.2012 § 37; EGMR *Hüseyin Esen* ./ TR Ur t. v. 08.08.2006 § 44; EGMR *Öktem* ./ TR Ur t. v. 19.10.2006 § 33; EGMR *Yeşil und Sevim* ./ TR Ur t. v. 05.06.2007 § 32; EGMR *Shishkin* ./ RU Ur t. v. 07.07.2011 § 89 f.

⁵³⁹ EGMR *Emirhan Yıldız und andere* ./ TR Ur t. v. 05.12.2006 § 46; siehe ferner EGMR *Fikret Çetin* ./ TR Ur t. v. 13.10.2009 § 25; EGMR *K.Ö.* ./ TR Ur t. v. 11.12.2007 § 40; EGMR *Gökçe und Demirel* ./ TR Ur t. v. 22.06.2006 § 30; EGMR *Suheyla Aydın* ./ TR Ur t. v. 24.05.2005 §§ 189–199; EGMR *Yaşar* ./ TR Ur t. v. 24.01.2006 § 42 f.; EGMR *Karagöz* ./ TR Ur t. v. 08.11.2005 § 74; EGMR *Yoldaş* ./ TR Ur t. v. 23.02.2010 § 33; EGMR *Devrim Turan* ./ TR Ur t. v. 02.03.2006 § 41 f.; EGMR *Balıktaş* ./ TR Ur t. v. 20.10.2009 §§ 27 ff.; EGMR *Mekiye Demirci* ./ TR Ur t. v. 23.04.2013 § 33; EGMR *Lobas* ./ UA Ur t. v. 07.11.2013 §§ 63 ff.; EGMR *Yuriy Volkov* ./ UA Ur t. v. 19.12.2013 §§ 50 ff.

⁵⁴⁰ Kritisch auch Esser, NStZ 2008, 660.

der Gerichtshof bedauerlicherweise andere unmittelbare Beweise, etwa Zeugen⁵⁴¹ oder Videomaterial.⁵⁴² Zwar berücksichtigt der Gerichtshof in seinem strengen Beweisverfahren außerdem Indizien.⁵⁴³ Diese vermögen jedoch beim Fehlen eines medizinischen Gutachtens einen solchen Beweis nicht zu ersetzen.⁵⁴⁴ Im Übrigen ergibt eine gründliche Analyse seiner Rechtsprechung, dass die Indizien nur zur Unterstützung der bereits vorliegenden Befunde eines medizinischen Gutachtens dienen, wobei der Gerichtshof sie teilweise widersprüchlich verwertet.⁵⁴⁵

Diese Rechtsprechung des EGMR überzeugt nicht. Denn es wäre eine Illusion anzunehmen, dass sich ein Vorfall anhand forensischer Beweise stets rekonstruieren lässt.⁵⁴⁶ Vor allem setzt dies ein zuverlässiges, funktionierendes und spezialisiertes Gesundheitswesen des betroffenen Vertragsstaates voraus.⁵⁴⁷ Außerdem stehen die strengen Beweisanforderungen des Art. 3 EMRK im krassen Widerspruch mit der Realität, wo die unmittelbaren Beweise regelmäßig in staatlicher Hand liegen und nicht selten Aussage gegen Aussage steht.⁵⁴⁸ Der Gerichtshof gibt selbst zu, dass Foltermethoden in der Regel im Geheimen und durch speziell dafür geschulte Personen angewendet werden, damit sie u.a. keine körperlichen Spuren hinterlassen.⁵⁴⁹

Erst in der jüngsten Rechtsprechung des EGMR ist teilweise zu beobachten, dass der Gerichtshof die Beweiserfordernisse des Art. 3 EMRK lockert und trotz eines fehlenden medizinischen Gutachtens den Nachweis anhand von Indizienbeweisen zulässt.⁵⁵⁰ Die Lösung liegt allerdings nicht nur darin. Das gesamte Konzept des

⁵⁴¹ EGMR *Shishkin* ./ *RU* Urt. v. 07.07.2011 § 125; EGMR *Grinenko* ./ *UA* Urt. v. 15.12.2012 § 57; vgl. EGMR *Bozdemir und Yeşilmen* ./ *TR* Urt. v. 09.07.2013 § 55.

⁵⁴² EGMR *Ertuş* ./ *TR* Urt. v. 05.11.2013 §§ 29 ff.

⁵⁴³ Zur Hervorhebung der Indizienbeweise im Rahmen des Art. 3 EMRK siehe eingehend *Rudolf*, EuGRZ 1996, 947; *Villiger*, zu Artikel 3 EMRK, S. 70 f.; *Weigend*, FS für Tak, S. 324 f.

⁵⁴⁴ Vgl. EGMR *Devrim Turan* ./ *TR* Urt. v. 02.03.2006 §§ 20 ff.; EGMR *Buntov* ./ *RU* Urt. v. 05.06.2012 § 153; EGMR *Yaremko* ./ *UA* Urt. v. 12.06.2008 § 59.

⁵⁴⁵ EGMR *Nechiporuk und Yonkalo* ./ *UA* Urt. v. 21.04.2011 § 153; EGMR *Sharkunov und Mezentsev* ./ *RU* Urt. v. 10.06.2010 § 77.

⁵⁴⁶ So ausdrücklich auch EGMR *Güzel Züleyha* ./ *TR* Urt. v. 05.12.2006 § 70; siehe außerdem EGMR *Yoldaş* ./ *TR* Urt. v. 23.02.2010 § 33; EGMR *Vanfuli* ./ *RU* Urt. v. 03.11.2011 § 87; EGMR *Selmouni* ./ *FR* Urt. v. 28.07.1999 § 102; EGMR *Salmanoğlu und Polatç* ./ *TR* Urt. v. 17.03.2009 §§ 93 ff.; EGMR *Desde* ./ *TR* Urt. v. 01.02.2011 § 104 f.

⁵⁴⁷ Vgl. EGMR *Abdulkadir Aktaş* ./ *TR* Urt. v. 31.01.2008 § 98.

⁵⁴⁸ *Weigend*, FS für Tak, S. 324.

⁵⁴⁹ EGMR *El Haski* ./ *BE* Urt. v. 25.09.2012 § 86.

⁵⁵⁰ EGMR *Zamferesko* ./ *UA* Urt. v. 15.11.2012 §§ 46 ff.; EGMR *Mader* ./ *HR* Urt. v. 21.06.2011 §§ 101 ff.; EGMR *Hajnal* ./ *RS* Urt. v. 19.06.2012 §§ 83 ff.; EGMR *Kaçun und Kotorri* ./ *AL* Urt. v. 25.06.2013 §§ 95 ff.; EGMR *Mikheyev* ./ *RU* Urt. v. 26.01.2006 §§ 127 ff.; dagegen EGMR *Nezir Adıyaman* ./ *TR* Urt. v. 05.11.2013 §§ 37 ff.; EGMR *Ertuş* ./ *TR* Urt. v. 05.11.2013 §§ 30 ff.

EGMR, jedenfalls im Hinblick auf den konventionsrechtlichen Beschuldigten-schutz im Polizeigewahrsam, gilt es zu überdenken. Anstatt von Begriffen wie „erhebliche Schmerzen“ oder „Leiden“ muss der EGMR die Beeinträchtigung der von dieser Vorschrift geschützten Rechtsgüter, nämlich der Menschenwürde, der physischen und psychischen Integrität des Einzelnen und der Willens- und Gewissensfreiheit, ins Zentrum des Schutzzumfangs des Art. 3 EMRK stellen,⁵⁵¹ wobei die Eingangsschwelle des Art. 3 EMRK weiterhin zu beachten ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass bereits in der Absicht, zur Erlangung belastender Aussagen Eingriffe in die körperliche Integrität eines Beschuldigten vorzunehmen, ein besonderer Unrechtsgehalt liegt und auch geringfügige körperliche Übergriffe, etwa durch eine Ohrfeige, die Verletzung des Art. 3 EMRK begründen.⁵⁵² Es ist daher zu beanstanden, wenn der Gerichtshof einen Scham und Angst auslösenden Eingriff, nämlich das Anfassen der Brüste einer Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung, nicht als hinreichend schwerwiegend betrachtet, um in den Anwendungsbereich des Art. 3 EMRK zu fallen.⁵⁵³ Solche Verletzungen körperlicher Integrität machen einen Beschuldigten stets zum Objekt der staatlichen Macht und von Verstößen gegen seine Würde.⁵⁵⁴

Will man dennoch bei dem traditionellen Verständnis und der Auslegung des Art. 3 EMRK bleiben, so muss der EGMR den konventionsrechtlichen Schutz vor Aussagezwang in den Anwendungsbereich der Ursprungsnorm, also des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK, verlagern. Diesem trägt der EGMR in seiner jüngsten Rechtsprechung durch Entwicklung eines neuen Erfordernisses des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK, nämlich der Freiwilligkeit eines Geständnisses, wohl Rechnung.

Die Vorzüge eines solchen Erfordernisses liegen auf der Hand. Es nimmt angemessen Rücksicht darauf, dass die Grenze zwischen der Verletzung der konventionsrechtlichen Aussagefreiheit durch eine Zwangsanwendung oder andere Vernehmungsmethoden fließend ist und sie sich voneinander schwer trennen lassen.

⁵⁵¹ EKMR *Ireland ./. GB* Bericht v. 25.01.1976 S. 377; EGMR *Tyrer ./. GB* Urte. v. 15.04.1978 §§ 29 ff.; EGMR *Gäfgen ./. DE* Urte. v. 01.07.2010 § 89; EGMR *Andrei Georgiev ./. BG* Urte. v. 26.07.2007 § 53; EGMR *Valasinas ./. LT* Urte. v. 24.07.2011 § 102; vgl. *Gözübüyük/Gölcüklü*, S. 198 Rn. 425; *Peters/Altwicker*, S. 59 f. Rn. 2; LR-StPO-Esser, Art. 3 Rn. 1; *Sonderegger*, S. 109; ausführlich zur Menschenwürde *Meyer-Ladewig*, NJW 2004, 981–984; *McCrudden*, *Christopher*, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, EJIL 19 (2008) 655–724.

⁵⁵² *Nowak/McArthur*, S. 535.

⁵⁵³ EGMR *Hüsnüye Tekin ./. TR* Urte. v. 22.10.2005 § 48; siehe ferner EGMR *Ochelkov ./. RU* Urte. v. 11.04.2013 § 95 f.

⁵⁵⁴ Zur Objektformel des Gerichtshofs im Rahmen des Art. 3 EMRK siehe EGMR *Tyrer ./. GB* Urte. v. 15.04.1978 §§ 29 ff.; siehe ferner EKMR *Ostafrikanische Asiaten ./. GB* Bericht v. 14.12.1973 § 188 ff., nach dem nicht jeder Eingriff in die Menschenwürde Art. 3 EMRK verletzt. Diese Vorschrift schütze die Menschenwürde vor *schweren* Angriffen; bestätigt weiter durch EKMR *Tyrer ./. GB* Bericht v. 14.12.1976; vgl. *Grabenwarter*, S. 163 Rn. 26; *Peters/Altwicker*, S. 59 Rn. 1 Fn. 50; *Harris* u.a., S. 92.

Außerdem ist dadurch die Hürde der strengen Beweisanforderungen des Art. 3 EMRK bestens zu vermeiden. Diese Aspekte werden unten im Einzelnen erörtert.

b) *Freiwilligkeit eines Geständnisses*

Die Freiwilligkeit eines Geständnisses nach Art. 6 Abs. 1 EMRK überprüft der EGMR im Freibeweisverfahren anhand der Aktenlage.⁵⁵⁵ Der Gerichtshof verlangt hierbei nicht das Vorliegen eines unmittelbaren Nachweises der Beeinträchtigung der Willensfreiheit des Beschuldigten, ob er sich belasten will oder nicht. Es genügt ein qualifizierter Zweifel, der sich aus der Gesamtbetrachtung aller Umstände ableiten lässt, dahingehend, dass das Geständnis des Beschuldigten unfreiwillig ist (hierzu gleich unten).⁵⁵⁶ Soweit ersichtlich hat der Gerichtshof diesen neuen Maßstab allerdings nur in den Fällen angewendet, in denen es um ein besonders schweres Delikt, nämlich Mord ging.⁵⁵⁷ Im Übrigen bildet weiterhin Art. 3 EMRK die Zentralnorm für den konventionsrechtlichen Schutz vor Aussagezwang.⁵⁵⁸ Hieraus zu schließen, dass das Erfordernis der Freiwilligkeit eines Geständnisses lediglich auf Kapitaldelikte anwendbar ist, wäre allerdings verfrüht und übersieht, dass das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK nach der gefestigten Rechtsprechung des Gerichtshofs für alle Deliktsarten gilt.⁵⁵⁹

aa) Maßstab für ein unfreiwilliges Geständnis

Die nähere Analyse der Rechtsprechung des EGMR ergibt, dass der Gerichtshof bis jetzt keinen einheitlichen Beurteilungsmaßstab entwickelt hat, um die Unfreiwilligkeit eines Geständnisses und infolgedessen die Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK festzustellen. Diese nahm der EGMR etwa im Fall *Yaremenko* mit folgender Begründung an: „there are serious reasons to suggest that the statement signed by the applicant was obtained in defiance of the applicant’s will.“⁵⁶⁰ Im Fall *Lopata* stellte der Gerichtshof ähnlich auf die Prüfung

⁵⁵⁵ EGMR *Yaremenko* ./ UA Ur t. v. 12.06.2008 § 59; EGMR *Lopata* ./ RU Ur t. v. 13.07.2010 § 125; EGMR *Coşar* ./ TR Ur t. v. 26.03.2013 § 52 f.; EGMR *Sorokins and Sorokina* ./ LT Ur t. v. 28.05.2013 §§ 110 ff.; EGMR *Martin* ./ EE Ur t. v. 30.05.2013 § 84 ff.; EGMR *Dvorski* ./ HR Ur t. v. 28.11.2013 §§ 95 ff.

⁵⁵⁶ Anders jedoch bei EGMR *Magee* ./ GB Ur t. v. 06.06.2000 § 45; EGMR *Brennan* ./ GB Ur t. v. 16.11.2001 §§ 51 ff.; hierzu siehe auch *Schlauri*, S. 306 ff.

⁵⁵⁷ EGMR *Lopata* ./ RU Ur t. v. 13.07.2010 § 143; EGMR *Pavlenko* ./ RU Ur t. v. 01.04.2010 § 115; siehe hierzu ferner *Dennis*, CLJ 1995, 348 ff.

⁵⁵⁸ EGMR *Coşar* ./ TR Ur t. v. 26.03.2013 § 52.

⁵⁵⁹ Stellvertretend EGMR *Quinn* ./ IE Ur t. v. 21.12.2000 § 57; siehe ferner LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 942.

⁵⁶⁰ EGMR *Yaremenko* ./ UA Ur t. v. 12.06.2008 § 79; EGMR *Balitskiy* ./ UA Ur t. v. 03.11.2011 § 39 („[...] questionable circumstances [...] that give rise to a suspicion that the applicant gave them in defiance of his will“); EGMR *Shabelnik* ./ UA Ur t. v. 19.02.2009

von „circumstances which raised doubts as to its [the confessions] voluntary character“ ab.⁵⁶¹ Im Fall *Pavlenko* überprüfte er dagegen, ob die polizeiliche Vernehmung „in a coercive environment“ durchgeführt wurde.⁵⁶²

bb) Konkrete Umstände eines unfreiwilligen Geständnisses

Zur Unfreiwilligkeit eines Geständnisses gelangt der Gerichtshof unter Berücksichtigung von relevanten Umständen des Einzelfalls, die insgesamt einen entsprechenden qualifizierten Zweifel begründen. Folgende Unregelmäßigkeiten hat der EGMR in seiner bisherigen Spruchpraxis dabei in Betracht gezogen: die Abwesenheit des Verteidigers,⁵⁶³ unterlassene Hilfe zur Konsultation eines Verteidigers bei eindeutigem Verlangen des Beschuldigten danach,⁵⁶⁴ Bedenken hinsichtlich eines gültigen Verzichts des Beschuldigten auf Verteidigerbeistand,⁵⁶⁵ absichtliche Umklassifizierung der angelasteten Straftat, damit der Beschuldigte nach dem nationalen Recht keinen Anspruch auf die Zuziehung eines Pflichtverteidigers hat,⁵⁶⁶ die Verweigerung des Zugangs des Verteidigers zu seinem Mandanten nach der Ablegung des Geständnisses,⁵⁶⁷ die Auswahl des offiziell zugewiesenen Verteidigers durch die Ermittlungsorgane selbst,⁵⁶⁸ die Passivität des offiziell zugewiesenen Verteidigers und seine lediglich formelle Anwesenheit bei den Ermittlungsmaßnahmen,⁵⁶⁹ die Entlassung des zugewiesenen Verteidigers durch die Ermittlungsorgane mit der Begründung, dass dieser dem Beschuldigten den Gebrauch des Schweigerechts, die Verweigerung der selbstbelastenden Äußerungen, die Beteuerung seiner

§ 59 („[...] the circumstances of the case suggest that his testimonies were obtained in defiance of his will.“); ähnlich EGMR *Oleg Kolesnik* ./ UA Ur t. v. 19.10.2009 § 37.

⁵⁶¹ EGMR *Lopata* ./ RU Ur t. v. 13.07.2010 § 144; vgl. EGMR *Süzer* ./ TR Ur t. v. 23.04.2012 § 81 („erheblicher Zweifel an der Haltung der Polizei“); EGMR *Martin* ./ EE Ur t. v. 30.05.2013 § 90 („[...] as happened in the present case, gives rise to concern about the respect of the applicant’s rights of defence and freedom from self-incrimination“).

⁵⁶² EGMR *Pavlenko* ./ RU Ur t. v. 01.04.2010 § 104; zur Behauptung eines zwangsimmanenten Umfelds im Polizeigewahrsam siehe ferner EGMR *Borotyuk* ./ UA Ur t. v. 16.12.2010 §§ 81 ff.; EGMR *Dvorski* ./ HR Ur t. v. 28.11.2013 §§ 93 ff.

⁵⁶³ EGMR *Yaremenko* ./ UA Ur t. v. 12.06.2008 § 79; EGMR *Lopata* ./ RU Ur t. v. 13.07.2010 § 136; EGMR *Shabelnik* ./ UA Ur t. v. 19.02.2009 § 59; EGMR *Pavlenko* ./ RU Ur t. v. 01.04.2010 § 109; EGMR *Balitskiy* ./ UA Ur t. v. 03.11.2011 § 39; vgl. EGMR *Belousov* ./ UA Ur t. v. 07.11.2013 § 63.

⁵⁶⁴ EGMR *Pavlenko* ./ RU Ur t. v. 01.04.2010 § 107; EGMR *Martin* ./ EE Ur t. v. 30.05.2013 § 90.

⁵⁶⁵ EGMR *Martin* ./ EE Ur t. v. 30.05.2013 § 90; EGMR *Borotyuk* ./ UA Ur t. v. 16.12.2010 § 82.

⁵⁶⁶ EGMR *Balitskiy* ./ UA Ur t. v. 03.11.2011 § 40.

⁵⁶⁷ EGMR *Lopata* ./ RU Ur t. v. 13.07.2010 § 137; vgl. EGMR *Borotyuk* ./ UA Ur t. v. 16.12.2010 § 82.

⁵⁶⁸ Nach einem bedenklichen Verzicht des Beschuldigten auf den Verteidiger seiner Wahl EGMR *Martin* ./ EE Ur t. v. 30.05.2013 § 90.

⁵⁶⁹ EGMR *Pavlenko* ./ RU Ur t. v. 01.04.2010 § 112.

Unschuld und den Widerruf seines bereits gemachten Geständnisses angeraten habe,⁵⁷⁰ überhastetes Vorgehen der Ermittlungsorgane bei der Vornahme der inkriminierenden Ermittlungsmaßnahmen, etwa bis Mitternacht andauernde Tatrekonstruktion,⁵⁷¹ die Verweigerung der Benachrichtigung der Familie des Beschuldigten über dessen Festnahme,⁵⁷² die Verweigerung des Zugangs zu seiner Familie,⁵⁷³ die Belehrung des Verdächtigten als Zeugen über seine strafbewehrte Aussagepflicht und gleichzeitig über sein Aussageverweigerungsrecht,⁵⁷⁴ die Festnahme und Inhaftierung des Beschuldigten wegen einer Ordnungswidrigkeit, obwohl die Ermittlungsorgane ihn in Wirklichkeit wegen eines Mordfalls vernehmen wollten,⁵⁷⁵ die Durchführung mehrerer unprotokollierter und außerplanmäßiger „Gespräche“ mit dem Beschuldigten in der Gefängniseinrichtung,⁵⁷⁶ unregistrierter Polizeigewahrsam,⁵⁷⁷ äußerst detaillierte Geständnisse von zwei Mitbeschuldigten, die keine Abweichung und Unstimmigkeiten voneinander hatten,⁵⁷⁸ die Tatsache, dass eine zweite Person in derselben Sache ein Geständnis ablegte und es nachher widerrief, weil die Ermittlungsorgane sie angeblich dazu genötigt hatten und dass das Geständnis des Beschuldigten exakt dieselben Informationen enthielt, die den Ermittlungsorganen bereits bekannt waren,⁵⁷⁹ rascher Widerruf nach der Verteidigerkonsultation⁵⁸⁰ und die Verletzung des prozessualen Schutzzumfangs des Art. 3 EMRK wegen des Versagens der innerstaatlichen Ermittlungen zur Aufklärung der umstrittenen Umstände der polizeilichen Vernehmung des Beschuldigten.⁵⁸¹

Abgesehen von solchen Umständen, die auf eine Beeinträchtigung der Willensfreiheit des Beschuldigten durch die Ermittlungsorgane hinweisen, kann die Freiwilligkeit eines polizeilichen Geständnisses nach Art. 6 Abs. 1 EMRK außerdem durch sein fehlendes Einsichtsvermögen verletzt werden. So behauptete der Beschwerdeführer im Fall *Dvorski*, dass er bei der polizeilichen Vernehmung unter Drogen- und Alkoholeinfluss gestanden hätte. Der Einfluss war nach dem EGMR unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls nicht in der Inten-

⁵⁷⁰ EGMR *Yaremenko* ./ UA Ur. v. 12.06.2008 § 79; hierzu siehe auch LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 912.

⁵⁷¹ EGMR *Martin* ./ EE Ur. v. 30.05.2013 § 91.

⁵⁷² EGMR *Pavlenko* ./ RU Ur. v. 01.04.2010 § 106.

⁵⁷³ EGMR *Pavlenko* ./ RU Ur. v. 01.04.2010 § 112.

⁵⁷⁴ EGMR *Shabelnik* ./ UA Ur. v. 19.02.2009 § 59.

⁵⁷⁵ EGMR *Balitskiy* ./ UA Ur. v. 03.11.2011 § 39.

⁵⁷⁶ EGMR *Pavlenko* ./ RU Ur. v. 01.04.2010 § 111.

⁵⁷⁷ EGMR *Yuriy Volkov* ./ UA Ur. v. 19.12.2013 § 69.

⁵⁷⁸ EGMR *Yaremenko* ./ UA Ur. v. 12.06.2008 § 79.

⁵⁷⁹ EGMR *Shabelnik* ./ UA Ur. v. 19.02.2009 § 59.

⁵⁸⁰ EGMR *Yaremenko* ./ UA Ur. v. 12.06.2008 § 79; EGMR *Lopata* ./ RU Ur. v. 13.07.2010 § 138; EGMR *Borotyuk* ./ UA Ur. v. 16.12.2010 § 82; vgl. EGMR *Süzer* ./ TR Ur. v. 23.04.2012 § 81; EGMR *Belousov* ./ UA Ur. v. 07.11.2013 § 63.

⁵⁸¹ EGMR *Lopata* ./ RU Ur. v. 13.07.2010 § 140.

sität gewesen, dass der Beschuldigte die Bedeutung und das Ziel seiner polizeilichen Vernehmung nicht verstanden hätte. Unter anderem aus diesem Grund sei auf ihn kein Druck ausgeübt worden bzw. keine Beeinträchtigung seines Willens gegeben gewesen.⁵⁸²

Die oben aufgeführten Beispiele zeigen, dass sich der Grundsatz der Freiwilligkeit polizeilicher Geständnisse mit der Gewährung weiterer Beschuldigtenrechte bei der polizeilichen Vernehmung überschneidet, insbesondere mit dem Recht auf einen frühzeitigen Verteidigerbeistand nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK. Dieses Recht betrachtet der Gerichtshof als einen Teil der prozessualen Sicherheitsvorkehrungen, welche er bei der Prüfung, ob die Selbstbelastungsfreiheit verletzt wurde, ebenfalls berücksichtigt.⁵⁸³ Da die Sachverhalte in die Schutzbereiche der beiden Rechte fallen, überprüft der EGMR überwiegend die Verletzung der beiden Konventionsrechte zusammen und stellt entsprechend seiner sogenannten Gesamtbetrachtungslehre die Unfairness des Gesamtverfahrens i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK fest.⁵⁸⁴ Dennoch verlieren die Verstöße gegen den Grundsatz der Freiwilligkeit dadurch ihre Eigenständigkeit nicht und gehen in das Recht auf Verteidigerbeistand nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK nicht vollständig auf. Denn manche Verstöße wären nicht hinreichend, um eine Verletzung des letztgenannten Rechts allein zu begründen.

2. Mittelbarer tatsächlicher Zwang

Ist der unmittelbare Zwang eine gezielte Verhaltensweise, die die Willensfreiheit eines Beschuldigten schwer beeinträchtigt, so unterscheidet sich der mittelbare tatsächliche Zwang hiervon dadurch, dass die Schwere der willensbeugenden Beeinträchtigung vergleichsweise geringer ist. Analysiert man die Spruchpraxis des EGMR nach dieser Definition, so lässt sich feststellen, dass sich der Gerichtshof in zwei holländischen Fällen mit der Konventionskonformität des sogenannten projektiven Persönlichkeitstests als einer Methode der mittelbaren Zwangsausübung auseinandergesetzt hat. Dieser enthält zum einen eine ausgeklügelte Persönlichkeitsanalyse des Beschuldigten für die Entwicklung der richtigen Vernehmungstaktik

⁵⁸² EGMR *Dvorski* ./ HR Ur t. v. 28.11.2013 §§ 102 f.

⁵⁸³ EGMR *Pavlenko* ./ RU Ur t. v. 01.04.2010 § 101; EGMR *Niculescu* ./ RO Ur t. v. 25.06.2013 § 112.

⁵⁸⁴ EGMR *Shabelnik* ./ UA Ur t. v. 19.02.2009 § 60; EGMR *Oleg Kolesnik* ./ UA Ur t. v. 19.10.2009 § 37 f.; EGMR *Balitskiy* ./ UA Ur t. v. 03.11.2011 § 41; EGMR *Lopata* ./ RU Ur t. v. 13.07.2010 § 145; EGMR *Pavlenko* ./ RU Ur t. v. 01.04.2010 § 120; EGMR *Borotyuk* ./ UA Ur t. v. 16.12.2010 § 83 f.; EGMR *Yuriy Volkov* ./ UA Ur t. v. 19.12.2013 § 70 f.; vgl. die Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit und des Verteidigerbeistandsrechts getrennt EGMR *Yaremenko* ./ UA Ur t. v. 12.06.2008 § 80; nur die Verletzung des Rechts auf den Verteidigerzugang bei der polizeilichen Vernehmung, obwohl der Gerichtshof ebenfalls die Freiwilligkeit des polizeilichen Geständnisses des Beschuldigten unter den Umständen des in Frage stehenden Falles feststellte EGMR *Pishchalnikov* ./ RU Ur t. v. 24.09.2009 §§ 81 ff.

bei seiner polizeilichen Vernehmung, sodass er durch auditive, sinnliche oder visuelle Wege, etwa das Einspielen des Telefonats mit dem Opfer, die Vorlage von Tatgegenständen zum Berühren, oder das Zeigen von Fotos zu Äußerungen oder sonstigem Verhalten veranlasst wird, die Anhaltspunkte über seine Vertrautheit mit der Straftat verraten. Zum anderen besteht dieser Test teilweise aus Elementen bewusster Irreführungen, etwa der Übernahme der Rolle eines Vaters, Spezialisten, Analytikers, oder einer Vertrauensperson, sowie aus der Zufügung seelischer Qual durch die Konfrontation des Beschuldigten mit den Folgen der ihm vorgeworfenen Tat für das Opfer und für sich selbst, etwa durch die Vorlage von Fotos seiner Ehegattin oder Kinder.⁵⁸⁵ Darüber hinaus teilten die Vernehmungsbeamten in einem der Fälle dem Beschuldigten (wohl absichtlich) wahrheitswidrig mit, dass seine Familie in Gefahr sei, weil seine Ehefrau Drohanrufe erhalten hätte. Die Polizei könne seine Familie nur schützen, wenn er Angaben zur Tat mache. Denn nur so könne sie wissen, vor wem seine Familie zu schützen sei.⁵⁸⁶

Im Fall *Jager* erreichte die Schwere der seelischen Schmerzen, die dem Beschuldigten durch die Anwendung des oben beschriebenen Persönlichkeitstests, insbesondere durch Vorlage von Fotos, zugefügt worden waren, nach dem Gerichtshof die Eingangsschwelle des Art. 3 EMRK nicht.⁵⁸⁷ Bei dieser Feststellung des Gerichtshofs dürfte der Umstand, dass der Beschuldigte bei der polizeilichen Vernehmung trotz der eingesetzten Vernehmungsmethode keine selbstbelastenden Angaben gemacht hatte, eine Rolle gespielt haben. Im Fall *Ebbinge* legte dagegen der Beschuldigte infolge der sehr aufdringlichen und beharrlichen Vernehmungsmethode, bei der ihm ebenfalls mehrere Fotos vorgelegt worden waren, die ihm seelische Schmerzen bereiteten, und der oben genannten schweren Täuschung ein Geständnis ab. Der Prüfungsmaßstab des EGMR war in diesem Fall neben Art. 3 EMRK auch die Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK. Eine Verletzung dieses Fairnessrechts verneinte der EGMR ebenfalls. Das Vorgehen des niederländischen Tatgerichts, ein Beweisverwertungsverbot für das unter „unzulässigem“ Druck erlangten Geständnis des Beschuldigten anzunehmen und das Vorliegen eines Prozesshindernisses aufgrund des nicht gravierenden Verstoßes gegen den Grundsatz der Verfahrensfairness abzulehnen, sei mit Art. 6 Abs. 1 EMRK vereinbar gewesen.⁵⁸⁸

Aus den beiden Entscheidungen des Gerichtshofs lässt sich hinsichtlich des fallübergreifenden Schutzes vor Aussagezwang konstatieren, dass die Anwendung von bewussten Irreführungen eines Beschuldigten sowie die Ausübung von seelischem Druck, auch wenn sie die Eingangsschwelle des Art. 3 nicht erreicht haben oder ihre Folgen den oben dargelegten verbalen Übergriffen nicht vergleichbar sind, einen mittelbaren tatsächlichen Zwang darstellen, der nach Art. 6 Abs. 1 EMRK

⁵⁸⁵ EGMR *Jager* ./ NL ZE v. 14.03.2000; EGMR *Ebbinge* ./ NL ZE v. 14.03.2000.

⁵⁸⁶ EGMR *Ebbinge* ./ NL ZE v. 14.03.2000.

⁵⁸⁷ EGMR *Jager* ./ NL ZE v. 14.03.2000 § 3 Law.

⁵⁸⁸ EGMR *Ebbinge* ./ NL ZE v. 14.03.2000.

unzulässig ist.⁵⁸⁹ Fraglich bleibt jedoch, ob dies auch für die Erstellung eines projektiven Persönlichkeitstests gesagt werden kann. Denn dadurch wird kein willensbeugender Zwang gegen den Beschuldigten ausgeübt. Derzeit lässt sich als europäischer Mindeststandard wohl schwer begründen,⁵⁹⁰ dass die konventionsrechtliche Selbstbelastungsfreiheit darüber hinaus die Freiwilligkeit des Beschuldigten erfordert, in die auch nicht durch eine kriminalistische List eingegriffen werden darf, damit er über seine Funktion als Beweismittel im Strafverfahren gegen sich selbst eigenverantwortlich und völlig frei entscheiden kann.

3. Zwischenergebnisse

Die oben dargestellte Rechtsprechung des EGMR deutet auf die Entstehung einer konventionsrechtlichen Theorie verbotener Vernehmungsmethoden hin.⁵⁹¹ Faktische Schwierigkeiten hat der Gerichtshof in diesem Zusammenhang bei der Feststellung konkreter Verstöße durch nationale Behörden.⁵⁹² Dies darf ihn allerdings nicht davon abhalten, über das Vorliegen entsprechender Tatsachen unter Berücksichtigung von Vorträgen der Verfahrensparteien sowie von ihm vorliegenden Dokumenten zu beurteilen. Außerdem kann der EGMR die Nachweisschwierigkeiten dadurch überwinden, dass er aus Art. 6 Abs. 1 EMRK einen prozessualen Schutzzumfang für die Aussagefreiheit bei der polizeilichen Vernehmung ableitet, wie es bereits hinsichtlich Art. 3 EMRK der Fall ist. Dafür spricht der hohe Stellenwert der konventionsrechtlichen Selbstbelastungsfreiheit, den der Gerichtshof in seiner ständigen Rechtsprechung als Kernstück eines fairen Verfahrens nach Art. 6 Abs. 1 EMRK beschreibt.⁵⁹³ Hiernach würde bei einer vertretbaren Beschwerde die Anklagebehörde die Beweislast tragen, die Freiwilligkeit eines polizeilichen Geständnisses nachzuweisen. Eine solche prozessuale Garantie sieht der UN-Menschenrechtsausschuss in seiner gefestigten Spruchpraxis in dem Verbot des Selbstbelastungszwangs nach Art. 14 Abs. 3 lit. g IPBPR als verankert an.⁵⁹⁴ Denkbar ist es außerdem, dass auch dem Tatgericht eine Ermittlungspflicht auferlegt wird, eine entsprechende Beschwerde des Beschuldigten unabhängig von der Anklagebehörde aufzuklären.⁵⁹⁵ In der Tat lassen sich in der jüngsten Rechtsprechung des EGMR erste Anzeichen für eine solche Bereitschaft feststellen.⁵⁹⁶

⁵⁸⁹ Vgl. LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 939; *ders.*, JR 2004, 98 f.

⁵⁹⁰ So auch im Ergebnis Esser, StraFo 2003, 341; vgl. Zerbes, S. 85.

⁵⁹¹ Vgl. Schlauri, S. 305.

⁵⁹² Schlauri, S. 306 f.

⁵⁹³ Zuletzt etwa EGMR *Baran und Hun* ./ TR Urt. v. 20.05.2010 § 68.

⁵⁹⁴ Siehe etwa MRA *Nallaratnam Singaras* ./ LK Entsch. v. 21.07.2004 § 7. 4; MRA *Sultanova* ./ UZ Entsch. v. 30.03.2006 § 7.3.

⁵⁹⁵ MRA *Kouidis* ./ GR Entsch. v. 28.03.2006 § 7.5.

⁵⁹⁶ Siehe unten Kap. 2, VI.B.1.a)aa(5).

D. Rechtlicher Zwang

1. Unmittelbarer rechtlicher Zwang

Rechtlich wird der Beschuldigte unmittelbar gezwungen, sich zu belasten, wenn er mit der Androhung und/oder Auferlegung einer strafrechtlichen Sanktion durch Ermittlungsorgane unter Druck gesetzt wird.⁵⁹⁷ Unmittelbar ist der Zwang, weil er gezielt zur Überwindung des Willens des Beschuldigten, sich nicht zu belasten, angewendet wird. Dieser wird nämlich vor die Wahl gestellt, entweder sein Tatwissen den Ermittlungsorganen offenzulegen oder erhebliche Nachteile, in Form einer strafrechtlichen Sanktion, über sich ergehen zu lassen.⁵⁹⁸

a) Strafbarkeit des Schweigens

Die konventionsrechtliche Aussagefreiheit des Beschuldigten nach Art. 6 Abs. 1 EMRK wird verletzt, wenn sein Schweigen bzw. seine Aussageverweigerung bei der polizeilichen Vernehmung nach dem nationalen Recht eine Straftat ist. Nach dem Gerichtshof beeinträchtigt ein solch schwerer Eingriff den Wesensgehalt der Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK. Die Schwierigkeiten der Terrorismusbekämpfung vermögen „eine solch scharfe Abweichung“ von der Selbstbelastungsfreiheit nicht zu rechtfertigen.⁵⁹⁹ Ein ungerechtfertigter unmittelbarer Zwang liegt auch dann vor, wenn ein Beschuldigter bei der polizeilichen Vernehmung zu Unrecht als Zeuge vernommen wurde und dabei eine strafbewehrte Aussage- und Eidespflicht hatte. Denn den Beschuldigtenstatus nach Art. 6 Abs. 1 EMRK erlangt eine Aussageperson ungeachtet des nationalen Rechts dann, wenn in den Augen eines objektiven Betrachters das Vorliegen einer Verdächtigung gegen ihn zu bejahen und seine Rechtslage von den getroffenen Ermittlungsmaßnahmen wesentlich betroffen ist.⁶⁰⁰

Eine Abweichung von dieser Rechtsprechung des Gerichtshofs stellt jedoch seine Würdigung der strafbewehrten Mitteilungspflicht eines Kfz-Halters bei Straßenverkehrsdelikten dar, die er unter Berücksichtigung der Geringfügigkeit der im Fall des Schweigens verhängten Geldstrafe, ihres nicht freiheitsentziehenden Charakters

⁵⁹⁷ EGMR *Quinn* ./ IE Ur t. v. 21.12.2000 § 48; EGMR *Funke* ./ FR Ur t. v. 25.02.1993 § 44; EGMR *O'Halloran und Francis* ./ GB Ur t. v. 29.07.2007 § 57; siehe auch *Zerbes*, S. 85; *Şahbaz*, ABD 1/2006, 123; insofern ist auch der Gesetzgeber Adressat der Selbstbelastungsfreiheit so LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 882.

⁵⁹⁸ EGMR *Quinn* ./ IE Ur t. v. 21.12.2000 § 51; EGMR *O'Halloran und Francis* ./ GB Ur t. v. 29.07.2007 § 57; EGMR *Martinen* ./ FI Ur t. v. 21.09.2009 § 72; *Zerbes*, S. 85.

⁵⁹⁹ EGMR *Heaney und McGuinness* ./ IE Ur t. v. 21.12.2000 §§ 51 ff.; EGMR *Quinn* ./ IE Ur t. v. 21.12.2000 §§ 51 ff.

⁶⁰⁰ EGMR *Brusco* ./ FR Ur t. v. 14.01.2010 §§ 47 ff.; ähnlich auch EGMR *Shabelnik* ./ UA Ur t. v. 19.02.2009 § 57; EGMR *Balitskiy* ./ UA Ur t. v. 03.11.2011 § 31; zur Begründung des Beschuldigtenstatus nach Art. 6 Abs. 1 EMRK eingehend siehe unten Kap. 2, V.A.

und der Besonderheiten eines funktionstüchtigen Verkehrsregelungssystems gerechtfertigt fand.⁶⁰¹

b) Strafbewehrte Erscheinungspflicht

Eine Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit liegt nach dem Gerichtshof jedoch auch dann vor, wenn das Nichterscheinen des Beschuldigten auf die Ladung der Ermittlungsbehörde zu einer Befragung nach dem nationalen Recht strafbar ist. Dabei machte er darauf aufmerksam, dass gegen den Betroffenen bereits ein polizeiliches Ermittlungsverfahren in derselben Sache vorlag. Unter diesen Umständen hätte das Erscheinen zur Befragung mit einer erhöhten Wahrscheinlichkeit dazu geführt, dass er zu der Sache befragt worden wäre, die ihm angelastet wurde, obwohl er diesbezüglich das Recht auf Schweigen nach Art. 6 Abs. 1 EMRK hatte.⁶⁰² Eine strafbewehrte Erscheinungspflicht konterkariert mit ihrer Zielsetzung die wirksame Ausübung des Schweigerechts. Denn sie zwingt einen Beschuldigten unter Strafandrohung, gegenüber einer öffentlichen Stelle eine Entscheidung darüber zu treffen, ob er aussagen will oder nicht. Damit schränkt sie seine Entscheidungsfreiheit unverhältnismäßig ein.

2. Mittelbarer rechtlicher Zwang

Im Grundsatz bedeutet die Aussagefreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK dagegen, dass der Beschuldigte die Entscheidungsfreiheit hat, ob er sich überhaupt zur Tat äußern will und wie er sich zur Sache einlässt. Das Aussageverhalten des Beschuldigten kann sich dabei im Verlauf des Strafverfahrens auf verschiedene Weise äußern, etwa als völliges,⁶⁰³ teilweises⁶⁰⁴ oder zeitweiliges⁶⁰⁵ Schweigen. Inhaltlich

⁶⁰¹ EGMR *O'Halloran und Francis* ./ GB Urt. v. 29.07.2007 §§ 57 ff.; kritisch *Jackson*, ICLQ 2009, 840 f.; siehe ferner Nachfolgeentscheidungen dieser Rechtsprechung EGMR *Murray* ./ GB ZE v. 27.03.2008; EGMR *Hayes* ./ GB ZE v. 27.03.2008; EGMR *Durham* ./ GB ZE v. 27.03.2008; EGMR *Watts* ./ GB ZE v. 27.03.2008; EGMR *Sharpe* ./ GB ZE v. 27.03.2008; EGMR *Charlebois* ./ GB ZE v. 27.03.2008; EGMR *Cameron* ./ GB ZE v. 29.04.2008; EGMR *Lückhof und Spanner* ./ AT Urt. v. 10.01.2008 §§ 47; zu der früheren Rechtsprechung der Konventionsorgane über die strafbewehrte Mitteilungspflicht des Kfz-Halters siehe EGMR *Rieg* ./ AT Urt. v. 24.03.2005 § 30 f.; EGMR *Fischbach-Mavromatis* ./ AT ZE v. 03.03.2005; EGMR *Weh* ./ AT Urt. v. 08.04.2004 §§ 54 ff.; EGMR *Juan Gerardo Tora Tolmos* ./ ES ZE v. 17.05.1995; EKMR *J.P., K.R., G.H.* ./ AT Entsch. v. 05.10.1989; vgl. EGMR *Falk* ./ NL ZE v. 19.10.2004 = in Leitsätzen HRRS 3/2004, 74; hierzu siehe IK-EMRK-Kühne, Art. 6 Rn. 459; LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 942.

⁶⁰² EGMR *Shannon* ./ GB Urt. v. 04.10.2005 §§ 38 ff.

⁶⁰³ EGMR *John Murray* ./ GB Urt. v. 08.02.1996, §§ 11 ff.; EGMR *Telfner* ./ AT Urt. v. 20.03.2001 § 9; EGMR *O'Carroll* ./ GB ZE v. 15.03.2005 § Recht.

⁶⁰⁴ EGMR *Beckles* ./ GB Urt. v. 08.01.2003 §§ 13 ff.

⁶⁰⁵ EGMR *Tabbakh* ./ GB ZE v. 21.02.2012 § 24; EGMR *Condron* ./ GB Urt. v. 02.05.2000 §§ 13 ff.; EGMR *Fox* ./ GB ZE v. 09.11.1999.

kann es ein Alibi darstellen, das er nicht nachweisen kann⁶⁰⁶ oder an dessen Nachweis er gescheitert ist.⁶⁰⁷ Die Frage stellt sich hierbei hinsichtlich aller dieser Fälle, ob die Aussagefreiheit des Beschuldigten nach Art. 6 Abs. 1 EMRK eingeschränkt würde, wenn aus diesem Aussageverhalten bei der Begründung seiner Verurteilung nachteilige Schlussfolgerungen gegen ihn gezogen würden.⁶⁰⁸ Mit anderen Worten: Gewährt ihm die Aussagefreiheit den Anspruch, sein Aussageverhalten so zu gestalten, dass er dabei keine prozessualen Nachteile zu befürchten hat? Denn im Gegensatz zu einer unmittelbaren Zwangsausübung erfolgen solche Nachteile weder gezielt noch drohen sie in ihrer Intensität den Willen des Beschuldigten mit einer strafrechtlichen Sanktion einzuschränken.

a) *Nachteilige Verwertung des Aussageverhaltens des Beschuldigten*

aa) *Einschränkung der Aussagefreiheit*

Fest steht, dass die Pflicht, das Schweigen des Beschuldigten zu respektieren, sowie das Zwangsverbot nicht nur für die Ermittlungsorgane gelten, sondern auch für den Richter. Er hat für eine faire Verfahrensführung auch hinsichtlich der Beweismittelwürdigung Sorge zu tragen.⁶⁰⁹ Nach dem Gerichtshof stellt die Belehrung des Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung, dass das Gericht aus seinem Schweigen nachteilige Schlüsse gegen ihn ziehen kann, nur einen mittelbaren Zwang dar. Denn er würde dabei keinem tatsächlichen Aussagezwang ausgesetzt, und sein Schweigen zöge keine strafrechtlichen Sanktionen nach sich. Ein rechtlich unmittelbarer Zwang liege allerdings dann vor, wenn sein Schweigen vom Gericht als Schuldindiz bewertet, also seine Verurteilung allein oder hauptsächlich darauf gestützt würde. Während eine solche Zwangsausübung die Aussagefreiheit des Beschuldigten nach Art. 6 Abs. 1 EMRK verletzt, sollen die genannte Belehrung sowie die tatsächliche nachteilige Verwertung des Schweigens zulässig sein.⁶¹⁰

⁶⁰⁶ EGMR *Krumpholz* ./ AT Ur t. v. 18.04.2000.

⁶⁰⁷ EGMR *Averill* ./ GB Ur t. v. 06.09.2009 § 50.

⁶⁰⁸ Vgl. EGMR *John Murray* ./ GB Ur t. v. 08.02.1996 § 50; siehe auch *Trechsel*, Human Rights, S. 346.

⁶⁰⁹ Vgl. EGMR *Jalloh* ./ DE Ur t. v. 11.07.2006 § 110; EGMR *Romenskiy* ./ RU Ur t. v. 13.06.2013 § 27.

⁶¹⁰ EGMR *John Murray* ./ GB Ur t. v. 08.02.1996 §§ 48 ff.; EGMR *Averill* ./ GB Ur t. v. 06.06.2000 § 45; EGMR *Boyle* ./ GB ZE v. 03.05.2011 § 44; so auch EKMR *Quinn* ./ GB Bericht v. 11.03.1997 § 57; zur Unbedenklichkeit des bei einer solchen Belehrung inhärenten Drucks siehe außerdem EGMR *Francis O’Kane* ./ GB ZE v. 06.07.1999 § Recht; EGMR *Harper* ./ GB ZE v. 04.09.1999 § Recht; EGMR *Dougan* ./ GB ZE v. 14.12.1999 § 1 Recht; hierzu siehe auch *Salditt*, FS für Hamm, S. 599; *Gaede*, S. 316 f.; *Saffering/Hartwig*, ZIS 2009, 788; *Esser*, StraFo 2003, 341; *Ashworth/Redmayne*, S. 102; das Grünbuch der EG-Kommission (2006) 174 (Ausübung mittelbaren Drucks erlaubt).

Dies stellt eine beachtliche Einschränkung der Aussagefreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK dar. Denn der Beschuldigte kann sich hiernach als Aussageperson im Strafverfahren gegen sich selbst nicht zurückhalten. Auch durch sein bloßes Schweigen kann er sich belasten. Führt man sich seine polizeiliche Vernehmung vor Augen, so ist das Schweigen nicht mehr der sichere Weg, um sich vor unbedachten Selbstbelastungen zu schützen. Dies ist ein gravierender Umbruch des Schweigerechts nach Art. 6 Abs. 1 EMRK.⁶¹¹ Damit verkennt der EGMR offenbar, dass das Schweigen bei der polizeilichen Vernehmung für den Beschuldigten nun kein praktikables und wirksames Recht mehr ist. Dieser Kritik, auch aus den eigenen Reihen, kann sich der EGMR nicht entziehen.⁶¹²

bb) Rechtfertigung der nachteiligen Verwertung

Für die konventionsrechtliche Zulässigkeit einer nachteiligen Verwertung des Aussageverhaltens des Beschuldigten führt der Gerichtshof mehrere Gründe an.

Erstens geht der EGMR wohl von einem begrenzten Gewährleistungsgehalt der konventionsrechtlichen Aussagefreiheit des Beschuldigten nach Art. 6 Abs. 1 EMRK aus. Dies brachte er im Fall *Shukla* zum Ausdruck. Hiernach liege der Aussagefreiheit der Zweck zugrunde, die Freiheit eines Verdächtigten, bei einer polizeilichen Befragung zu entscheiden, ob er aussagen oder schweigen will, zu schützen. Gleichwohl dürfen die Ermittlungsorgane in diese Freiheit durch Zwangs- und Druckmittel nicht eingreifen. Hat sich ein Beschuldigter ohne die genannten unlauteren Mittel für die Zusammenarbeit mit der Ermittlungsbehörde, also zur Aussage, entschieden, kann er die Aussagefreiheit nicht mehr geltend machen.⁶¹³ Nach dieser Rechtsprechung des EGMR hat der Beschuldigte den Schutzbereich des Schweigerechts nach Art. 6 Abs. 1 EMRK verlassen, sobald er aussagt.

Zweitens kann nach dem EGMR die nachteilige Verwertung des Schweigens an sich gerechtfertigt werden, denn die Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK sei ja nach seiner gefestigten Rechtsprechung kein absolutes Recht und dementsprechend werde sie nicht durch jede Einschränkung verletzt.⁶¹⁴ Zu demselben Ergebnis komme man außerdem unter dem Aspekt der ebenfalls einschränkbaren

⁶¹¹ IK-EMRK-*Kühne*, Art. 6 Rn. 449; siehe auch *Gaede*, S. 316 f.

⁶¹² Darauf, dass die nachteilige Verwertung des Schweigens des Beschuldigten in Polizeigewahrsam einer „Bestrafung“ gleichkommt, verwiesen die Richter *Pettiti*, *Valticos*, *Walsch*, *Makarczyk* und *Lohmus* in ihren abweichenden Meinungen in EGMR *John Murray* ./ GB Ur t. v. 08.02.1996.

⁶¹³ EGMR *Shukla* ./ GB ZE v. 16.06.2009 § Recht; siehe auch EGMR *Boyle* ./ GB ZE v. 03.05.2011 § 37; ähnlich auch das Grünbuch der EG-Kommission (2006) 174.

⁶¹⁴ EGMR *John Murray* ./ GB Ur t. v. 28.09.1995 § 47; EGMR *Condron* ./ GB Ur t. v. 02.05.2000 § 56; EGMR *Marlow* ./ GB ZE v. 05.12.2000 § 2 Recht; EGMR *Randall* ./ GB ZE v. 05.12.2000 § Recht; *Schlauri*, S. 362.

Unschuldsumutung nach Art. 6 Abs. 2 EMRK,⁶¹⁵ deren Schutzzumfang sich in Hinblick auf die nachteilige Verwertung eines Aussageverhaltens des Beschuldigten mit der Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK überschneidet.⁶¹⁶ Darüber hinaus macht er darauf aufmerksam, dass die internationalen Standards eines fairen Verfahrens die Gewährung des Schweigerechts und der Selbstbelastungsfreiheit zwar ausdrücklich erfordern, hinsichtlich der nachteiligen Verwertung seines Aussageverhaltens allerdings keine Anforderungen stellen.⁶¹⁷ In diesem Zusammenhang beanstandete der EGMR, der diese Rechtsprechung im Wesentlichen bei der Prüfung von mehreren Beschwerden aus Großbritannien entwickelte, das kriminalpolitische Ziel des britischen Gesetzgebers im Grundsatz nicht. Dieser will den Beschuldigten mit der Einschränkung des Schweigerechts durch eine Verwertbarkeit seines polizeilichen Aussageverhaltens zu seinem Nachteil daran hindern, durch sein Schweigen polizeiliche Ermittlungen zu vereiteln und sich erst in der Hauptverhandlung mit überraschendem Entlastungsmaterial zu Wort zu melden.⁶¹⁸ Bei den entsprechenden Bestimmungen des englischen Rechts liege eine „korrekte“ Balance zwischen dem Schweigerecht des Beschuldigten und den Situationen vor, in denen nachteilige Schlussfolgerungen aus seinem Schweigen gezogen werden dürfen, wenn der Richter eine Jury darüber belehrt, das vollständige⁶¹⁹ oder teilweise⁶²⁰ Schweigen des Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung und/oder in der Hauptverhandlung zu dessen Nachteil verwerten zu dürfen.⁶²¹

Drittens widerspricht die Heranziehung von Indizienbeweisen dem Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht.⁶²² Diese Bestimmung an sich

⁶¹⁵ EGMR *Krumpholz* ./ AT Urt. v. 18.03.2010 § 24.

⁶¹⁶ Hierzu siehe oben Kap. 2, II.B.6.a)bb).

⁶¹⁷ EGMR *John Murray* ./ GB Urt. v. 08.02.1996 § 47; diese Feststellung übersieht allerdings die Rechtsauffassung des Menschenrechtsausschusses der Vereinten Nationen, wonach es mit der Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 14 Abs. 3 lit. g IPBPR unvereinbar wäre, aus dem Schweigen eines Angeklagten nachteilige Schlüsse auf seine Schuld zu ziehen; hierzu siehe United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, ICCPR, A/50/40 vol. I (1995) 72 at paras. 424 and 432; Ireland, ICCPR, A/55/40 vol. I (2000) 61 at paras. 436 and 437; ebenso der UN-Ausschuss für Kinderrechte im Hinblick auf die Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 40 Abs. 1 lit. b IV) und die Unschuldsumutung im United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, CRC, CRC/C/38 (1995) 35 at para. 222; hierzu siehe ferner *Trechsel*, Human Rights, S. 356; *Schlauri*, S. 366 ff.

⁶¹⁸ EGMR *Averill* ./ GB Urt. v. 06.06.2000 § 49; wiederholt EGMR *Vaughan und andere* ./ GB ZE v. 04.06.2002 § Recht; bereits auch so EKMR *Quinn* ./ GB Bericht v. 11.03.1997 § 60.

⁶¹⁹ EGMR *Randall* ./ GB ZE v. 05.12.2000 § Recht.

⁶²⁰ EGMR *Tomlinson* ./ GB ZE v. 28.08.2001 § Recht.

⁶²¹ EGMR *Marlow* ./ GB ZE v. 05.12.2000 § 2 Recht; EGMR *Owen* ./ GB ZE v. 28.08.2001 § Recht; EGMR *Smith* ./ GB ZE v. 12.12.2002 § Recht; EGMR *Wood* ./ GB ZE v. 20.01.2004 § A.2. Recht; EGMR *Coghlan* ./ GB ZE v. 29.11.2005 § A.2 Recht.

⁶²² EKMR *Alberti* ./ IT Entsch. v. 10.03.1989 § 111 f. (105–112); EKMR *Lihtavuo* ./ FI ZE v. 09.04.1997 § Recht; hierzu ferner *Rzepka*, S. 89 f.; *Harris* u.a., S. 256 ff.; *Strasser*, 14. Strafverteidigertag, S. 110.

schreibt nach der gefestigten Rechtsprechung des EGMR keine Regeln für die zulässige Art von Beweismitteln sowie deren Würdigung durch das Gericht vor.⁶²³ Ebenso wenig verlange diese Vorschrift, dass die nationalen Gerichte nur auf die in der öffentlichen Hauptverhandlung gemachten Aussagen einer Person, einschließlich des Beschuldigten, zurückgreifen. Alle seine Aussagen während des Strafverfahrens, auch wenn sie sich im Nachhinein widersprechen, sind der gerichtlichen Beweiswürdigung zugänglich.⁶²⁴ Dabei weist der EGMR außerdem darauf hin, dass der Grundsatz der richterlichen freien Beweisführung in mehreren Vertragsstaaten gilt, nach dem alle tatrelevanten Umstände einschließlich des (Aussage-)Verhaltens des Beschuldigten und seiner Verteidigung bei der richterlichen Überzeugungsbildung zu berücksichtigen sind.⁶²⁵ In diesem Zusammenhang hebt er besonders hervor, dass ein Richter zweifelsohne imstande ist, das Verhalten und die Glaubwürdigkeit eines aussagenden Beschuldigten in der Hauptverhandlung unmittelbar zu würdigen.⁶²⁶ Verwertbar sind hiernach Verhaltens- und Verteidigungsweisen, wie etwa, dass ein Beschuldigter vollständig schweigt,⁶²⁷ die Beantwortung einiger Fragen verweigert,⁶²⁸ Aussagen über einige relevante Umstände zunächst unterlässt,⁶²⁹ erst im weiteren Verlauf der polizeilichen Vernehmung⁶³⁰ oder in der Hauptverhandlung ein Alibi vorträgt,⁶³¹ seine Aussagen im weiteren Verlauf des Strafverfahrens ändert oder sein Alibi nicht glaubhaft machen kann.⁶³² Ist die nachteilige Verwertung des Schweigens eines Beschuldigten in jeder Lage des Verfahrens

⁶²³ Stellvertretend EGMR *Sorokins und Sorokina* /. *LT* Ur. v. 28.05.2013 § 110.

⁶²⁴ EGMR *Sorokins und Sorokina* /. *LT* Ur. v. 28.05.2013 § 110; vgl. EGMR *Leontin Pop* /. *RO* Ur. 01.10.2013 §§ 72 ff.

⁶²⁵ EGMR *John Murray* /. *GB* Ur. v. 08.02.1996 § 54; kritisch hiergegen die Richter *Pettit* und *Valticos* in ihren abweichenden Meinungen, die zutreffend darauf hinweisen, dass die richterliche Beweiswürdigung jedenfalls im kontinentaleuropäischen Rechtskreis durchaus Grenzen hat.

⁶²⁶ EGMR *Fox* /. *GB* ZE v. 09.11.1999 § Recht; siehe auch LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 914; vgl. *Kühne*, EuGRZ 1996, 572.

⁶²⁷ EGMR *John Murray* /. *GB* Ur. v. 08.02.1996 §§ 51 ff.; EGMR *Owen* /. *GB* ZE v. 28.08.2001 § Recht; EGMR *Marlow* /. *GB* ZE v. 05.12.2000 § 2 Recht; EGMR *Wood* /. *GB* ZE v. 20.01.2004 § A.2 Recht.

⁶²⁸ EKMR *Brown* /. *NL* ZE v. 21.10.1998 § Recht (keine Erklärung für den Besitz einer entwerteten Karte für öffentliche Verkehrsmittel, die seine Anwesenheit am Tatort nahelegte).

⁶²⁹ EKMR *Lihtavuo* /. *FI* ZE v. 09.04.1997 § Recht (Nichterwähnung des Grundes für seine Reise).

⁶³⁰ EGMR *Tomlinson* /. *GB* ZE v. 28.08.2001 § Recht; EGMR *Smith* /. *GB* ZE v. 12.12.2002 § Recht; EGMR *Beckles* /. *GB* Ur. v. 08.01.2003.

⁶³¹ EGMR *Fox* /. *GB* ZE v. 09.11.1999 § Recht; EGMR *Condron* /. *GB* Ur. v. 02.05.2000 §§ 13 ff.; EGMR *Randall* /. *GB* ZE v. 05.12.2000; EGMR *Vaughan und andere* /. *GB* ZE v. 04.06.2002 § Recht; EGMR *Coghlan* /. *GB* ZE v. 29.11.2005 § A.2 Recht; EGMR *Ellul* /. *MT* ZE v. 08.09.2009 § B.1 Recht; siehe auch EKMR *Quinn* /. *GB* Bericht v. 11.03.1997 §§ 57 ff.

⁶³² EGMR *Averill* /. *GB* Ur. v. 06.06.2000 § 50.

zulässig,⁶³³ so gelte dies nach dem EGMR a fortiori für den Umstand, dass sich der Inhalt einer gemachten Aussage des Beschuldigten als unwahr erwiesen hat.⁶³⁴

Die Frage der Zulässigkeit einer nachteiligen Verwertung stellt sich allerdings erst dann, wenn dies bei der richterlichen Beweiswürdigung von Bedeutung war. Ist ein Tatgericht bereits vor der Vernehmung eines bei der Polizei schweigenden Beschuldigten auf der Grundlage der erfolgten Beweisaufnahme von seiner Täterschaft überzeugt, so ist die Frage der nachteiligen Verwertung seines Aussageverhaltens auch für den Gerichtshof irrelevant.⁶³⁵ Enthält die innerstaatliche Gerichtsentscheidung keinerlei Anhaltspunkte darüber, so sieht der EGMR keinen Bedarf, der Behauptung des Beschwerdeführers nachzugehen, dass eine solche Verwertung doch in der Tat erfolgt sei. Eine abstrakte Normkontrolle der einschlägigen Bestimmungen des nationalen Rechts liege ebenfalls nicht in seinem Zuständigkeitsbereich.⁶³⁶

Aus den oben genannten Gründen *soll* und *kann* das Schweigerecht, viertens, einen Richter nicht daran hindern, nachteilige Schlussfolgerungen im Einklang mit dem gesunden Menschenverstand zu ziehen.⁶³⁷ Dies ist nach dem Gerichtshof bei einem Jury-Verfahren sehr deutlich. Es sei nämlich unmöglich festzustellen, welches Gewicht eine Jury dem Schweigen des Beschuldigten beigemessen hat.⁶³⁸ Im Fall einer richterlichen Entscheidung genieße der Beschuldigte sogar eine beachtliche Garantie, weil der Richter in der Begründung die gezogenen Schlussfolgerungen darlegt und das nationale Revisionsgericht dies überprüfen kann.⁶³⁹ Der Maßstab der zulässigen Vorgehensweise bei der nachteiligen Verwertung des Aussageverhaltens eines Beschuldigten ist somit nach dem Gerichtshof im Ergebnis lediglich Common Sense.⁶⁴⁰

⁶³³ So ausdrücklich EGMR *Marlow* ./ GB ZE v. 05.12.2000 § 2 Recht.

⁶³⁴ EGMR *Kok* ./ NL ZE v. 04.07.2000 § 5; EGMR *Smith* ./ GB ZE v. 12.12.2002 § Recht.

⁶³⁵ Vgl. EGMR *Fox* ./ GB ZE v. 09.11.1999 § Recht; hierzu siehe auch *Schlauri*, S. 369.

⁶³⁶ EGMR *Rock* ./ IE ZE v. 11.05.2000 § Recht; vgl. EGMR *Marlow* ./ GB ZE v. 05.12.2000 § 2 Recht; EGMR *Wood* ./ GB ZE v. 20.01.2004 § A.2 Recht.

⁶³⁷ So ausdrücklich etwa EGMR *John Murray* ./ GB Ur t. v. 28.09.1995 § 47; EGMR *Condron* ./ GB Ur t. v. 02.05.2000 § 56; EGMR *Fox* ./ GB ZE v. 09.11.1999 § Recht; EGMR *Owen* ./ GB ZE v. 28.08.2001 § Recht.

⁶³⁸ EGMR *Tomlinson* ./ GB ZE v. 28.08.2001 § Recht; EGMR *Owen* ./ GB ZE v. 28.08.2001 § Recht; EGMR *Beckles* ./ GB Ur t. v. 08.01.2003 § 65; siehe auch *Salditt*, FS für Samson, S. 703.

⁶³⁹ EGMR *John Murray* ./ GB Ur t. v. 08.02.1996 § 51; EGMR *Fox* ./ GB ZE v. 09.11.1999 § Recht.

⁶⁴⁰ EGMR *Telfner* ./ AT Ur t. v. 20.03.2001 § 17; *Safferling/Hartwig*, ZIS 2009, 788; siehe *Trechsel*, Human Rights, S. 356; kritisch hiergegen *Kühne*, StV 2001, 76 f.; *Salditt*, FS für Hamm, S. 599.

cc) Schranken-Schranken

Trotz dieser Zulässigkeit im Grundsatz ist nach dem EGMR die nachteilige Verwertung des Aussageverhaltens eines Beschuldigten nur unter Einhaltung gewisser Garantien konventionskonform.⁶⁴¹ Als eine Schranken-Schranke wurde bereits oben erwähnt, dass Schweigen nie als Schuldindiz bewertet werden darf. Denn dies wäre ein unmittelbarer rechtlicher Zwang, der den Wesensgehalt des Schweigerechts nach Art. 6 Abs. 1 EMRK zerstört.⁶⁴² Gewährt insofern das nationale Recht die Garantie, dass aus dem vollständigen Schweigen des Beschuldigten keine nachteilige Schlussfolgerung gezogen werden darf, so geht dies über den Schutz der Konvention hinaus.⁶⁴³

Für eine konventionskonforme nachteilige Verwertung des Schweigens muss außerdem die Anklage gegen den Beschuldigten *prima facie* begründet sein. Dementsprechend bedeutet die nachteilige Verwertung grundsätzlich, dass das Aussageverhalten des Beschuldigten bei der Beurteilung der Überzeugungskraft der belastenden Beweise gegen ihn berücksichtigt wird. Mit anderen Worten muss die Anklage durch unmittelbare Beweise so untermauert sein, dass sie mit den nachteiligen Schlussfolgerungen jenseits eines angemessenen Zweifels den Schuldspruch zulässt.⁶⁴⁴ Anderenfalls würde ein Beschuldigter unmittelbar und unzulässig zur Beweisführung gezwungen⁶⁴⁵ sowie die Beweislast durch die Verletzung der Unschuldsvermutung nach Art. 6 Abs. 2 EMRK auf ihn verschoben.⁶⁴⁶ Ist die Anklage lediglich durch ein geringes Belastungsmaterial gestützt, so lässt sich darüber hinaus vom Beschuldigten keine Antwort darauf erwarten und seine Verweigerung rechtfertigt keine nachteiligen Schlussfolgerungen.⁶⁴⁷ Der EGMR hat diese Voraussetzung in seiner späteren Rechtsprechung dahingehend relativiert, dass zur Zeit der polizeilichen Vernehmung kein sogenannter *case to answer* vorliegen muss, um etwa aus dem Schweigen des anwaltlich beratenen Beschuldigten, der in

⁶⁴¹ Zu einer Auflistung der Voraussetzungen siehe EKMR *Quinn ./. GB* Bericht v. 11.03.1997 § 55; EGMR *Fox ./. GB* ZE v. 09.11.1999 § Recht; vgl. *Meyer-Ladewig*, Art. 6 Rn. 139, der diese Voraussetzungen als „eng“ bezeichnet; siehe auch *Rau*, S. 302; *Dennis*, *Crim.L.R.* 2002, 28 f.

⁶⁴² Vgl. EGMR *John Murray ./. GB* Ur. v. 08.02.1996 §§ 48 ff.; *Itziggen*, S. 13.

⁶⁴³ So das schottische Recht hierzu siehe EGMR *Beggs ./. GB* ZE v. 16.10.2012 § 131.

⁶⁴⁴ EGMR *John Murray ./. GB* Ur. v. 08.02.1996 § 51; auf das Gewicht der nachteiligen Verwertung des Aussageverhaltens des Beschuldigten bei der Begründung seiner Verurteilung abstellend auch EGMR *Fox ./. GB* ZE v. 09.11.1999 § Recht; doch keine besondere Prüfung dieses Kriteriums EGMR *Marlow ./. GB* ZE v. 05.12.2000 § 2 Recht; EGMR *Randall ./. GB* ZE v. 05.12.2000 § Recht; siehe auch *von Arnim*, GS für Blumenwitz, S. 273 f.; das Grünbuch der EG-Kommission (2006) 174 verlangt, dass die Staatsanwaltschaft „den Fumus boni iuris glaubhaft macht“.

⁶⁴⁵ EGMR *Owen ./. GB* ZE v. 28.08.2001 § Recht.

⁶⁴⁶ EGMR *Telfner ./. AT* Ur. v. 20.03.2001 § 18 f.

⁶⁴⁷ EGMR *John Murray ./. GB* Ur. v. 28.09.1995 § 51; siehe auch das Grünbuch der EG-Kommission (2006) 174.

der Hauptverhandlung ein verspätetes Alibi vorträgt, nachteilige Schlüsse zu ziehen.⁶⁴⁸ Des Weiteren sind nur solche Schlussfolgerungen aus seinem Aussageverhalten zulässig, die nach dem gesunden Menschenverstand geboten sind.⁶⁴⁹ Dabei müssen andere Gründe berücksichtigt werden, die nicht schuldrelevant sind und eine Erklärung für das fragliche Aussageverhalten des Beschuldigten liefern können.⁶⁵⁰

dd) Erforschung des Motivs – insbesondere Verteidigerrat

Dieser Rechtsprechung des EGMR liegt die Prämisse zugrunde, dass sich das Motiv des Schweigens unter den Umständen des Einzelfalls feststellen lässt. Nach dem Gerichtshof sind zwar unschuldige Personen in der Regel gewillt, durch eine Erklärung, dass sie an der Tat nicht beteiligt waren, mit der Polizei bei der Aufklärung des Tatverdachts zu kooperieren. Es könne allerdings auch Fälle geben, in denen unschuldige Personen einen Grund haben zu schweigen.⁶⁵¹ Dies sei insbesondere dann der Fall, wenn sie zunächst einen Verteidiger konsultieren wollen, bevor sie sich zur Sache einlassen. Diese Entscheidung des Beschuldigten sei umso nachvollziehbarer, wenn ihm eine schwere Tat vorgeworfen wird. Es sei daher bei der nachteiligen Verwertung des anfänglichen Schweigens eines Beschuldigten stets zu berücksichtigen, dass er aufgrund eines Bona-Fide-Anratens seines Verteidigers geschwiegen haben könnte.⁶⁵² Ein solches Anraten *kann* nach dem Gerichtshof etwa angenommen werden, wenn der Verteidiger trotz des gegenteiligen ärztlichen Attestes der Polizei der Meinung war, dass der Beschuldigte nicht vernehmungsfähig sei und ihm Schweigen nahelegte. In diesem Fall bedeutet sein Schweigen bei der polizeilichen Vernehmung nicht unbedingt, dass er keine Antwort auf eine klare Beweislage hatte bzw. noch kein Alibi erfunden hatte, welches in der Hauptverhandlung seiner Vernehmung standhalten würde.⁶⁵³

⁶⁴⁸ EGMR *Coghlan ./. GB* ZE v. 29.11.2005 § A.2. Recht; für die Situationen, die eine Erklärung vom Beschuldigten erwarten lassen, siehe EGMR *Boyle ./. GB* ZE v. 03.05.2011 § 43.

⁶⁴⁹ EGMR *John Murray ./. GB* Ur. v. 08.02.1996 § 51; EGMR *Condron ./. GB* Ur. v. 02.05.2000 § 61; hierzu siehe ferner *Schlauri*, S. 363; das Grünbuch der EG-Kommission (2006) 174; kritisch hiergegen *Kühne*, EuGRZ 1996, 572 („wenig hilfreich“); *Rau*, S. 302 (keine nähere Präzision).

⁶⁵⁰ Siehe für die Schwierigkeiten bei der Ex-post-Suche nach dem tatsächlichen Grund des Schweigens *Roberts/Zuckerman*, S. 573.

⁶⁵¹ EGMR *Averill ./. GB* Ur. v. 06.06.2000 § 49; so bereits EKMR *Quinn ./. GB* Bericht v. 11.03.1997 § 60; vgl. *Gaede*, S. 316; *Salditt*, FS für Samson, S. 702.

⁶⁵² EGMR *Averill ./. GB* Ur. v. 06.06.2000 § 49; vgl. EKMR *Quinn ./. GB* Bericht v. 11.03.1997 § 60.

⁶⁵³ EGMR *Condron ./. GB* Ur. v. 02.05.2000 § 61; ein absoluter Grund, der die nachteilige Verwertung des polizeilichen Schweigens und des in der Hauptverhandlung verspätet vorgetragenen Alibis ausschließen würde, liegt nach dem EGMR *Randall ./. GB* ZE v. 05.12.2000 § Recht auch nicht vor, wenn der Beschuldigte auf Anraten seines Verteidigers

Nach dem Gerichtshof stellt sich in jedem Fall die Frage, ob die Berufung auf das Anraten des Verteidigers der „aufrichtige“ Grund des Schweigens oder eine „leichte Selbstschutzbehauptung“ ist.⁶⁵⁴ Dies erfordert unter Umständen, dass der Beschuldigte den Inhalt seines Verteidigergesprächs in der Hauptverhandlung offenlegen muss. Dabei kann er nach dem EGMR die Verletzung der Vertraulichkeit dieser Gespräche bei der polizeilichen Vernehmung unter Art. 6 EMRK nicht geltend machen. Denn er selbst habe in solchen Fällen den Verteidigerrat zu einem wichtigen Bestandteil seiner Verteidigung gemacht. Dies stelle durchaus einen Aussagezwang dar, der allerdings nur mittelbar sei.⁶⁵⁵ Nach diesem Standpunkt macht die Berufung auf den Verteidigerrat die nachteilige Verwertung des Schweigens nicht per se unzulässig.⁶⁵⁶

Im Übrigen wird nach dem EGMR das Recht des Beschuldigten auf Verteidigerbeistand bei der polizeilichen Vernehmung nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK durch die nachteilige Verwertung seines Schweigens nicht eingeschränkt. Denn dieses Recht komme ihm ausreichend zugute, etwa wenn der Verteidiger durch seine Anwesenheit bei der polizeilichen Vernehmung imstande war, dem Beschuldigten anzuraten, sich auf die Fragen nicht einzulassen.⁶⁵⁷ Dadurch erhalte der Beschuldigte eine angemessene Beratung darüber, was seinen Interessen in der Phase der Ermittlungen am besten dienlich ist, nämlich Schweigen oder Kooperation. Hat er sich auf Anraten seines Verteidigers für das Schweigen entschieden, so hat er die rechtlichen Konsequenzen zu tragen.⁶⁵⁸

Seine Rechtsprechung bezüglich der Motivforschung revidierte der Gerichtshof, soweit ersichtlich, zuletzt im Fall *Adetoro*. Dabei scheint er den oben erwähnten Unterschied zwischen schuldigen und unschuldigen Beschuldigten aufzugeben zu haben. Die Gründe, die einen Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung zum Schweigen veranlassen, könne man nämlich nach dem Gerichtshof für den Fall, dass er im Nachhinein einen materiellrechtlichen Grund zu seiner Verteidigung vorträgt (sog. *substantive defence*), in zwei Gruppen teilen. Während beispielsweise der oben genannte Verteidigerrat oder die Vernehmungsunfähigkeit zu denen zählen, die keinen Zusammenhang mit seiner materiellen Verteidigung haben, würde der Beschuldigte in anderen Fällen Gründe für sein Schweigen bei der Polizei an-

bei der polizeilichen Vernehmung die Aussage verweigert hatte, weil er immer noch psychisch und physisch unter den Folgen der Verwicklung in die Tötung seiner Freundin litt.

⁶⁵⁴ EGMR *Beckles* ./ GB Urt. v. 08.01.2003 § 62; siehe ferner *Gaede*, S. 316 (jedoch kein „vorgeschobener Rat des Verteidigers“); *Salditt*, FS für Samson, S. 702 f.; *Jennings/Ashworth/Emmerson*, Crim.L.R. 2000, 882; *Ashworth/Redmayne*, S. 104.

⁶⁵⁵ EGMR *Condrón* ./ GB Urt. v. 02.05.2000 § 61; EGMR *Tomlinson* ./ GB ZE v. 28.08.2001 § Recht.

⁶⁵⁶ Vgl. EGMR *Kavanagh* ./ GB ZE v. 28.08.2001 § Recht; *Salditt*, FS für Samson, S. 703.

⁶⁵⁷ EGMR *Randall* ./ GB ZE v. 05.12.2000 § Recht.

⁶⁵⁸ EGMR *Tomlinson* ./ GB ZE v. 28.08.2001 § Recht; ebenso EGMR *Beckles* ./ GB Urt. v. 08.01.2003 § 60; wiederholt EGMR *Coghlan* ./ GB ZE v. 29.11.2005 § A.2 Recht.

geben, die doch „von ihrer Natur aus“ in dem genannten Sinn verteidigungsmotiviert sind. Im Allgemeinen beabsichtige er „aus gewissen Gründen die Wahrheit zu verbergen“. Betrachtet man also seine materielle Verteidigung als nicht überzeugend, so gilt dies auch für den angegebenen Grund für sein polizeiliches Schweigen.⁶⁵⁹

Im Ergebnis stellt sich die Rechtsprechung des Gerichtshofs bei der Motivforschung in Anbetracht der zwei oben aufgeführten Ansätze nicht nur diffus, sondern auch einseitig dar. Denn die Einbeziehung eines vermeintlichen Erfahrungssatzes, wie sich ein Unschuldiger verhalten würde, untergräbt die Aussagefreiheit, die ungeachtet der tatsächlichen Schuld als prozessuales Recht nach Art. 6 Abs. 1 jedem Beschuldigten zusteht, und stellt den Zweck der Vermeidung von Fehlurteilen in den Vordergrund.⁶⁶⁰

ee) Die Prüfung des EGMR

Auch bei der Anwendung der oben genannten Voraussetzungen ist in der Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht vollständig abgeklärt, wie sich diese Voraussetzungen einer zulässigen Verwertung des Aussageverhaltens eines Beschuldigten zueinander verhalten und ob und inwiefern hierbei den nationalen Instanzen ein Beurteilungsspielraum zusteht.⁶⁶¹ Da die Nachprüfbarkeit ihrer Einhaltung im Fall eines Jury-Verfahrens wegen der fehlenden Begründung der Beweiswürdigung durch die Jury nicht möglich ist, legt der EGMR sein Augenmerk auf die vollständige und klare Anweisung an die Jury über diese Voraussetzungen, bevor die Jurymitglieder das Aussageverhalten des Beschuldigten zu seinem Nachteil verwerten.⁶⁶² Seine Prüfung fällt dagegen umfangreicher aus, wenn die Verwertung des Aussageverhaltens des Beschuldigten in einer gerichtlichen Entscheidung vorgenommen worden ist.⁶⁶³

Grundsätzlich erkennt der Gerichtshof an, dass die Frage der Würdigung des Verhaltens eines Beschuldigten im Ermessen des Tatgerichts liegt. Dieses müsse aber die Gründe seiner Beurteilung und das Gewicht der nachteiligen Schlussfolge-

⁶⁵⁹ EGMR *Adetoro* ./ GB Urt. 20.04.2010 § 51.

⁶⁶⁰ Hierzu siehe mehr oben Kap. 2, II.B.4.c).

⁶⁶¹ Ebenso LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 918.

⁶⁶² EGMR *Condron* ./ GB Urt. v. 02.05.2000 §§ 61 ff.; EGMR *Beckles* ./ GB Urt. v. 08.01.2003 §§ 62 ff.; EGMR *Randall* ./ GB ZE v. 05.12.2000 § Recht; EGMR *Marlow* ./ GB v. 05.12.2000 § 2 Recht; EGMR *Tomlinson* ./ GB ZE v. 28.08.2001 § Recht; EGMR *Owen* ./ GB ZE v. 28.08.2001 § Recht; EGMR *Kavanagh* ./ GB ZE v. 28.08.2001 § Recht.

⁶⁶³ EGMR *John Murray* ./ GB Urt. v. 28.09.1995 §§ 45 ff.; EGMR *Fox* ./ GB ZE v. 09.11.1999 § Recht; EGMR *Averill* ./ GB Urt. v. 06.06.2000 §§ 43 ff.; EGMR *Telfner* ./ AT Urt. v. 20.03.2001 §§ 15 ff.; EGMR *Krumpholz* ./ AT Urt. v. 18.03.2010 §§ 30 ff.; EKMR *Lihtavuo* ./ FI ZE v. 09.04.1997 § Recht; EKMR *Quinn* ./ GB Bericht v. 11.03.1997 §§ 57 ff.; EKMR *Brown* ./ NL ZE v. 21.10.1998 § Recht.

rungen in der Entscheidung darlegen.⁶⁶⁴ Bei der Straßburger Prüfung liegt es jedoch nicht im Zuständigkeitsbereich des EGMR, die innerstaatliche Beurteilung der Beweise durch die eigene Würdigung der Tatsachen zu ersetzen. Die Aufgabe des Gerichtshofs erschöpfe sich darin, über die Fairness des Gesamtverfahrens einschließlich der Beweismwürdigung zu urteilen. Im Hinblick auf das Vorliegen der Voraussetzungen für eine konventionsrechtlich zulässige Verwertung des Aussageverhaltens des Beschuldigten bedeute dies grundsätzlich eine Willkürkontrolle der richterlichen Entscheidung, ob die Anklage hinreichend begründet war (Prima-Facie-Kriterium), um die fragliche nachteilige Verwertung zu rechtfertigen.⁶⁶⁵

Auch wenn der EGMR dies Willkürkontrolle nennt, so ist doch der Umfang seiner Prüfung auf der Grundlage der innerstaatlichen Entscheidungen erheblich.⁶⁶⁶ Er hält sich nicht zurück, die Einzelheiten der innerstaatlichen Beweiswürdigung aufzuführen und sie einer grundlegenden Beurteilung zu unterziehen.⁶⁶⁷ Stellt sich dabei heraus, dass das Schweigen des Beschuldigten als Schuldindiz verwertet wurde, so ist der Wesensgehalt des Rechts auf ein faires Verfahren i.S.v. Art. 6 EMRK verletzt. Dabei ist unbeachtlich, ob dies bei der Begründung der Verurteilung entscheidend war.⁶⁶⁸ Außerdem kann der EGMR am Ende seiner Prüfung das Nichtvorliegen eines prima facie nachgewiesenen Schuldvorwurfs feststellen. Bis jetzt gelangte er in zwei österreichischen Fällen zu diesem Ergebnis.⁶⁶⁹ Die Nichterfüllung dieser Voraussetzung führt zwangsläufig dazu, dass vom Beschuldigten keine Antwort erwartet werden kann⁶⁷⁰ oder die gezogene Schlussfolgerung dem gesunden Menschenverstand nicht entspricht.⁶⁷¹ Nach dem Gerichtshof lässt dagegen etwa der Umstand, dass am Beschuldigten nach seiner Festnahme Tatspuren festgestellt wurden, erwarten, dass er eine Erklärung dafür gibt. Da er dies unterlassen hatte, widerspreche dem gesunden Menschenverstand die Schlussfolgerung nicht, dass er keine Erklärung dafür hatte und schuldig war.⁶⁷²

Eine unzulässige Schlussfolgerung stellt der EGMR im Fall *Getiren* fest. Der Beschuldigte hatte sich im konkreten Fall bei der polizeilichen Vernehmung geweigert,

⁶⁶⁴ EGMR *John Murray* ./ *GB* Ur. v. 28.09.1995 § 51.

⁶⁶⁵ EGMR *Fox* ./ *GB* ZE v. 09.11.1999 § Recht; ähnlich EKMR *Lihtavuo* ./ *FI* ZE v. 09.04.1997 § Recht; kritisch hiergegen *Salditt*, FS für Hamm, S. 599.

⁶⁶⁶ EGMR *John Murray* ./ *GB* Ur. v. 28.09.1995 §§ 52 ff.; EGMR *Averill* ./ *GB* Ur. v. 06.06.2000 § 50.

⁶⁶⁷ So etwa EGMR *Fox* ./ *GB* ZE v. 09.11.1999 § Recht; EGMR *Telfner* ./ *AT* Ur. v. 20.03.2001 § 10 f.; kritisch hiergegen *Schlauri*, S. 392 (die „Manier einer Appellationsinstanz“).

⁶⁶⁸ EGMR *Getiren* ./ *TR* Ur. v. 22.07.2008 §§ 126 ff.

⁶⁶⁹ EGMR *Telfner* ./ *AT* Ur. v. 20.03.2001 §§ 15 ff.; EGMR *Krumpholz* ./ *AT* Ur. v. 18.03.2010 §§ 30 ff.

⁶⁷⁰ EGMR *Telfner* ./ *AT* Ur. v. 20.03.2001 § 18.

⁶⁷¹ EGMR *Krumpholz* ./ *AT* Ur. v. 18.03.2010 § 40.

⁶⁷² EGMR *Averill* ./ *GB* Ur. v. 06.06.2000 § 51.

das Vernehmungsprotokoll zu unterschreiben, laut dem er erklärt haben soll: „Ich bin nur gegenüber der PKK verantwortlich. Ich werde gegenüber der Polizei und der Justiz der Türkischen Republik keine Aussagen machen.“⁶⁷³ Das innerstaatliche Gericht habe bei seiner Beweiswürdigung den Wesensgehalt des Rechts auf ein faires Verfahren i.S.v. Art. 6 EMRK verletzt, als es aus dem Schweigen bei der polizeilichen Vernehmung und der Unterschriftsverweigerung des Beschuldigten den Schluss zog, er habe sich dadurch wie ein Mitglied der illegalen Organisation verhalten. Indem das Gericht das Schweigen auf seine Mitgliedschaft in einer illegalen Organisation zurückgeführt habe, habe es dadurch ein Schuldindiz angenommen.⁶⁷⁴

Ist dagegen das Vorliegen eines Prima-Facie-Nachweises zu bejahen, so hat der EGMR bis jetzt, soweit ersichtlich, in keinem Fall die nachteilige Würdigung des Aussageverhaltens beanstandet.⁶⁷⁵ Denn eine solche Annahme legt grundsätzlich die Erwartbarkeit einer entlastenden Antwort des Beschuldigten nahe⁶⁷⁶ und entzieht dem EGMR vollständig den Boden, in die innerstaatliche Beweiswürdigung zu intervenieren.⁶⁷⁷

b) Ergebnisse

Die oben dargelegte Rechtsprechung zeigt, dass der EGMR die nachteilige Verwertung des Aussageverhaltens des Beschuldigten grundsätzlich für zulässig hält.⁶⁷⁸ Die Rechtsprechung des EGMR über die Verwertbarkeit des Aussageverhaltens des Beschuldigten trägt beachtliche Züge des englischen Rechts. Dies erklärt sich nicht nur aufgrund der Mehrzahl der englischen Fälle, mit denen sich der EGMR auseinanderzusetzen hatte und dabei die Konventionskonformität des englischen Rechts zum großen Teil bescheinigt hat, sondern auch in der offenkundigen Inkorporation von englischem Recht durch den EGMR.⁶⁷⁹ Dadurch bleibt der Gerichtshof offensichtlich bei der Gewährung der Aussagefreiheit hinter dem Menschenrechtsausschuss der Vereinten Nationen zurück, nach dem Art. 14 Abs. 3

⁶⁷³ EGMR *Getiren ./. TR* Ur. v. 22.07.2008 § 122.

⁶⁷⁴ EGMR *Getiren ./. TR* Ur. v. 22.07.2008 §§ 126 ff.

⁶⁷⁵ EGMR *John Murray ./. GB* Ur. v. 28.09.1995 §§ 45 ff.; EGMR *Fox ./. GB* ZE v. 09.11.1999 § Recht; EGMR *Averill ./. GB* Ur. v. 06.06.2000 §§ 43 ff.; ebenso EKMR *Quinn ./. GB* Bericht v. 11.03.1997 §§ 57 ff.; EKMR *Lihtavuo ./. FI* ZE v. 09.04.1997 § Recht.

⁶⁷⁶ EGMR *Averill ./. GB* Ur. v. 06.06.2000 § 51; vgl. EGMR *John Murray ./. GB* Ur. v. 28.09.1995 § 54; siehe auch EKMR *Quinn ./. GB* Bericht v. 11.03.1997 § 63; EKMR *Brown ./. NL* ZE v. 21.10.1998 § Recht.

⁶⁷⁷ EGMR *John Murray ./. GB* Ur. v. 28.09.1995 § 54; EGMR *Averill ./. GB* Ur. v. 06.06.2000 § 51; vgl. EKMR *Quinn ./. GB* Bericht v. 11.03.1997 § 63.

⁶⁷⁸ Vgl. *Schlauri*, S. 364; *Dennis*, Crim.L.R. 2002, 27.

⁶⁷⁹ Zur Entwicklung dieser Gesetzgebung siehe etwa *Salditt*, FS für Samson, S. 707; *Dennis*, Crim.L.R. 2002, 25 f.

lit. g IPBPR verbietet, aus dem Schweigen eines Beschuldigten nachteilige Schlüsse auf seine Schuld zu ziehen.⁶⁸⁰ Bemerkenswert ist, dass der Ausschuss diese Feststellung in seinem Bericht über die Umsetzung des internationalen Pakts in Großbritannien und Nordirland gemacht hat.

3. Zwischenergebnisse

Zusammenfassend lässt sich konstatieren, dass die konventionsrechtliche Aussagefreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK dem Beschuldigten bei der polizeilichen Befragung, abgesehen von Straßenverkehrsdelikten, einen absoluten Schutz von einer strafbewehrten Aussage- oder Erscheinungspflicht gewährt. Dagegen ist der Schutz vor einem mittelbaren Aussagezwang in Gestalt der nachteiligen Verwertung des Aussageverhaltens des Beschuldigten bei der richterlichen Beweiswürdigung relativ.

IV. Umgehungsverbot

Faktisch relativ ist die Aussagefreiheit eines Beschuldigten zunächst auch bei verdeckten Maßnahmen von Ermittlungsorganen, die ihn über ihre Identität und Absicht täuschen und ihn durch Schaffung eines Aussagemotivs zur Selbstbelastung veranlassen. Dem herkömmlichen Schutz seiner Aussagefreiheit liegt dagegen, wie es bei dem oben aufgeführten Schutz vor Aussagezwang angenommen wurde, das Bild einer offenen Vernehmung zugrunde, bei der der Beschuldigte in Kenntnis des amtlichen Charakters der Befragung und mit der Möglichkeit des Schweigerechts nach Art. 6 Abs. 1 EMRK über die tatsächliche Entscheidungsfreiheit, an seiner eigenen Überführung als Aussageperson nicht mitzuwirken, verfügt. Diese Freiheit kann daher unterlaufen werden, wenn die Befragung ihm die genannten Umstände entzieht.

Den Ausgleich zwischen der Aussagefreiheit des Beschuldigten nach Art. 6 Abs. 1 EMRK und den Belangen der Strafverfolgung möchte der Gerichtshof erreichen, indem er verdeckte Ermittlungsmaßnahmen im Grundsatz für konventionskonform erklärt (A.), ihnen jedoch Grenzen zieht (B.). Hieraus ergibt sich ein gewisses Verbot für Ermittlungsorgane, die Aussagefreiheit des Beschuldigten durch eine verdeckte Befragung zu umgehen.

⁶⁸⁰ United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, ICCPR, A/50/40 vol. I (1995) 72 at paras. 424 and 432; Ireland, ICCPR, A/55/40 vol. I (2000) 61 at paras. 436 and 437; ebenso der UN-Ausschuss für Kinderrechte im Hinblick auf die Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 40 Abs. 1 lit. b IV) und die Unschuldsvermutung in United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, CRC, CRC/C/38 (1995) 35 at para. 222.

A. Grundzüge der Zulässigkeit verdeckter Ermittlungsmaßnahmen

Es gehört zur gefestigten Rechtsprechung des EGMR, dass die legitimen Interessen der Allgemeinheit an einer wirksamen Verbrechensbekämpfung in einer demokratischen Gesellschaft unter Umständen den Gebrauch von verdeckten Ermittlungsmaßnahmen erforderlich machen können.⁶⁸¹ Dabei gilt es allerdings, die Grenze zu beachten, dass das Recht auf eine faire Rechtspflege nach Art. 6 Abs. 1 EMRK, die ebenfalls einen hohen Stellenwert in einer demokratischen Gesellschaft hat, der Zweckmäßigkeit dieser Maßnahmen nicht geopfert werden darf.⁶⁸² Die konventionsrechtliche Zulässigkeit verdeckter Ermittlungsmethoden ist somit eine Frage der Verhältnismäßigkeit zwischen den genannten Kollisionsgütern.⁶⁸³ Dies gilt auch für die Reichweite der konventionsrechtlichen Aussagefreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK.

Bei näherer Betrachtung behandelt der Gerichtshof die Frage der Grenzen des Veranlassens zur Selbstbelastung in zwei groben Fallgruppen: Tatprovokation und verdeckte Abschöpfung des Tatwissens eines Beschuldigten,⁶⁸⁴ wobei sich es nicht immer leicht darstellt, die beiden voneinander klar zu trennen. Bei einer unzulässigen Tatprovokation veranlasst der Staat einen Beschuldigten nicht nur zur aktiven Mitwirkung an der eigenen Überführung, sondern schafft durch die unzulässige Einflussnahme auf seine Entscheidungsfreiheit die Grundlage, überhaupt eine Straftat zu begehen. Daher wird ihm das Recht auf ein faires Verfahren i.S.v. Art. 6 EMRK von Anfang an und definitiv entzogen.⁶⁸⁵

An der staatlichen Verantwortung bzw. Zurechnung ändert es nach der gefestigten Rechtsprechung des Gerichtshofs nichts, wenn Privatpersonen zur Vornahme verdeckter Ermittlungen in staatlichem Auftrag handeln.⁶⁸⁶ Die Frage, ob Art. 6 EMRK

⁶⁸¹ Hierzu siehe EGMR *Lüdi* ./ CH Ur t. v. 15.06.1992 § 39; EGMR *Teixeira de Castro* ./ PT Ur t. v. 09.06.1998 § 36 f.; EGMR *Khudobin* ./ RU Ur t. v. 26.10.2006 § 128; EGMR *Ramanuskas* ./ LT Ur t. v. 05.02.2008 § 49; EGMR *Goranova-Karaeneva* ./ BG Ur t. v. 08.03.2011 §§ 43 ff.; siehe ferner *Grabenwarter*, S. 422 Rn. 63; *Meyer-Ladewig*, Art. 6 Rn. 158; *Gaede*, JR 2009, 495.

⁶⁸² EGMR *Teixeira de Castro* ./ PT Ur t. v. 09.06.1998 § 36; EGMR *Calabro* ./ IT und *DE ZE* v. 21.03.2002 § 2 Recht; EGMR *Pyrgiotakis* ./ GR Ur t. v. 21.02.2008 § 20; EGMR *Bannikova* ./ RU Ur t. v. 04.11.2010 § 33; siehe auch LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 253; *Kempf*, StV 1999, 129.

⁶⁸³ So auch im Ergebnis *Gaede/Buermeyer*, HRRS 6/2008, 281.

⁶⁸⁴ Hiervon zu unterscheiden ist die bloße heimliche Kommunikationsüberwachung durch Ermittlungsorgane, die sich lediglich das Unwissen eines Beschuldigten zunutze machen, dass seine technische Kommunikation von Drittpersonen angezapft wird; vgl. *Gaede*, JR 2009, 495.

⁶⁸⁵ EGMR *Bannikova* ./ RU Ur t. v. 04.11.2010 § 34.

⁶⁸⁶ Zur Zurechenbarkeit des Handelns von Privatpersonen in staatlichem Auftrag in Fällen von Tatprovokation siehe EGMR *Gorgievski* ./ MK Ur t. v. 16.06.2009 §§ 52 ff.; EGMR *Miliniene* ./ LT Ur t. v. 24.06.2008 §§ 37 ff.; EGMR *Ramanauskas* ./ LT Ur t. v.

hinsichtlich verdeckter Ermittlungen von Privatpersonen eine Drittwirkung begründet, hat der Gerichtshof für den Fall der Tatprovokation ausdrücklich bejaht. Das Anstiftungsverbot gilt nach dem Gerichtshof auch privaten Dritten, die nicht im Auftrag der Ermittlungsorgane operieren, sondern aus eigenen Stücken.⁶⁸⁷ Mit der Frage der Drittwirkung des Rechts auf ein faires Verfahren im Hinblick auf verdeckte Abschöpfung hat sich der EGMR bis jetzt zwar nicht ausdrücklich auseinandergesetzt,⁶⁸⁸ hat dies aber im Fall *Schenk* konkludent wohl verneint.⁶⁸⁹

Zur Vereinbarkeit der verdeckten Abschöpfung des Tatwissens des Beschuldigten mit der Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK hat der EGMR im Fall *Allan*, in dem der inhaftierte Betroffene von seinem Zellengenossen einer verdeckten Befragung ausgesetzt wurde, grundlegend Stellung genommen.⁶⁹⁰ Hiernach begrenze sich der Schutzzumfang nicht auf die Fälle, in denen der Beschuldigte einem Zwang widerstehen muss oder in denen sein Wille unmittelbar überwunden wird. Dieses Recht gewährt nach dem EGMR auch einem Beschuldigten die Freiheit, bei der Befragung durch die Polizei zwischen Schweigen und Aussagen entscheiden zu dürfen. Diese Freiheit würde effektiv unterlaufen, wenn die Behörden in einem Fall, in dem sich der Beschuldigte bei der Vernehmung fürs Schweigen entschieden hat, eine Täuschung anwenden, um ihm ein Geständnis oder andere belastende Aussagen zu entlocken, die sie während der Vernehmung nicht erlangen konnten und die ins Verfahren gegen ihn eingeführt werden.⁶⁹¹

Nun wäre es voreilig, diese Leitsätze als allgemein verbindliche konventionsrechtliche Vorgaben für die Zulässigkeit einer verdeckten Abschöpfung zu betrachten.⁶⁹² Die Rechtsprechung des EGMR zu verdeckten Ermittlungen muss in ihrer Gesamtheit analysiert werden, zumal die Große Kammer des Gerichtshofs 2008 in dem nachfolgenden Fall *Bykov*, der ebenfalls eine verdeckte Befragung betrifft, diese Rechtsprechung präzisiert hat. Zwar ist der im Rahmen dieser Arbeit zu un-

05.02.2008 §§ 62 ff.; in Fällen verdeckter Befragungen EGMR *Schenk* ./ *CH* Ur. v. 12.07.1988 §§ 39 ff.; EGMR *Allan* ./ *GB* Ur. v. 05.11.2002 §§ 42 ff.; EGMR *A.* ./ *FR* Ur. v. 23.11.1993 §§ 35 ff.; EGMR *M.M.* ./ *NL* Ur. v. 08.04.2003 §§ 36 ff. = in Leitsätzen HRRS 5/2003, 77; EGMR *Heglas* ./ *CZ* Ur. v. 01.03.2007 §§ 55 ff.; EGMR *Van Vondel* ./ *NL* Ur. v. 25.10.2007 § 49; eingehend hierzu *Gaede*, StV 2004, 46 ff.; ferner LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 252; *ders.*, JR 2004, 104; *Eidam*, S. 69 ff.; *Mahlstedt*, S. 93 f.; *Guder*, S. 167 f.; *Esser*, StraFo 2003, 338; *Demko*, HRRS 11/2004, 383 ff.; *Sowada*, FS für Geppert, S. 705; *Zerbes*, S. 80.

⁶⁸⁷ EGMR *Shannon* ./ *GB* ZE v. 06.04.2004 A. Recht.

⁶⁸⁸ *Gaede*, StV 2003, S. 261.

⁶⁸⁹ EGMR *Schenk* ./ *CH* Ur. v. 12.07.1988 §§ 39 ff.

⁶⁹⁰ Für die vorausgegangene Spruchpraxis des EGMR siehe eingehend *Guder*, S. 158 ff.; kritisch gegenüber dem durch die *Allan*-Entscheidung erweiterten Schutzzumfang der Aussagefreiheit auf verdeckte Ermittlungsmaßnahmen *Verrel*, FS für Puppe, S. 1637.

⁶⁹¹ EGMR *Allan* ./ *GB* Ur. v. 05.11.2002 § 50 = in Leitsätzen HRRS 3/2003, 37; *Schlauri*, S. 205, ermahnt zu einer vorsichtigen Auslegung dieser Grundsätze.

⁶⁹² *Guder*, S. 177; *SK-Rogall*, Vor. § 133 ff. Rn. 131; *Roxin*, StV 2012, 131, der eine Relativierung der *Allan*-Kriterien im Fall *Bykov* feststellt.

tersuchende Sachverhalt in erster Linie die verdeckte Befragung des Beschuldigten als Alternative zu einer offenen Vernehmung. Für eine sachgerechte Beurteilung ihrer konventionsrechtlichen Zulässigkeit ist es allerdings ratsam und ebenfalls erforderlich, diese Frage in einer Zusammenschau mit anderen Modalitäten verdeckter Abschöpfungen zu beantworten. Dies ist nicht zuletzt aufgrund der bereits erwähnten Überlappung zwischen den Fällen einer Tatprovokation und einer verdeckten Abschöpfung notwendig. Eine umfassende Analyse der EGMR-Rechtsprechung hinsichtlich der verdeckten Ermittlungen ist auch notwendig, um die Vereinbarkeit des Heimlichkeitselements von Strafermittlungstätigkeiten mit der Idee der Fairness strukturell zu umreißen.

B. Konventionsrechtliche Grenzen verdeckten Veranlassens zur Selbstbelastung

Um eine gewisse Übersichtlichkeit bei dieser Analyse zu erreichen, wird die Kasuistik des Gerichtshofs unter Berücksichtigung der Beschaffenheit der bei der jeweiligen verdeckten Methode angewendeten Täuschung in folgende Fälle eingeteilt: Tatprovokation (1.) und als Methoden der verdeckten Abschöpfungen einfaches Abhören (2.), Abhören durch aktive Täuschung (3.), verdeckte Befragung durch eine Abhörfalle (4.), verdeckte Befragung (5.) und Aushorchen eines inhaftierten Beschuldigten (6.).

1. Tatprovokation

a) Im Allgemeinen

Der Gerichtshof erkennt an, dass die Ermittlungsorgane inhärente Schwierigkeiten bei der Suche und Sammlung von Beweismitteln haben, um Straftaten aufzudecken und sie zu ermitteln. Um ihrem Auftrag nachzukommen, entstehe zunehmend ein Bedarf am Gebrauch von „raffinierten“ verdeckten Ermittlungen, insbesondere im Bereich der organisierten Kriminalität, Korruption sowie schwerer Straftaten. Außerdem verletzt nach dem Gerichtshof der Einsatz solcher Ermittlungsmethoden an sich das Recht auf ein faires Verfahren gemäß Art. 6 EMRK nicht. Hiervon zu unterscheiden sei allerdings die polizeiliche Anstiftung eines Betroffenen zur Begehung einer Straftat, um u.a. Beweismittel gegen ihn sicherzustellen.⁶⁹³

⁶⁹³ EGMR *Khudobin ./. RU* Urt. v. 26.10.2006 § 128; EGMR *Ramanauskas ./. LT* Urt. v. 05.02.2008 §§ 49 ff. = in Leitsätzen HRRS 3/2008, 112 f.; EGMR *Bannikova ./. RU* Urt. v. 04.11.2010 §§ 22 ff.; EGMR *Veselov und anderen ./. RU* Urt. v. 02.10.2012 § 88 f.; siehe ferner *Esser/Gaede/Tsambikakis*, NStZ 2011, 142; *Safferling*, NStZ 2006, 77; *Esser*, StraFo 2003, 338; *Kinzig*, StV 1999, 292; *Zöller*, ZStW 124/2012, 415.

b) Zulässige Tatprovokation

Erlaubt ist nach dem Gerichtshof dagegen die Infiltration des Umfelds eines bereits Verdächtigen. Dementsprechend dürfen die Ermittlungsorgane in dieses verdeckte Ermittler einschleusen, um an der Begehung einer Straftat passiv teilzunehmen.⁶⁹⁴ Kein Verstoß gegen die Fairness eines Verfahrens nach Art. 6 Abs. 1 EMRK liegt nach dem Gerichtshof vor, wenn der verdeckte Ermittler lediglich seine Identität geheim hält, um Informationen und Beweise über die bereits begonnene Straftat zu sammeln, und den Betroffenen nicht aktiv zur Begehung einer Straftat anstiftet.⁶⁹⁵ Einer Person, die in die Begehung einer Straftat verwickelt ist, müsse bewusst sein, dass sie Gefahr läuft, einem verdeckten Ermittler zu begegnen, dessen Aufgabe ihre Überführung ist,⁶⁹⁶ welche u.a. die Erlangung ihrer Aussagen zu Beweis Zwecken umfasst. Deren Verwertung im Strafverfahren gegen den Beschuldigten ist nach dem Gerichtshof zulässig.⁶⁹⁷

In Anbetracht der eben aufgeführten Rechtsprechung des EGMR lässt sich somit konstatieren, dass die konventionsrechtliche Aussagefreiheit eines Beschuldigten nach Art. 6 Abs. 1 EMRK ihm im Fall einer passiven Tatprovokation keinen Schutz vor Täuschung gewährt. Über die Frage, ob das Verhalten der Ermittlungsorgane im Rahmen der gebotenen Passivität geblieben ist oder darüber hinausging, entscheidet der EGMR unter Berücksichtigung von zwei Aspekten der Tatprovokation. Zum einen sind die Umstände des Falles unter dem Gesichtspunkt zu beurteilen, welche Gründe für den Einsatz verdeckter Ermittlungen ausschlaggebend waren. Zum anderen ist der Frage nachzugehen, wie diese durchgeführt wurden, insbesondere wie stark die staatliche Einflussnahme auf die Willensfreiheit des Beschuldigten war.⁶⁹⁸ Bei der vorliegenden Arbeit interessieren insbesondere die konventionsrechtlichen Grenzen seiner Willensfreiheit bei einer Tatprovokation, denn der hier gebotene Schutz kommt auch seiner Aussagefreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK zugute.

Grundsätzlich gilt hier, wie bereits ausgeführt, dass nach Art. 6 EMRK nur die Infiltration bei der Begehung einer Straftat gestattet ist. Diese ist allerdings nicht als völlige Passivität zu verstehen. Ein gewisses Tätigwerden der Ermittlungsbehörden zur Teilnahme an der Begehung einer Straftat sowie zur Sammlung von

⁶⁹⁴ EGMR *Bannikova* ./ *RU* Ur. v. 04.11.2010 § 47; zur Unterscheidung zwischen zulässiger Infiltration und unzulässiger Tatprovokation eingehend *Warnking*, Beweisverbote, S. 241 ff.

⁶⁹⁵ EGMR *Khudobin* ./ *RU* Ur. v. 26.10.2006 § 128.

⁶⁹⁶ EGMR *Lüdi* ./ *CH* Ur. v. 15.06.1992 § 40; EKMR *S.E* ./ *CH* ZE 04.03.1998 § 1 Recht.

⁶⁹⁷ Keine Bedenken bei der Verwertbarkeit des Inhalts der Telefonate zwischen dem verdeckten Ermittler und dem Beschuldigten in EGMR *Lüdi* ./ *CH* Ur. v. 15.06.1992 § 39 f.

⁶⁹⁸ EGMR *Bannikova* ./ *RU* Ur. v. 04.11.2010 § 38; vgl. LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 255.

Beweismitteln ist nach dem EGMR zulässig: etwa die Tarnung als Kunde und das Stellen einer Anfrage zur Inanspruchnahme einer angebotenen rechtswidrigen Dienstleistung⁶⁹⁹ oder die Bereitstellung eines Abhörgeräts und markierter Geldscheine, damit die Privatperson etwa einem bereits der Bestechlichkeit verdächtigen Richter eine Falle stellen kann.⁷⁰⁰ Solche Maßnahmen zielen nach dem EGMR nicht unmittelbar auf den Entschluss des Verdächtigten ab, die Straftat zu begehen. Zwar ist auch hier eine gewisse Einwirkung an der Begehung der Straftat vorhanden, diese sei jedoch nicht determinativ⁷⁰¹ und kann nicht im wahrsten Sinne des Wortes als Anstiftung angesehen werden.⁷⁰² Gleichwohl darf die staatliche Einwirkung auf den Betroffenen hinsichtlich seines Entschlusses zur Begehung einer Straftat nicht der ausschlaggebende Faktor sein. Auch eine nicht unerhebliche Einwirkung, z.B. durch einen „Mittelsmann“, kann ausreichen, um eine unzulässige Tatprovokation zu bejahen.⁷⁰³ Stets verboten ist nach der Rechtsprechung des EGMR dagegen die Druckausübung zur Begehung der Straftat. Eine solche ist nach dem Gerichtshof etwa dann vorhanden, wenn erst die Ermittlungsorgane die Initiative ergreifen, Kontakt zum Betroffenen aufzunehmen, trotz der anfänglichen Ablehnung die Anfrage wiederholen, ihn beharrlich auffordern, einen überdurchschnittlichen Preis bieten oder durch den Hinweis auf Entzugserscheinungen an sein Mitgefühl appellieren.⁷⁰⁴

c) Schutz vor Selbstbelastung

Wie bereits oben angeführt, geht die verdeckte Abschöpfung des Tatwissens eines Beschuldigten im Fall einer Tatprovokation aufgrund der Verflechtung der beiden Sachverhalte in der Frage der Zulässigkeit der Tatprovokation staatlicher Agenten auf. Der Beschuldigte genießt in solchen Fällen den Schutz des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK erst durch das Verbot einer unzulässigen Einflussnahme auf seine Entscheidungsfreiheit, überhaupt die Straftat zu begehen. Führt man sich die oben aufgeführte Rechtsprechung des EGMR vor Augen, so lässt sich feststellen, dass die konventionsrechtliche Aussagefreiheit des Beschuldigten nach Art. 6 Abs. 1 EMRK bei einer Tatprovokation vor willensbeugenden Täuschungen und Druckausübungen in einem gewissen Umfang geschützt wird.

⁶⁹⁹ EGMR *Eurofincom* ./. FR ZE v. 07.09.2004 § 1 Recht; siehe auch EGMR *Calabro* ./. IT und DE ZE v. 21.03.2002 § 2 Recht; EGMR *Bugallo* ./. ES ZE v. 18.10.2011 § 28 f.

⁷⁰⁰ EGMR *Miliniene* ./. LT UrT. v. 24.06.2008 §§ 37 ff.

⁷⁰¹ EGMR *Miliniene* ./. LT UrT. v. 24.06.2008 § 38; EGMR *Goranova-Karaeneva* ./. BG UrT. v. 08.03.2011 §§ 66 ff.; vgl. EGMR *Malininas* ./. LT UrT. v. 01.06.2008 § 36; ebenso EGMR *Baltins* ./. LV UrT. v. 08.01.2013 § 58; vgl. *Grabenwarter*, S. 422 Rn. 63.

⁷⁰² EGMR *Ramanauskas* ./. LT UrT. v. 05.02.2008 § 58.

⁷⁰³ EGMR *Pyrgiotakis* ./. GR UrT. v. 21.02.2008 § 20 f.; *Esser/Gaede/Tsambikakis*, NStZ 2011, 143; *Gaede/Buermeyer*, HRRS 6/2008, 282.

⁷⁰⁴ EGMR *Bannikova* ./. RU UrT. v. 04.11.2010 § 47; auf die Freiwilligkeit abstellend siehe ferner EKMR A.B. ./. DE Entsch. v. 07.10.1985.

Dabei darf aber nicht außer Acht gelassen werden, dass bei einer Tatprovokation ein Beschuldigter nicht nur dazu veranlasst wird, sich selbst zu belasten, sondern auch als Beweismittel gegen sich selbst instrumentalisiert wird. Der Staat zieht einen Bürger auch durch die Veranlassung zur Begehung einer Straftat im Dienst öffentlicher Interessen heran und will ihn dann in einem vorher festgelegten Verfahrensrahmen „fairerweise“ bestrafen. Dass er nicht mehr unbescholten war, ändert dabei nichts an der Unfairness der Instrumentalisierung.⁷⁰⁵ Dies erfordert ein hohes Schutzniveau des Beschuldigten vor staatlichen Täuschungen und Druckausübungen.

Keine vergleichbaren Abgrenzungsprobleme liegen vor, wenn die verdeckten Ermittlungsmaßnahmen auf die Erlangung von Aussagen eines Beschuldigten abzielen, der einer bereits abgeschlossenen Straftat verdächtig ist. Die Konventionsorgane haben sich in diesem Zusammenhang mit der Konventionskonformität einiger Methoden verdeckter Ermittlungen beschäftigt. Diese werden nun unten unter Berücksichtigung der oben bereits erwähnten Grundsatzentscheidung des EGMR im Fall *Allan* erörtert und dabei die Grenzen der verdeckten Veranlassung des Beschuldigten zu selbstbelastenden Äußerungen konkretisiert.

2. Einfaches Abhören

Das einfache räumliche Abhören eines Beschuldigten bei Gesprächen mit Drittpersonen, etwa im Anwesen seines Mitbeschuldigten,⁷⁰⁶ auf seiner Zelle in der Polizeistation oder Haftanstalt mit seinem Mitbeschuldigten oder seiner Freundin⁷⁰⁷ oder im eigenen Anwesen mit seiner Ehegattin,⁷⁰⁸ betrachtet der Gerichtshof im Hinblick auf das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK einschließlich der Selbstbelastungsfreiheit als unbedenklich. In solchen Fällen seien die Einlassungen eines Beschuldigten freiwillig, denn er würde weder dazu veranlasst („inducement“) noch in eine Falle gelockt („entrapment“) oder einem Zwang („coercion“) oder Druck („oppression“) ausgesetzt.⁷⁰⁹ Eine solche Abhörung stellt nach dem EGMR auch nicht per se ein unfaires Vorgehen oder eine unzulässige Überlistung dar, wobei im Fall der räumlichen Abhörung des Gesprächs eines Ehepaars die Grenzen der vertraulichen ehelichen Kommunikation zwischen den beiden

⁷⁰⁵ EGMR *Shannon* /J. GB ZE v. 06.04.2004 A. Recht; *Gaede/Buermeyer*, HRRS 6/2008, 285.

⁷⁰⁶ EGMR *P.G. und J.H.* /J. GB Urt. v. 25.12.2001; EGMR *Armstrong* /J. GB ZE v. 10.10.2000.

⁷⁰⁷ EGMR *Allan* /J. GB Urt. v. 05.11.2002; siehe auch *Hauck*, NStZ 2010, 21.

⁷⁰⁸ EGMR *Lewis* /J. GB ZE v. 08.07.2003.

⁷⁰⁹ EGMR *Allan* /J. GB Urt. v. 05.11.2002 §§ 46 ff.; EGMR *Lewis* /J. GB ZE v. 08.07.2003 § 2 Recht; EGMR *P.G. und J.H.* /J. GB Urt. v. 25.12.2001 § 78; EGMR *Armstrong* /J. GB ZE v. 10.10.2000 § II.1 Recht; LR-StPO-*Esser*, Art. 6 Rn. 936 Fn. 2365; a.A. IK-EMRK-*Kühne*, Art. 6 Rn. 453; siehe ferner SK-StPO-*Paeffgen*, Art. 6 Rn. 85.

zu beachten seien.⁷¹⁰ Das Vorliegen eines Aussagedrucks oder eine unzulässige Überlistung, welche die beiden Beschuldigten in dem genannten Ehegattenfall *Lewis* zu selbstbelastenden Äußerungen veranlasst haben, liegt nach dem EGMR bei einer räumlichen Abhörung, im Gegensatz zum Fall *Allan*, nicht vor. Denn in dem letzteren Fall sei die Freiwilligkeit der Einlassungen des Beschuldigten so beeinträchtigt gewesen, dass diese gegen dessen Willen erfolgten. Dies führten die Ermittlungsorgane nach dem Gerichtshof dadurch herbei, dass sie einen Informanten beauftragten, um sein Vertrauen zu gewinnen und bestimmte Taktiken („tactics“) entwickelten, um ihn „aus dem Konzept zu bringen“.⁷¹¹

3. Abhören durch aktive Täuschung

Die Schwere der im Fall *Allan* erfolgten Beeinträchtigung der Willensfreiheit eines Beschuldigten durch eine verdeckte Ermittlungsmaßnahme sah der Gerichtshof auch im Fall *Wood* nicht als gegeben an. Im konkreten Fall wurden die einer Mehrzahl von Raub- und Einbruchsfällen verdächtigen Betroffenen unter dem Vorwand eines erfundenen Verdachts in der Hoffnung festgenommen, dass sie sich in der mit einem Abhörgerät versehenen Polizeizelle über die Gründe ihrer Festnahme unterhalten und sich dabei zu der eigentlichen Verdächtigung äußern würden. Tatsächlich machten die Verdächtigten nach den zwei Festnahmen in der Polizeizelle Angaben zur Sache.⁷¹² Der Beschwerdeführer machte vor dem EGMR geltend, dass seiner verdeckten Abhörung als Teil einer gezielten Strategie eine gewisse Täuschung („subterfuge“), wenn nicht eine Überlistung („trickery“), zugrunde lag, durch welche die Ermittlungsorgane die ordentlichen Garantien einer Vernehmung und Inhaftierung umgangen hätten. Außerdem habe die Polizei die im Fall *Allan* entwickelte Wahlfreiheit, bei der polizeilichen Vernehmung zwischen Schweigen und Aussagen entscheiden zu dürfen, durch ihre verdeckte Veranlassung zu selbstbelastenden Äußerungen erheblich beeinträchtigt.⁷¹³ Diese Rüge wies der EGMR mit der knappen Begründung ab, dass dieses Vorgehen keine Elemente von Zwang oder Druck zum Brechen seines Schweigens wie im Fall *Allan* enthalte.⁷¹⁴

4. Verdeckte Befragung durch eine Abhörfalle

a) *Durch eine Privatperson auf eigene Initiative*

Folgt man diesem Ansatz des EGMR, so schützt die konventionsrechtliche Aussagefreiheit einen Beschuldigten nur vor schwerwiegender Ausübung von Druck

⁷¹⁰ EGMR *Lewis* ./ GB ZE v. 08.07.2003 § 2 Recht.

⁷¹¹ Ebd.

⁷¹² EGMR *Wood* ./ GB ZE v. 20.01.2004 § A 1. Fall.

⁷¹³ Ebd. § A.2 Recht.

⁷¹⁴ Ebd.

bei einer verdeckten Befragung. Seine gezielte Täuschung, um ihn verdeckt zu selbstbelastenden Äußerungen zu veranlassen, stellt an sich kein konventionswidriges Verhalten der Ermittlungsorgane dar. Die Äußerungen sind erst im Rahmen eines verdeckten Drucks zu einer Aussage der genannten Art beachtlich, welcher das Schweigerecht eines Beschuldigten nach der Terminologie des Falls *Allan* „wirksam unterläuft“. ⁷¹⁵ Bei einem solchen Maßstab bestehen unter dem Aspekt des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK keine Bedenken, wenn heimliche Tonbandaufnahmen verwertet werden, die selbstbelastende Äußerungen eines Beschuldigten wiedergeben und von einem selbständig handelnden Auftragskiller aufgenommen wurden, den der Beschuldigte selbst engagiert hatte. ⁷¹⁶

b) Durch eine Privatperson im Auftrag der Ermittlungsbehörde

Die Frage, worin das vom EGMR als unzulässig erachtete Umgehungsmoment liegt, ist mit den oben aufgeführten Fällen noch nicht vollständig geklärt. Im Fall *Choudhary* stellte der Gerichtshof ausdrücklich fest, dass die Freiwilligkeit einer Aussage nach Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht dadurch beeinträchtigt wird, dass die Ermittlungsorgane die Unkenntnis des Beschuldigten über ihre Absicht gezielt ausnutzen. Die einfache Abhörfälle, die dem Beschuldigten ein im Auftrag der Polizei agierender Informant gestellt hat, sei ebenfalls konventionsrechtlich nicht zu beanstanden, denn der Beschuldigte sei bei seinen selbstbelastenden Äußerungen während der verdeckten Befragung keinem Zwang oder Druck ausgesetzt worden. Aus diesem Grund sei die Aufnahme des selbstbelastenden Gesprächs des Informanten mit dem Beschuldigten vergleichbar mit bereits vorher existierenden Dokumenten und Proben körperlicher Gewebe, welche nach der Rechtsprechung des EGMR nicht in den Anwendungsbereich der Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK fallen. Die Täuschung des Beschuldigten durch den Polizeinformanten ändere an dieser Schlussfolgerung nichts. ⁷¹⁷

Was nun unter diesem Vergleich zu verstehen ist, lässt sich aus der knappen Begründung der Entscheidung des EGMR nicht mit aller Deutlichkeit entnehmen. Auch eine Fortsetzung dieser Rechtsprechung ist in seiner weiteren Spruchpraxis nicht ersichtlich. In seiner späteren Grundsatzentscheidung im Fall *Allan* nahm er ebenfalls keinen Bezug auf sie. Dennoch kann vermutet werden, dass der Gerichtshof dabei das Bild einer bewussten Selbstbelastung unter willensbeugender Zwangsanwendung vor Augen hatte, welches bei der Erhebung eines körperlichen

⁷¹⁵ EGMR *Allan ./. GB* Urt. v. 05.11.2002 § 50.

⁷¹⁶ EGMR *Schenk ./. CH* Urt. v. 12.07.1988 §§ 39 ff. = NJW 1989, 654; hierzu siehe auch *Guder*, S. 164 Fn. 82; zur konventionsrechtlichen Unbedenklichkeit der Verwertung der heimlichen Tonbandaufnahmen eines Beschuldigten siehe ferner *Rzepka*, S. 94; KK-StPO-Pfeiffer/Hannich, Einl., Rn. 28; bereits so EKMR *Wischniewski ./. DE* Entsch. v. 11.10.1988 § 1 und 2 Recht.

⁷¹⁷ EGMR *Choudhary ./. GB* ZE v. 04.05.1999 § 2 Recht; siehe außerdem *Dörr*, S. 81.

Beweismittels nicht entsteht, weil die Ermittlungsorgane das fragliche Beweismittel ohne Rücksichtnahme auf den Willen des Beschuldigten ggf. durch eine willensbrechende Zwangsanwendung gewinnen können. Das entsprechende Bewusstsein des Beschuldigten fehlt ebenfalls bei einer einfachen Abhörfalle.

Dass die konventionsrechtliche Aussagefreiheit den Beschuldigten auch vor einer unbewussten Selbstbelastung durch eine verdeckte Befragung schützt und das Vorliegen einer willensbeugenden Zwangsausübung in einem solchen Fall nicht erforderlich ist, steht allerdings nach der genannten Grundsatzentscheidung nun außer Frage. Ungeklärt hingegen bleibt weiterhin die Frage, wie schwerwiegend die Druckausübung durch eine verdeckte Befragung sein muss, um eine Verletzung der Aussagefreiheit durch eine wirksame Umgehung zu bejahen.

5. Verdeckte Befragung

Die Prüfung der Vereinbarkeit einer verdeckten Befragung des Beschuldigten durch einen sogenannten Augenblickshelfer unter Berücksichtigung der *Allan-Kriterien* nahm der Gerichtshof im Fall *Bykov* vor. Im konkreten Fall zeigte ein Auftragskiller seinen Auftraggeber bei der Polizei an. Daraufhin leitete die Staatsanwaltschaft ein Ermittlungsverfahren gegen den Letzteren ein. Um ihn durch eine verdeckte Befragung zu überführen, ließ die Polizei zunächst in der Presse verlauten, dass die zwei Zielpersonen getötet worden seien. Danach besuchte der mit einem Abhörgerät ausgestattete Auftragskiller den Beschuldigten in dessen Haus, um ihm vermeintliche Beweise für die Erfüllung seines Auftrags vorzulegen und sein Honorar zu erhalten. Bei diesem Gespräch machte der Beschuldigte belastende Angaben.⁷¹⁸

Im Fall *Bykov* nahm der Gerichtshof außerdem auf den Fall *Heglas* Bezug, in dem der EGMR im Hinblick auf das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK das polizeiliche Vorgehen unbedenklich gefunden hatte, als der Beschuldigte, der sich auf freiem Fuß befand, durch eine in staatlichem Auftrag handelnde Privatperson verdeckt befragt und dabei das zwischen ihr und dem Beschuldigten bestehende Vertrauensverhältnis ausgenutzt wurde. Im konkreten Fall hatte die Polizei den Betroffenen verdächtigt, zusammen mit einer zweiten Person einen Raubüberfall begangen zu haben. Sie nahm die beiden fest, was jedoch keine Klärung des Verdachts zur Folge hatte. Nach der Freilassung traf die Polizei ein Arrangement mit der Freundin des Betroffenen und beauftragte sie, ihn mit einem Abhörgerät versehen auf den fraglichen Raubüberfall anzusprechen.⁷¹⁹

⁷¹⁸ EGMR *Bykov* ./ *RU* Urt. v. 10.03.2009 § 10 ff.; zur Darstellung des Falles siehe auch *Esser/Gaede/Tsambikakis*, NStZ 2011, 143 f.

⁷¹⁹ EGMR *Heglas* ./ *CZ* Urt. v. 01.03.2007 §§ 89 ff.; das Schweigerecht als solches hat der Gerichtshof in der Entscheidung gar nicht thematisiert, darauf hinweisend auch *Zerbes*, S. 81.

Nach dem EGMR im *Bykov*-Urteil bemisst sich die Frage einer möglichen Verletzung der Aussagefreiheit durch eine verdeckte Befragung danach, ob die belastenden Äußerungen hierbei unter Zwang oder Druck erlangt wurden. Dies sei unter den Umständen des Falles nicht gegeben, weil der Verdächtige den polizeilichen Augenblickshelfer freiwillig in sein Haus eingelassen, ihn gesehen und mit ihm gesprochen habe. Er hätte diese Handlungen jederzeit unterlassen können. Dabei hob der Gerichtshof hervor, dass der Beschuldigte auf freiem Fuß in seinem eigenen Anwesen und von eigenen Angestellten umgeben war. Gleichwohl habe das besondere Verhältnis zwischen den beiden in keiner Weise auf ihn eingewirkt, zumal der Befragende ihm untergeordnet war. Somit habe er in keiner Weise unter Druck gestanden, sich zu seinen Fragen zu äußern.⁷²⁰

Um auf die Gemeinsamkeit zwischen diesem Fall und dem Fall *Heglas* sowie auf seinen Unterschied zum Fall *Allan* hinzuweisen, betonte der Gerichtshof, dass der verdeckt Befragte in den beiden Fällen nicht offiziell befragt oder des Verbrechens angeklagt worden war („had not been officially questioned about, or charged with, the criminal offence“).⁷²¹ Führt man sich die Festnahme und die darauf folgende „informelle“ Befragung des Betroffenen im Fall *Heglas* vor Augen, so kann diese Anmerkung nur dahingehend verstanden werden, dass die Beschuldigten in den beiden Fällen noch unter keinem mittelbaren Druck eines Strafverfahrens als solches standen. Die Abweisung der Beschwerde dürfte der EGMR allerdings darauf zurückgeführt haben, dass ein Druck auf die Willensfreiheit des Beschuldigten in der erforderlichen Intensität nicht gegeben war. Daher ist im Grundsatz davon auszugehen, dass es bei der Aussagefreiheit des Beschuldigten bei einer verdeckten Befragung nicht auf eine bereits vorausgegangene Beschuldigtenvernehmung als solche ankommt.⁷²² Entsprechendes gilt auch für die Betonung der Fortbewegungsfreiheit des Beschuldigten bei der verdeckten Befragung.⁷²³

Die Entscheidung der Großen Kammer am Gerichtshof wurde in der Literatur und von fünf von 17 Richtern aus den eigenen Reihen dahingehend kritisiert, dass sie die krasse Täuschung des Beschuldigten durch die Medien außer Acht gelassen habe.⁷²⁴ Nach Richter *Costa* sei es bereits besorgniserregend, wenn die Polizei die Befugnis hat, durch eine heimliche Befragung den Beschuldigten „zum Reden zu

⁷²⁰ EGMR *Bykov* / *J. RU* Ur. v. 10.03.2009 § 102; hierzu ferner *Esser/Gaede/Tsambikakis*, NStZ 2011, 144; auf Druck abstellend auch *Kühne*, FS für Wolter, S. 1013; *Gaede*, JR 2009,497; *Spielmann*, NJECL 2010, 297.

⁷²¹ EGMR *Bykov* / *J. RU* Ur. v. 10.03.2009 § 100.

⁷²² LR-StPO-*Esser*, Art. 6 Rn. 933; *Warnking*, Beweisverbote, S. 213; bereits aus dem *Allan*-Urteil abgeleitet *Guder*, S. 209; *Gaede*, StV 2003, 260; nun bestätigt, so *Gaede*, JR 2009, 497; *Eidam*, S. 111; *Esser/Gaede/Tsambikakis*, NStZ 2011, 144; *Renzikowski*, JR 2008, 165; *Engländer*, ZIS 3/2008, 166; *Roxin*, NStZ-Sonderheft 2009 für Miebach, S. 43.

⁷²³ *Gaede*, StV 2003, 262; *ders.*, JR 2009,497; *Guder*, S. 210; *Mahlstedt*, S. 110.

⁷²⁴ LR-StPO-*Esser*, Art. 6 Rn. 31; *Esser/Gaede/Tsambikakis*, NStZ 2011, 144; Abweichende Meinung der Richter *Spielmann*, *Rozakis*, *Tulkens*, *Casadevall* und *Mijovic*, § 35 in EGMR *Bykov* / *J. RU* Ur. v. 10.03.2009.

bringen“. Somit könne das Schweigerecht bei der polizeilichen Vernehmung in der Tat „theoretisch und illusorisch“ werden.⁷²⁵ Bemerkenswert ist, dass der Gerichtshof in den Fällen *Heglas* und *Bykov* darauf hinwies, dass die verdeckte Befragung der Beschuldigten für die Aufklärung einer schweren Straftat durchgeführt wurde und das öffentliche Interesse an der Verwendung seiner dabei erlangten belastenden Aussagen schwer wiege.⁷²⁶

6. Aushorchen eines inhaftierten Beschuldigten

Bis jetzt hat der EGMR nur im Fall *Allan* die Verletzung der konventionsrechtlichen Aussagefreiheit beim Aushorchen eines inhaftierten Beschuldigten in der Untersuchungshaft durch seinen vermeintlichen Zellengenossen ohne Wenn und Aber bejaht. Dabei berief sich er ausdrücklich auf die Spruchpraxis des kanadischen Supreme Court bezüglich Art. 7 der kanadischen Charta der Grundrechte und -freiheiten,⁷²⁷ zu dem das Schweigerecht eines Beschuldigten gehört.

Als materiellen Maßstab zur Feststellung einer Aushöhlung des Schweigerechts in der erforderlichen Schwere legte der EGMR ebenfalls entsprechend der Rechtsprechung des kanadischen Supreme Court folgenden Grundsatz fest: Die Frage, ob die belastenden Aussagen dem Beschuldigten in unzulässiger Weise entlockt worden sind, lässt sich daran messen, ob das Gespräch zwischen dem Beschuldigten und dem Befragenden ein funktionales Äquivalent einer Vernehmung war und wie das Verhältnis zwischen den beiden war.⁷²⁸

Nach dem Gerichtshof führten folgende Umstände des Einzelfalls bei einer Gesamtbetrachtung zu einer Aushöhlung des Schweigerechts, sodass Art. 6 Abs. 1 EMRK verletzt wurde:⁷²⁹ Der inhaftierte Beschuldigte hatte sich bei den vorherigen Vernehmungen auf Anraten seines Verteidigers mehrmals unmissverständlich auf sein Schweigerecht berufen. Dennoch setzte die Polizei in der Zelle der Polizeistation und später in der Haftanstalt einen Informanten auf ihn an. Dieser agierte außerdem vollständig auf Anweisungen der Polizei, die verlangte, dass er den Beschuldigten so sehr bedrängen solle wie er könne. Dessen selbstbelastende Äußerungen zur Tat seien nach dem Gerichtshof insofern weder spontan noch unaufge-

⁷²⁵ Abweichende Meinung des Richters *Costa*, § 8 EGMR *Bykov* ./ *RU* Urt. v. 10.03.2009.

⁷²⁶ EGMR *Heglas* ./ *CZ* Urt. v. 01.03.2007 § 91; EGMR *Bykov* ./ *RU* Urt. v. 10.03.2009 § 100.

⁷²⁷ und zwar „in einem beachtlichen Maß“ so *Trechsel*, Human Rights, S. 350.

⁷²⁸ EGMR *Allan* ./ *GB* Urt. v. 05.11.2002 § 51.

⁷²⁹ So ausdrücklich wiederholt durch EGMR *Bykov* ./ *RU* Urt. v. 10.03.2009 § 101; auf einen kombinierten Ansatz abstellend auch *Warnking*, Beweisverbote, S. 259; *Meyer-Ladewig*, Art. 6 Rn. 135; LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 902; kritisch *Renzikowski*, JR 2008, 165; *Trechsel*, Human Rights, S. 351, der den Ansatz des Gerichtshofs „nicht gänzlich überzeugend“ findet.

fordert. Sie seien dagegen einer beharrlichen Befragung durch den Informanten gefolgt, der entsprechend der polizeilichen Anweisung das Gespräch immer wieder auf den Mordfall lenkte. Damit habe dieser nach dem Gerichtshof die funktionale Äquivalenz einer Vernehmung, ohne die regulären Garantien einer förmlichen Polizeibefragung einschließlich des Verteidigerbeistands, geschaffen. Schließlich habe der inhaftierte Beschuldigte unter einem psychischen Aussagedruck gestanden, der die Freiwilligkeit seiner Einlassungen beeinträchtigt habe. Dies ergab sich nach dem EGMR zwar nicht aus einem Sonderverhältnis zwischen ihm und dem Informanten, lasse sich aber aus folgenden Begleitumständen des Falles herleiten: Erstens stand er unter dem Verdacht des Mordes, befand sich in Untersuchungshaft und war in seinen Vernehmungen unmittelbarem Druck durch die Polizei ausgesetzt. Zweitens hatte er den Polizeinformanten, mit dem er für einige Wochen eine Haftzelle teilte, von seiner Vertrauenswürdigkeit zu überzeugen.⁷³⁰

C. Zwischenergebnisse

Aus der oben aufgeführten Rechtsprechung des EGMR lassen sich folgende Leitsätze ableiten: Art. 6 Abs. 1 EMRK verbietet nicht per se Maßnahmen, die auf eine Veranlassung des Beschuldigten zu selbstbelastenden Äußerungen durch verdeckte Ermittlungsmethoden, einschließlich des Einsatzes einer Privatperson, abzielen,⁷³¹ namentlich die Stellung von Abhörfallen und die verdeckte Befragung des Beschuldigten.⁷³² Die bloße Heimlichkeit dieser Ermittlungen und die Anwendung von Täuschung an sich verstoßen nicht gegen die konventionsrechtliche

⁷³⁰ EGMR *Allan ./. GB* Urt. v. 05.11.2002 § 52; zur unterschiedlichen Interpretation der *Allan*-Grundsätze in der Literatur siehe etwa *Gaede*, S. 315, der zur Annahme einer „hinreichenden Einwirkung“ zum einen die Ausnutzung „der besonderen Beziehungen des Informanten zum Beschuldigten“ und zum anderen das Vorliegen der funktionalen Äquivalenz einer Vernehmung nach Umständen des Falles voraussetzt; *Trechsel*, *Human Rights*, S. 351 f., der nach dem der Gerichtshof die Verletzung im Fall *Allan* offensichtlich deswegen angenommen hat, weil der Informant den Beschuldigten informell und ohne Garantien, die in einer ordentlichen Vernehmung eingehalten werden, „vernommen“ hat; *Grabenwarter*, S. 456 Rn. 123 (Herbeiführung einer „vernehmungähnlichen Situation und das Vorliegen des Drucks“); *Lubig/Sprenger*, *ZIS* 9/2008, 434 („Verhörsituation und Nichtinanspruchnahme der Rechte“); siehe außerdem *SK-StPO-Rogall*, § 136a Rn. 26; *Guder*, S. 214 ff.; *Kretschmer*, *HRRS* 7-8/2010, 345; *Renzikowski*, *JR* 2008, 165 f.; *Esser*, *JR* 2004, 106; *Schlauri*, S. 205.

⁷³¹ M.w.N. *Warnking*, *Beweisverbote*, S. 214–231; *Gaede*, *StV* 2003, S. 261; *Eidam*, S. 72; *Verrel*, *FS* für Puppe, S. 1632.

⁷³² Dagegen EGMR *Atk ./. DE* ZE v. 13.05.2004 § Recht, nach der allein die verdeckte Befragung des Verteidigers durch einen verdeckten Ermittler das Recht des Beschuldigten auf Vertraulichkeit der Verteidigerkonsultation verletzen kann. Da jedoch dabei keine belastenden Beweismittel gegen den Beschuldigten erlangt worden seien, auf die seine Verurteilung zu stützen wäre, liege keine Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK vor.

Selbstbelastungsfreiheit.⁷³³ Die Konkretisierung der Grenzen der unzulässigen Druckausübung, welche im Regelfall auch beachtliche Täuschungsmomente enthält, ist in der Rechtsprechung des EGMR noch nicht abschließend geklärt.⁷³⁴ Ausgenommen davon ist das Aushorchen eines inhaftierten Beschuldigten, das als verdeckte Abschöpfung seines Tatwissens regelmäßig eine Verletzung seiner konventionsrechtlichen Aussagefreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK darstellt.

V. Ergänzende Schutzrechte

Eine gewisse Klarheit besteht dagegen in der Rechtsprechung des EGMR über die Informationsrechte (B.) und das Recht auf Verteidigerbeistand (C.) für den Beschuldigten nach Art. 6 Abs. 3 EMRK bei der offenen polizeilichen Befragung, welche ihm einen weiteren Schutz für die wirksame Ausübung der Aussagefreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK gewähren. Wie unten noch aufzuzeigen ist, statuierte der Gerichtshof nämlich in seiner jüngsten Rechtsprechung eine Belehrungspflicht bei der polizeilichen Befragung eines Beschuldigten über seine Aussagefreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK⁷³⁵ und unter Umständen über das Recht auf einen Verteidigerbeistand nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK.⁷³⁶ Ebenfalls gehört es zu seiner gefestigten Rechtsprechung, dass jeder Beschuldigte gem. Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK das Recht auf Verteidigerbeistand bei einer polizeilichen Befragung hat.⁷³⁷

In Anbetracht dieser Rechtsprechung gewinnt insbesondere in der letzten Spruchpraxis des EGMR die Frage zunehmend an Bedeutung, wann die genannten Belehrungspflichten sowie das Recht auf Verteidigerbeistand bei einer polizeilichen Befragung frühestens einzuhalten sind. Denn allen diesen Rechten ist gemeinsam, dass sie die Erlangung des Beschuldigtenstatus (A.) i.S.v. Art. 6 EMRK voraussetzen.

⁷³³ SK-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 131; Guder, S. 204.

⁷³⁴ Zur Grenzziehung in der Literatur siehe Kühne, FS für Wolter, S. 1011 ff.; Gaede, JR 2009, 498; Sowada, FS für Geppert, S. 702 ff.; Zerbes, S. 81 ff.; kritisch Roxin, FS für Geppert, S. 557 („keine einheitliche Linie“).

⁷³⁵ EGMR Aleksandr Zaichenko ./.. RU Urt. v. 18.02.2010 §§ 42 ff.

⁷³⁶ EGMR Kolu ./.. TR Urt. v. 02.08.2005 §§ 52 ff.; für den Wortlaut siehe Anhang: Gesetzestexte.

⁷³⁷ EGMR Salduz ./.. TR Urt. v. 27.11.2008 §§ 52 ff.

A. Beschuldigteneigenschaft nach Art. 6 Abs. 1 EMRK

1. Kriterien im Überblick

Den Status eines Beschuldigten i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK erlangt eine Person nach der gefestigten Rechtsprechung des EGMR, wenn eine Behörde ihr offiziell die Beschuldigung mitteilt, eine Straftat begangen zu haben. Unterbleibt eine solche Mitteilung, so kann sich der Beschuldigungsakt durch entsprechende Maßnahmen gegen den Betroffenen manifestieren, die seine rechtliche Situation wesentlich beeinträchtigen.⁷³⁸ Diese Rechtsprechung hat der Gerichtshof in seiner letzten Spruchpraxis im Hinblick auf die eben genannten Rechte des Beschuldigten bei der polizeilichen Befragung konkretisiert. So hat er im Fall *Bandaletov* seine Beschuldigtentheorie mit materiellen Maßstäben versehen, welche er im Hinblick auf das Recht auf Verteidigerbeistand im Polizeigewahrsam entwickelte. Hat nämlich jeder Beschuldigte nach Art. 6 Abs. 1 EMRK den Anspruch auf Verteidigerbeistand von der ersten polizeilichen Befragung als Verdächtiger an („as a rule, access to a lawyer should be provided as from the first questioning of a suspect by the police“), so stellt sich die Frage, wann eine Aussageperson bei einer polizeilichen Vernehmung den Status des Verdächtigen hat. Nach dem EGMR erwirbt eine Person diese Eigenschaft nicht unbedingt dann, wenn eine Ermittlungsbehörde ihr diese förmlich zuschreibt. Den Status eines Verdächtigen erlangt sie grundsätzlich, wenn es für den Verdacht plausible Gründe gibt („when the domestic authorities have plausible reasons for suspecting that person’s involvement in a criminal offence“).⁷³⁹

Abgesehen von den neuen Kriterien zur Konkretisierung des Beschuldigtenstatus i.S.v. Art. 6 EMRK ist in dieser Rechtsprechung des EGMR außerdem auffällig, dass dabei die Begriffe des Verdächtigen und der Befragung verwendet werden. Der Grund dieser Auswahl dürfte sein, dass der Gerichtshof mögliche Missverständnisse seiner Rechtsprechung aufgrund unterschiedlicher Terminologien von Vertragsstaaten vorab vermeiden und die Erforderlichkeit eines frühzeitigen Verteidigerzugangs hervorheben will.⁷⁴⁰ Ein solches Problem stellte sich bereits im Hinblick auf den Begriff der Vernehmung. Nach dem Gerichtshof ist jedes Gespräch zwischen einem inhaftierten Verdächtigen und der Polizei als Vernehmung anzusehen. Eine Kategorie der „informellen Vernehmung“ existiere nicht.⁷⁴¹

Im Folgenden werden diese materiellen Kriterien anhand einiger Fallkonstellationen veranschaulicht, mit denen sich der Gerichtshof bis jetzt zu befassen hatte.

⁷³⁸ Stellvertretend EGMR *Malkov* ./ *EE* Urt. v. 04.02.2010, § 56; eingehend SK-StPO-Paeffgen, Art. 6 Rn. 39; vgl. *Weigend*, StV 2000, 387.

⁷³⁹ EGMR *Bandaletov* ./ *UA* Urt. v. 31.10.2013 § 56; siehe auch EGMR *Yuriy Volkov* ./ *UA* Urt. v. 19.12.2013 § 66; vgl. *Weigend*, StV 2000, 385.

⁷⁴⁰ In diese Richtung auch LR-StPO-Gleiß, § 136 Rn. 10.

⁷⁴¹ EGMR *Titarenko* ./ *UA* Urt. v. 20.09.2012 § 87, siehe ferner EGMR *Zamferesko* ./ *UA* Urt. v. 15.11.2012 § 62 f.

2. Fallkonstellationen

a) Beginn des Beschuldigtenstatus bei einem Verdächtigen

Noch vor der eben umrissenen Rechtsprechung hatte sich der Gerichtshof im Fall *Aleksandr Zaichenko* mit der Frage des Beginns des konventionsrechtlichen Beschuldigtenstatus zu befassen, und zwar dahingehend, ab wann der Betroffene im konkreten Fall über seine Aussagefreiheit hätte belehrt werden müssen, damit er sich nicht unwillentlich belastet. Als Maßstab zog er seine diesbezügliche allgemeine Rechtsprechung heran. Bei näherem Hinsehen stimmt das Ergebnis auch mit der neuen Rechtsprechung in der Sache überein.

Im konkreten Fall hielt die Polizei das Auto des Beschuldigten an einem Checkpoint an, der eingerichtet worden war, nachdem sich Gerüchte verbreitet hatten, dass die Mitarbeiter eines privaten Unternehmens Diesel aus ihren Dienstwagen für den eigenen Gebrauch entnahmen. Tatsächlich fand die Polizei zwei Dieselkanister in seinem Auto. Auf die Frage des Polizeibeamten nach ihrer Herkunft erklärte er, dass er den Dieselmotorkraftstoff aus seinem Dienstwagen abgepumpt hätte. Seine belastenden Aussagen wurden in einem Durchsuchungsprotokoll festgehalten, das auch von ihm unterschrieben wurde. Nach der Anfertigung dieses Protokolls schrieb der befragende Polizeibeamte einen weiteren Vermerk nieder, der die Vornahme der Belehrung des Beschuldigten über die Selbstbelastungsfreiheit und seine Schilderung der Tat enthielt. Auch diesen Vermerk unterschrieb der Beschuldigte.⁷⁴²

Nach dem Gerichtshof war der Verdacht des Diebstahls gegenüber dem Betroffenen gegeben, als die Polizei bei der Durchsuchung die zwei Kanister im Auto auffand und er keinen Nachweis für ihre Herkunft vorlegen konnte. Seine Rechtsstellung sei in diesem Augenblick i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK wesentlich beeinträchtigt gewesen, weil er durch seine Antwort auf die Nachfrage Gefahr lief, sich zu belasten. Die Polizei habe ihn unter diesen Umständen über sein Recht, sich nicht belasten zu müssen, belehren müssen.⁷⁴³

Mit der eingangs aufgeführten Terminologie des Gerichtshofs lagen also bei diesen Umständen des Falles die *plausible reasons for suspecting* vor. Für diese bedarf es keiner ausdrücklichen Feststellung der Ermittlungsorgane; sie lassen sich auch objektiv annehmen.

b) Erlangung des Beschuldigtenstatus bei einer informatorischen Befragung

Die Frage der Erlangung des Beschuldigtenstatus stellt sich nicht nur dann, wenn gegen die Aussageperson bereits vor der Befragung ein gewisser Verdacht vorliegt. Hierzu kann auch die Befragung selbst führen. Zwar kennt das Fallrecht des Ge-

⁷⁴² EGMR *Aleksandr Zaichenko* ./. RU Urt. v. 18.02.2010 §§ 6 ff.

⁷⁴³ EGMR *Aleksandr Zaichenko* ./. RU Urt. v. 18.02.2010 §§ 42–43 und 52.

richtshofs den Begriff einer solchen informatorischen Befragung nicht. Er hatte sich dennoch gerade mit solchen Fallkonstellationen zu befassen, in denen es eben um die Frage geht, ab wann eine Person, gegen die kein Verdacht besteht und die lediglich polizeilich nach ihrem möglichen Zeugnis befragt wird, den Status eines Beschuldigten i.S.v. Art. 6 EMRK erlangt.

Im Fall *Smolik* suchte die Polizei einen Minderjährigen zuhause auf, um ihn über den Mord an einem Freund von ihm zu befragen. Bei der Befragung belastete er sich. Daraufhin nahm die Polizei ihn fest und brachte ihn auf die Polizeistation. Am folgenden Tag wiederholte der Beschuldigte sein Geständnis, als er nach der Belehrung über seine Rechte und in Anwesenheit seines Verteidigers vernommen wurde. Das Tatgericht legte der Verurteilung des Beschuldigten das „letzte“ Geständnis zugrunde. Dieser machte vor dem Gerichtshof u.a. geltend, dass ihm bei seiner ersten Befragung kein Recht auf Verteidigerbeistand nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK gewährt und er darüber nicht belehrt worden sei. Nach dem EGMR hatte der Beschwerdeführer bei seiner ersten Befragung den Status des Verdächtigten noch nicht erlangt. Denn unter den Umständen des Falles habe kein Grund für die Annahme vorgelegen, dass ihn die Polizei bereits zuvor verdächtigte. Erst als er sich bei der ersten Befragung in Anwesenheit seiner Mutter belastet habe, habe die Polizei ihn ab diesem Zeitpunkt als Verdächtigten betrachtet.⁷⁴⁴

Eine gründlichere Prüfung der Umstände des Einzelfalles unter Berücksichtigung der oben genannten Kriterien zur Annahme des Beschuldigtenstatus nahm der EGMR im Fall *Bandaletov* vor. Der Betroffene war ein Nachbar der beiden getöteten Opfer. Seine Mitnahme auf die Polizeistation zu einer informatorischen Befragung belegt nach dem EGMR noch nicht eine konkludente Verfolgungsabsicht. Die Polizei habe, wie bei der Befragung anderer Nachbarn, einschließlich der Ehefrau und des Sohns des späteren Beschuldigten, durch dessen Befragung nur versucht, Angaben über die Persönlichkeit der beiden Opfer und mögliches Wissen über den Vorfall in Erfahrung zu bringen. Vor seiner Befragung hätten der Polizei keine Beweise irgendeiner Art gegen ihn vorgelegen. Ebenso wenig hätten die Aussagen anderer Befragter ihn belastende Angaben enthalten.⁷⁴⁵ Die Polizei habe ihn erst dann verdächtigt, als er im Rahmen seiner Zeugenvernehmung aus eigenem und freiem Willen ein Geständnis abgelegt hatte. Unter diesen Umständen seien die Belehrung des Beschuldigten über die Selbstbelastungsfreiheit und die Beiordnung eines amtlichen Verteidigers nach dem abgelegten Geständnis i.S.v. Art. 6 Abs. 3 EMRK konventionskonform.⁷⁴⁶

Dagegen lässt sich nach dem Gerichtshof aus dem Vorgehen der Ermittlungsorgane im Fall *Yuriy Volkov* nichts anderes entnehmen, als dass sie den Beschwerde-

⁷⁴⁴ EGMR *Smolik* ./ UA Ur. v. 19.01.2012 §§ 49 ff.

⁷⁴⁵ EGMR *Bandaletov* ./ UA Ur. v. 31.10.2013 § 59 f.

⁷⁴⁶ Ebd. §§ 62 ff.

fürher bei seiner ersten polizeilichen Befragung als Verdächtigten behandelten. Denn der Ermittler hatte, aufgrund von ihm belastenden Aussagen seines späteren Mitbeschuldigten, die Sicherstellung seiner Anwesenheit bei der durchzuführenden polizeilichen Befragung angeordnet, und zu diesem Zweck war er zur Polizeistation gebracht worden. Unter diesen Umständen hatte der Verdächtige bereits ab dieser Befragung das Recht auf Verteidigerbeistand nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK.⁷⁴⁷

Ist die Erlangung des Beschuldigtenstatus i.S.d. Art. 6 Abs. 1 im Hinblick auf die Ergänzenden Schutzrechte der konventionsrechtlichen Aussagefreiheit bei der polizeilichen Vernehmung im Lichte der Rechtsprechung des EGMR erörtert, so stellt sich nun die Frage nach dem Inhalt dieser Rechte.

B. Informationsrechte

Analysiert man die Rechtsprechung des EGMR, so ergeben sich als Informationsrechte bei der polizeilichen Vernehmung für den Beschuldigten drei Rechte: die Belehrung über die gegen ihn erhobenen Beschuldigungen (1.), die Belehrung über die Aussagefreiheit (2.) und die Belehrung über das Verteidigerkonsultationsrecht (3.).

1. Belehrung über Beschuldigungen

Die Konvention enthält keine explizite Bestimmung, nach welcher der Beschuldigte bei der ersten polizeilichen Vernehmung über die ihm zur Last gelegten Beschuldigungen zu belehren wäre.⁷⁴⁸ Ein solches Recht hat der Gerichtshof bis jetzt aus der konventionsrechtlich anerkannten Aussagefreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK ebenfalls nicht abgeleitet. In der Tat enthält die Konvention in Art. 6 Abs. 3 lit. a sowie in Art. 5 Abs. 2 EMRK Belehrungspflichten,⁷⁴⁹ denen allerdings nicht der Schutz der Aussagefreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK zugrunde liegt. Diese Vorschriften gewähren dennoch einen sekundären Schutz für den Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung.

a) Das Recht auf Unterrichtung gemäß Art. 6 Abs. 3 lit. a

Durch die Unterrichtung eines Beschuldigten in einer ihm verständlichen Sprache über Art und Grund der gegen ihn erhobenen Beschuldigungen nach Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK wird bezweckt, dass er ausreichend Gelegenheit zur Vorberei-

⁷⁴⁷ EGMR *Yuriy Volkov* ./ UA Urt. v. 19.12.2013 § 66 f.

⁷⁴⁸ Hierzu siehe auch *Tallroth*, S. 254.

⁷⁴⁹ Für den Wortlaut dieser Vorschriften siehe Anhang: Gesetzestexte.

tung seiner Verteidigung gemäß Art. 6 Abs. 3 lit. b EMRK erhält.⁷⁵⁰ Die Unterrichtung über die gegen ihn vorliegenden Beweismittel umfasst Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK nicht.⁷⁵¹ Sie kann sowohl mündlich als auch schriftlich erfolgen.⁷⁵²

Entsprechend der Gesamtbetrachtungslehre des EGMR stellt sich bei der Überprüfung einer Verletzung des Rechts auf Unterrichtung nach Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK stets die Frage, ob der Beschuldigte unter Berücksichtigung der Gesamtheit des Verfahrens innerhalb möglichst kurzer Frist und ausreichend über die gegen ihn erhobenen Beschuldigungen unterrichtet worden ist.⁷⁵³ In diesem Zusammenhang ist es in der Rechtsprechung des EGMR anerkannt, dass diese Vorschrift auch bei der polizeilichen Vernehmung eines Beschuldigten einzuhalten ist.⁷⁵⁴ Zeitliche und/oder inhaltliche Mängel bei der Unterrichtung in einem bestimmten Verfahrensstadium können nach dem Gerichtshof allerdings nachträglich geheilt werden.⁷⁵⁵ Dies gilt auch für eine bei der polizeilichen Vernehmung unterbliebene Unterrichtung.⁷⁵⁶

Der Schutz des Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK ist außerdem insofern begrenzt, als diese Vorschrift dem Beschuldigten nur im Fall seines tatsächlichen Nichtwissens zugutekommt. Im Falle *Erdem* u.a. betrachtete der Gerichtshof die Rüge der Beschuldigten, dass sie nicht unverzüglich nach der Festnahme gemäß Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK über deren Grund unterrichtet worden seien, als unbegründet, weil diese mit zahlreichen Tatwerkzeugen, darunter Sprengstoffen, während der Teilnahme an der Versammlung einer illegalen Organisation festgenommen worden seien.⁷⁵⁷

Darüber hinaus bietet diese Vorschrift einem Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung deswegen keinen eigenständigen Anspruch auf Belehrung über die gegen ihn erhobenen Beschuldigungen, weil der Gerichtshof eine konkludente Unterrichtung durch die Vornahme von einigen strafprozessualen Maßnahmen als

⁷⁵⁰ EGMR *Amramyan* / . RU Urt. v. 09.10.2008 § 35; siehe ferner *Peukert*, Art. 6 Rn. 282; *Tallroth*, S. 253; LR-StPO-Gleiß, § 136 Rn. 2; kritisch gegen eine solche Ausrichtung *Rzepka*, S. 59; *Frister*, StV 1998, 160.

⁷⁵¹ EKMR *Sacramati* / . IT ZE v. 06.09.1995 § 1 Recht; EKMR *Piazzi* / . IT ZE v. 27.11.1996 § Recht; EKMR *M.M.* / . IT Bericht v. 17.09.1998 § 66; siehe ferner *Rzepka*, S. 58.

⁷⁵² EKMR *Mortensen* / . DK ZE v. 15.05.1996 § 1a Recht; EKMR *A.* / . NL ZE v. 11.05.1992 § 3 Recht; EKMR *Kozlov* / . FI ZE v. 28.05.1991 § 3 Recht.

⁷⁵³ EGMR *Bäckström und Mattias Andersson* / . SE ZE v. 05.08.2006.

⁷⁵⁴ EGMR *Kamasinski* / . AT Urt. v. 19.12.1989 §§ 79–81; ebenso EKMR *Hayward* / . SE ZE v. 06.12.1991 § 2 Recht.

⁷⁵⁵ EGMR *Mattoccia* / . IT Urt. v. 25.07.2000 §§ 65 ff.; kritisch LR-StPO-Gleiß, § 136 Rn. 23; *Frister*, StV 1998, 164; ferner siehe *Gaede*, S. 234; *Peukert*, Art. 6 Rn. 285; vgl. EGMR *Borisova* / . BG Urt. v. 21.12.2006 §§ 43 ff.

⁷⁵⁶ EGMR *Untergugenberger* / . AT ZE v. 25.08.2001; hierzu siehe *Gaede*, S. 234.

⁷⁵⁷ EGMR *Erdem und andere* / . TR ZE v. 14.12.2000 § 2 Recht.

hinreichend betrachtet:⁷⁵⁸ etwa die Aushändigung eines selbst unterschriebenen Festnahmeprotokolls, in dem als Grund der Festnahme die Mitgliedschaft in einer Terrororganisation angegeben war,⁷⁵⁹ die Aushändigung eines ausführlichen Haftbefehls,⁷⁶⁰ die mündliche Eröffnung der ihm zur Last gelegten Tat in Grundrissen und ihre rechtliche Bezeichnung während der polizeilichen,⁷⁶¹ staatsanwaltlichen⁷⁶² oder richterlichen⁷⁶³ Vernehmung im Ermittlungsverfahren oder die Anhörung vor dem Haftrichter.⁷⁶⁴ In diesem Zusammenhang überschneidet sich das Recht auf Unterrichtung mit Art. 5 Abs. 2 EMRK, der die Mitteilung der Gründe für die Festnahme des Betroffenen und der gegen ihn erhobenen Beschuldigungen vorschreibt.⁷⁶⁵

b) Das Recht auf Mitteilung gemäß Art. 5 Abs. 2

Auch dieser Vorschrift liegt ein anderer Zweck als der Schutz der konventionsrechtlichen Aussagefreiheit des Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung zugrunde. Durch die Mitteilung soll es nach dem Gerichtshof erstens dem Festgenommenen ermöglicht werden, die Rechtmäßigkeit seiner Freiheitsentziehung innerstaatlich anzufechten, etwa gemäß Art. 5 Abs. 4 EMRK.⁷⁶⁶ Zweitens macht der Gerichtshof in seiner jüngsten Rechtsprechung auf einen weiteren Zweck des Rechts auf die Mitteilung gemäß Art. 5 Abs. 2 EMRK aufmerksam, nämlich die Vermeidung der Ungewissheit und Ratlosigkeit des Festgenommenen über die Gründe seiner Freiheitsentziehung.⁷⁶⁷ Nach dem Gerichtshof muss zwar die Mitteilung nicht gleich zur Zeit der Festnahme erfolgen,⁷⁶⁸ die Information des Beschul-

⁷⁵⁸ Vgl. EGMR *Niculescu* *J.* RO Ur. v. 25.06.2013 § 119.

⁷⁵⁹ EGMR *Ayçoban und andere* *J.* TR Ur. v. 22.12.2005 § 22.

⁷⁶⁰ EKMR *Sacramati* *J.* IT ZE v. 06.09.1995 § 1 Recht.

⁷⁶¹ EKMR *Steel, Lush, Needham, Polden und Cole* *J.* GB Bericht v. 09.04.1997 § 80 (zehn Stunden nach der Festnahme).

⁷⁶² EGMR *Poninski* *J.* PL ZE v. 10.02.2000 § 2 Recht.

⁷⁶³ EGMR *Untergugenberger* *J.* AT ZE v. 25.08.2001.

⁷⁶⁴ EKMR A. *J.* NL ZE v. 11.05.1992 § 3 Recht; EKMR *Kozlov* *J.* FI ZE v. 28.05.1991 § 3 Recht.

⁷⁶⁵ Für den Wortlaut dieser Vorschrift siehe Anhang: Gesetzestexte.

⁷⁶⁶ EGMR *Dikme* *J.* TR Ur. v. 11.07.2000 § 53; EGMR *Saadi* *J.* GB Ur. v. 29.01.2008 § 82; EGMR *Nowak* *J.* UA Ur. v. 31.03.2008 § 63; EGMR *Rusu* *J.* AT Ur. v. 02.10.2008 § 36; EGMR *Mekiye Demirci* *J.* TR Ur. v. 23.04.2013 § 58; EGMR *Abdulsitar Akgül* *J.* TR Ur. v. 25.06.2013 § 34; LR-StPO-Esser, Art. 5 Rn. 172.

⁷⁶⁷ EGMR *Baisuev und Anzorov* *J.* GB Ur. v. 18.12.2012 § 65; EGMR *Nechiporuk und Yonkalo* *J.* UA Ur. v. 21.04.2011 § 210; EGMR *Zuyev* *J.* RU Ur. v. 19.02.2013 § 84; LR-StPO-Esser, Art. 5 Rn. 172.

⁷⁶⁸ EGMR *Nowak* *J.* UA Ur. v. 31.03.2008 § 63; EGMR *Rusu* *J.* AT Ur. v. 02.10.2008 § 36; EGMR *Mekiye Demirci* *J.* TR Ur. v. 23.04.2013 § 58; EGMR *Abdulsitar Akgül* *J.* TR Ur. v. 25.06.2013 § 34; LR-StPO-Esser, Art. 5 Rn. 178.

digten mehr als 20 Stunden nach seiner Festnahme verletze allerdings Art. 5 Abs. 2 EMRK eindeutig.⁷⁶⁹ Fünf Stunden seien dagegen akzeptabel.⁷⁷⁰

Der Umfang der Mitteilung muss den Festgenommenen in die Lage versetzen, verstehen zu können, warum ihm die Freiheit entzogen worden ist. Dabei muss die Mitteilung keine vollständige Liste der gegen ihn erhobenen Beschuldigungen enthalten.⁷⁷¹ Sie muss jedoch in einer verständlichen und nicht-technischen Weise die rechtlichen und faktischen Gründe seiner Freiheitsentziehung enthalten.⁷⁷² Die bloße Information über die Rechtsgrundlage der Freiheitsentziehung ist nach dem Gerichtshof nicht hinreichend.⁷⁷³ Die Mitteilung muss die konkreten Umstände des Falles umfassen.⁷⁷⁴ Dem ist nicht Genüge getan, wenn dem Festgenommenen lediglich mitgeteilt wurde, dass er ein „internationaler Dieb“ sei.⁷⁷⁵ Ein vom Beschuldigten nach seiner Festnahme unterschriebenes Protokoll, laut dem er „kurz“ über die Gründe seiner Festnahme informiert wurde, erfüllt nach dem EGMR sowohl die zeitlichen als auch inhaltlichen Erfordernisse des Art. 5 Abs. 2 EMRK.⁷⁷⁶ Schließlich erfordert Art. 5 Abs. 2 EMRK keine spezielle Form der Mitteilung.⁷⁷⁷ Sie kann schriftlich sowie mündlich, etwa durch den Verteidiger, erfolgen.⁷⁷⁸ Im Gegensatz zu den früheren Entscheidungen des Gerichtshofs⁷⁷⁹ scheint er in seiner jüngsten Rechtsprechung eine konkludente Information des Festgenommenen, etwa durch den Kontext der Vernehmung, nicht mehr zu akzeptieren,⁷⁸⁰ wobei eine Klarstellung hinsichtlich dieser beiden Rechtsprechungen in seiner Spruchpraxis nicht erfolgt ist.

⁷⁶⁹ EGMR *Lutsenko ./. UA* Ur. v. 03.07.2012 § 78; ebenfalls liegt eine Verletzung vor, wenn die Mitteilung etwa 40 Stunden nach der Festnahme erfolgt, so EGMR *Zuyev ./. RU* Ur. v. 19.02.2013 § 84; siehe weiter EGMR *Saadi ./. GB* Ur. v. 29.01.2008 § 82 (76 Stunden nach der Festnahme); vgl. LR-StPO-Esser, Art. 5 Rn. 180.

⁷⁷⁰ EGMR *Fox, Campbell und Hartley ./. GB* Ur. v. 30.08.1990 § 41–43.

⁷⁷¹ EGMR *Nowak ./. UA* Ur. v. 31.03.2008 § 63.

⁷⁷² EGMR *Fox, Campbell und Hartley ./. GB* Ur. v. 30.08.1990 § 40.

⁷⁷³ EGMR *Nechiporuk und Yonkalo ./. UA* Ur. v. 21.04.2011 § 209; EGMR *Zuyev ./. RU* Ur. v. 19.02.2013 § 84.

⁷⁷⁴ EGMR *Rusu ./. AT* Ur. v. 02.10.2008 § 38 f.; EGMR *Zuyev ./. RU* Ur. v. 19.02.2013 § 84.

⁷⁷⁵ EGMR *Nowak ./. UA* Ur. v. 31.03.2008 § 64.

⁷⁷⁶ EGMR *Mekiye Demirci ./. TR* Ur. v. 23.04.2013 § 59; EGMR *Abdulsitar Akgül ./. TR* Ur. v. 25.06.2013 § 35.

⁷⁷⁷ EGMR *Nowak ./. UA* Ur. v. 31.03.2008 § 63.

⁷⁷⁸ EGMR *Lamy ./. BE* Ur. v. 30.03.1989 § 32; EGMR *Saadi ./. GB* Ur. v. 29.01.2008 § 84; LR-StPO-Esser, Art. 5 Rn. 186 f.

⁷⁷⁹ EGMR *Fox, Campbell und Hartley ./. GB* Ur. v. 30.08.1990 § 41; EGMR *Murray ./. GB* Ur. v. 28.10.1994 § 77; EGMR *Tanli ./. TR* Ur. v. 10.04.2001 § 166; EGMR *Dikme ./. TR* Ur. v. 11.07.2000 §§ 54 ff.; siehe ferner EKMR *McVeigh, O'Neill und Evans ./. GB* Bericht v. 18.03.1981 § 207.

⁷⁸⁰ EGMR *Baisuev und Anzorov ./. GE* Ur. v. 18.12.2012 § 65; EGMR *Lazoroski ./. MK* Ur. v. 08.10.2009 § 53 f.; vgl. EGMR *Zuyev ./. RU* Ur. v. 19.02.2013 § 84.

2. Belehrung über die Aussagefreiheit

a) Im Allgemeinen

Ebenso wenig wie die Belehrung über die gegen ihn erhobenen Beschuldigungen enthält die Konvention die Pflicht, einen Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung über seine Aussagefreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK zu belehren.⁷⁸¹ An dieser Stelle sei auf die diesbezügliche Rechtsprechung der ehemaligen Kommission vor der Anerkennung der Selbstbelastungsfreiheit im Fall *Funke*⁷⁸² sowie die vorbereitenden Arbeiten des 12. Zusatzprotokolls, die u.a. die Einführung einer Belehrung des festgenommenen Beschuldigten über sein Schweigerecht vorsahen,⁷⁸³ verwiesen. Nach der ausdrücklichen Anerkennung der Selbstbelastungsfreiheit 1993 im Fall *Funke*⁷⁸⁴ hatte die Kommission 1997 im Fall *Touvier* ein letztes Mal darüber zu entscheiden, ob eine Verletzung dieser Freiheit im Strafverfahren gegen den Beschuldigten vorlag, weil der vorsitzende Richter am Berufungsgericht diesen über sein Schweigerecht nicht belehrt hatte. Dies sei nach der Kommission nicht gegeben. Erstens könne der Beschwerdeführer unter den Umständen des Einzelfalls nicht behaupten, dass ihm dieses Recht unbekannt gewesen sei. Zweitens liege keine Verletzung der konventionsrechtlichen Selbstbelastungsfreiheit vor, weil er nicht gezwungen wurde, selbstbelastende Beweise zu liefern.⁷⁸⁵

Ungeachtet dieser Gesichtspunkte zieht der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung (dazu gleich b)) den Umstand, ob ein Beschuldigter über seine Aussagefreiheit, und zwar bei der polizeilichen Vernehmung, belehrt worden ist, bei der Prüfung in Betracht, ob er auf sein Schweigerecht im konkreten Fall freiwillig verzichtet hat.⁷⁸⁶ Dass der EGMR allein in der Unterlassung der Beschuldigtenbelehrung die Unfreiwilligkeit eines polizeilichen Geständnisses sehen würde, wurde in der Literatur eine lange Zeit in Anbetracht seiner Gesamtbetrachtungslehre für unwahrscheinlich gehalten.⁷⁸⁷ 2010 leitete der EGMR im Fall *Aleksandr Zaitchenko* (dazu gleich c)) überraschenderweise aus der konventionsrechtlichen Selbstbelastungsfreiheit ausdrücklich eine Belehrungspflicht zu Beginn der Vernehmung

⁷⁸¹ Vgl. *Safferling/Hartwig*, ZIS 2009, 787; *Tallroth*, S. 254; *Ambos*, ZStW 115/2003, 599; *Esser*, StraFo 2003, 341; *Kiehl*, NJW 1993, 503.

⁷⁸² Siehe oben Kap. 2, II.A.3.b).

⁷⁸³ Siehe oben Kap. 2, II.A.2.

⁷⁸⁴ EGMR *Funke* ./ FR Urt. v. 25.02.1993 § 44.

⁷⁸⁵ EKMR *Touvier* ./ FR Entsch. v. 13.01.1997 D&R 88, S. 160 (148–162); siehe ferner EKMR *Abas* ./ NL Entsch. v. 26.02.1997, in der die Kommission die Rüge des Beschwerdeführers nicht berücksichtigte, dass er über die Selbstbelastungsfreiheit nicht belehrt worden sei, als das Finanzamt ihn zur strafbewehrten Mitteilung der Informationen über seine Wohnverhältnisse aufforderte.

⁷⁸⁶ Vgl. *Schlauri*, S. 309.

⁷⁸⁷ *Schlauri*, S. 310; für die Möglichkeit einer Ableitung der konventionellen Miranda-Warnings siehe *Dennis*, CLJ 1995, 346 f.; für die Miranda-Warnings auch *Trechsel*, Human Rights, S. 352; in diese Richtung auch *Gaede*, S. 318; *Tallroth*, S. 254.

eines Beschuldigten ab.⁷⁸⁸ Im Folgenden wird auf die nun parallel existierenden beiden Rechtsprechungen des EGMR eingegangen.

b) Belehrung als Erfordernis eines gültigen Verzichts

Nach der gefestigten Rechtsprechung des Gerichtshofs kann auf die in Art. 6 EMRK enthaltenen Rechte und Garantien einschließlich der Aussagefreiheit grundsätzlich ausdrücklich oder konkludent verzichtet werden, sofern dies auf dem freien Willen des Rechtsinhabers basiert. Ein solcher Verzicht muss in einer unzweideutigen Weise und mit Gewährung minimaler Sicherheitsvorkehrungen erfolgen. Daher muss der Verzichtende eine gewisse Kenntnis und ein gewisses Verständnis des in Frage stehenden Rechts besitzen. Im Fall eines implizierten Verzichts muss er auch die Konsequenzen seines Verhaltens angemessen einsehen können.⁷⁸⁹ In diesem Zusammenhang ist die Belehrung eines Beschuldigten über sein Schweigerecht bei der polizeilichen Vernehmung nach dem EGMR die Mindestanerkennung dieses Rechts durch die Ermittlungsorgane und gerade noch geeignet, ihn mit seinem durch die Konvention garantierten Recht vertraut zu machen.⁷⁹⁰ Dagegen ist die Belehrung über das Schweigerecht im Fall eines 17-Jährigen, dem die Begehung eines Mordes vorgeworfen wird, nach dem Gerichtshof unter Umständen dafür nicht geeignet.⁷⁹¹

Bei näherer Betrachtung der Rechtsprechung des Gerichtshofs lässt sich feststellen, dass die erfolgte Belehrung eines Beschuldigten über das Schweigerecht nach Art. 6 Abs. 1 EMRK zum Beginn seiner Vernehmung im Regelfall *prima facie* einen zulässigen Verzicht darauf belegt, wenn er sich anschließend belastet.⁷⁹² Dabei ist zu beachten, dass sich allein aus einem vom Beschuldigten unterzeichneten Belehrungsformular nicht stets schlussfolgern lässt, dass er auf sein Schweigerecht gültig verzichtet hat.⁷⁹³ Es bedarf stets einer Prüfung aller Umstände der polizeilichen Vernehmung, um festzustellen, ob der Verzicht gültig war. Der Nachweis einer zulässigen Belehrung durch ein Formular ist nach dem Gerichtshof nicht erbracht, wenn das vorgedruckte und vom Beschuldigten unterzeichnete Formular undatiert ist.⁷⁹⁴ Fehlt das polizeiliche Protokoll über die Vernehmung des Beschuldigten, so

⁷⁸⁸ Hierzu siehe ferner LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 919 f.

⁷⁸⁹ EGMR *Pishchalnikov ./. RU* Ur. v. 24.09.2009 § 77; EGMR *Panovits ./. CY* Ur. v. 11.12.2008 § 68.

⁷⁹⁰ EGMR *Pishchalnikov ./. RU* Ur. v. 24.09.2009 § 79.

⁷⁹¹ EGMR *Panovits ./. CY* Ur. v. 11.12.2008 § 74.

⁷⁹² EGMR *Hakan Duman ./. TR* Ur. v. 23.03.2010 § 50.

⁷⁹³ EGMR *Pishchalnikov ./. RU* Ur. v. 24.09.2009 § 79; EGMR *Salduz ./. TR* Ur. v. 27.10.2008 § 59.

⁷⁹⁴ EGMR *Özcan Çolak ./. TR* Ur. v. 06.10.2009 § 47; EGMR *Hakan Duman ./. TR* Ur. v. 23.03.2010 § 50.

belegt das Belehrungsformular erst recht nicht, dass er unzweideutig und bewusst auf sein Schweigerecht verzichtet hat.⁷⁹⁵

In allen diesen Fällen hat der Gerichtshof trotz dieser Prozessmängel die Verletzung des Art. 6 EMRK entsprechend seiner Gesamtbetrachtungslehre unter dem Aspekt des Rechts auf einen Verteidigerbeistand nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK festgestellt, das ebenfalls gerügt worden war.⁷⁹⁶ Dabei gelangte der EGMR nie zu dem Schluss, dass *allein* die Unterlassung der Belehrung einen Verzicht stets ungültig mache und dies automatisch zu einer Verletzung des Schweigerechts nach Art. 6 Abs. 1 EMRK führe.⁷⁹⁷

c) Belehrungspflicht als Gewährleistung der Aussagefreiheit

Zu diesem Ergebnis kam der Gerichtshof erst in dem oben aufgeführten Fall *Aleksandr Zaichenko*,⁷⁹⁸ und zwar sobald der Beschuldigtenstatus des Betroffenen i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK bei der polizeilichen Befragung zu bejahen ist.⁷⁹⁹ Nach dem Gerichtshof war es angesichts der Stresssituation und des relativ raschen Verlaufs der Geschehnisse bei der Durchsuchung des Autos unwahrscheinlich, dass der Beschuldigte ohne eine vorausgegangene Belehrung über seine Aussagefreiheit die Konsequenzen seiner Befragung angemessen verstehen konnte. Da eine solche Belehrung unterlassen worden war, habe der Beschuldigte durch Antworten auf die Fragen des Beamten auf die konventionsrechtliche Selbstbelastungsfreiheit nicht rechtsgültig verzichtet.⁸⁰⁰

Eine Verletzung der entsprechenden Belehrungspflicht bei der polizeilichen Vernehmung stellte der Gerichtshof später auch im Fall *Navone* fest. Der Gerichtshof machte außerdem ausdrücklich klar, dass die konventionsrechtliche Selbstbelastungsfreiheit des Beschuldigten nach Art. 6 Abs. 1 EMRK und sein Recht auf Verteidigerbeistand bei seiner polizeilichen Vernehmung nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK zwei eigenständige und getrennte Rechte sind und der Verzicht auf das eine, im konkreten Fall das Verteidigerkonsultationsrecht, den Verzicht auf das andere, also das Schweigerecht, nicht impliziert, wobei diese Rechte miteinander funktio-

⁷⁹⁵ EGMR *Hakan Duman* /J. TR Urt. v. 23.03.2010 § 50; siehe dagegen EGMR *Sharkunov und Mezentsev* /J. RU Urt. v. 10.06.2010 §§ 103 ff.; EGMR *Bandaletov* /J. UA Urt. v. 31.10.2013 § 63.

⁷⁹⁶ EGMR *Hakan Duman* /J. TR Urt. v. 23.03.2010 § 50; siehe ferner EGMR *Özcan Çolak* /J. TR Urt. v. 06.10.2009 § 49; EGMR *Pishchalnikov* /J. RU Urt. v. 24.09.2009 § 91; EGMR *Kolu* /J. TR Urt. v. 02.08.2005 §§ 51 ff.

⁷⁹⁷ Daher ist die Belehrungspflicht in diesem Zusammenhang nicht „abgesichert“, so LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 919.

⁷⁹⁸ Siehe oben Kap. 2, V.A.

⁷⁹⁹ Vgl. Esser/Gaede/Tsambikakis, NStZ 2011, 146; Renzikowski, FS für Roxin, S. 1348 f.

⁸⁰⁰ EGMR *Aleksandr Zaichenko* /J. RU Urt. v. 18.02.2010 §§ 52 ff.

nal eng verbunden sind. Im konkreten Fall hatten die beiden unverteidigten Beschuldigten nach dem EGMR ihr Recht nach Art. 6 Abs. 1 EMRK, zwischen Aussagen und Schweigen zu wählen, nicht in voller Kenntnis ausgeübt, weil sie entsprechend dem geltenden nationalen Recht darüber nicht belehrt worden waren. Hierin liegt nach dem Gerichtshof eine Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK.⁸⁰¹ Aus den Umständen des Falles lässt sich außerdem ableiten, dass der Gerichtshof die Verletzung feststellte, obwohl dem einen der beiden Beschuldigten sein Aussageverweigerungsrecht bewusst gewesen war.⁸⁰²

3. Belehrung über das Verteidigerkonsultationsrecht

a) Im Allgemeinen

Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK verankert zwar das Recht jedes Beschuldigten auf die Konsultation eines Verteidigers. Die Vorschrift schreibt aber den Ermittlungsorganen im Gegensatz zu Art. 14 Abs. 3 lit. d IPBPR keine Pflicht vor,⁸⁰³ den unverteidigten Beschuldigten über dieses Recht zu belehren.⁸⁰⁴ Die Aufnahme einer ähnlichen Belehrungspflicht in das Schutzsystem der EMRK wurde im Rahmen der vorbereitenden Arbeiten des 7. und 12. Zusatzprotokolls diskutiert. Dies hat aber nicht zu einer Aufnahme geführt.⁸⁰⁵ Auch die ehemalige Kommission leitete keine entsprechende Belehrungspflicht aus Art. 6 EMRK ab. An dieser Stelle sei nur auf ihre bereits oben dargelegte Rechtsprechung verwiesen.⁸⁰⁶ Dies ging nicht zuletzt damit einher, dass die Konventionsorgane ein Recht des Beschuldigten auf den Verteidigerbeistand zu Beginn seiner polizeilichen Vernehmung nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK überhaupt ablehnten oder es nur bedingt annahmen.⁸⁰⁷ Erst 2008 im Fall *Salduz* räumte die Große Kammer alle Bedenken und Einschränkungen aus.⁸⁰⁸

b) Belehrung als Erfordernis eines gültigen Verzichts

Gleichwohl ist es in der Rechtsprechung des EGMR umstritten, ob eine unterlassene Belehrung des Beschuldigten über sein Verteidigerkonsultationsrecht bei der

⁸⁰¹ EGMR *Navone und andere* ./ FR Ur t. v. 24.10.2013 §§ 74 ff.

⁸⁰² EGMR *Navone und andere* ./ FR Ur t. v. 24.10.2013 § 10.

⁸⁰³ Für den Wortlaut dieser Vorschrift siehe Anhang: Gesetzestexte.

⁸⁰⁴ Zur Verletzung des Art. 14 Abs. 3 lit. d IPBPR durch Unterlassung der Belehrung über das Recht auf Verteidigerbeistand im Polizeigewahrsam siehe den UN-MRA *Pag-dayawon Rolando* ./ PH Entsch. v. 03.11.2004 § 5.6; *Barno Saidova* ./ TJ Entsch. v. 08.07.2004 § 6.8; zur Bedeutung dieser Vorschrift siehe LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 755.

⁸⁰⁵ Esser, S. 475; siehe oben Kap. 2, II.A.2.

⁸⁰⁶ Siehe oben Kap. 2, II.A.3.b).

⁸⁰⁷ Siehe oben Kap. 2, II.A.3.c).

⁸⁰⁸ EGMR *Salduz* ./ TR Ur t. v. 27.11.2008 §§ 52 ff., hierzu gleich unten, C.2.b).

polizeilichen Vernehmung nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK entsprechend der bereits oben erwähnten Verzichtlehre des EGMR⁸⁰⁹ regelmäßig die Unfreiwilligkeit eines Verzichts zur Folge hat.⁸¹⁰ Außerdem führt ein unfreiwilliger Verzicht nicht automatisch zur Verletzung des Verteidigerkonsultationsrechts nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK. Diese liegt erst dann vor, wenn die Verweigerung des Zugangs zum Verteidiger, auf den nicht verzichtet wurde, die Fairness des Gesamtverfahrens nach Art. 6 Abs. 1 EMRK hinreichend beeinträchtigt hat.⁸¹¹

c) *Belehrung als Gewährleistung des Verteidigerkonsultationsrechts*

Anhaltspunkte für die Anerkennung eines eigenständigen Rechts des Beschuldigten auf die Belehrung über sein Verteidigerkonsultationsrecht bei der polizeilichen Vernehmung lassen sich in der Rechtsprechung des Gerichtshofs, soweit ersichtlich, erst im Fall *Kolu* feststellen. Hiernach müssen die Ermittlungsbehörden strafprozessuale Maßnahmen mit einer „gebührenden Sorgfalt“ („due diligence“) durchführen, damit dem Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung der Beistand eines Verteidigers nicht vorenthalten bleibt. Die fehlende Belehrung darüber verstoße hiergegen. Unter den Umständen des Einzelfalls könne von einem eindeutigen Verzicht u.a. auch deswegen nicht geredet werden.⁸¹² Im Fall *Padalov* konkretisierte der Gerichtshof die Sorgfaltspflicht dahingehend, dass die Ermittlungsbehörden bei der polizeilichen Vernehmung eines Beschuldigten aktiv handeln müsse, wenn erkennbar ist, dass der Beschuldigte bei der Wahrnehmung seines Rechts auf Verteidigerbeistand nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK Schwierigkeiten hat. Denn auch sie haben nach dem EGMR die Pflicht, die Fairness des Strafverfahrens sicherzustellen.⁸¹³ Eine fallübergreifende und eindeutige Forderung nach der Belehrung des Beschuldigten über sein Verteidigerkonsultationsrecht nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK stellt diese Rechtsprechung allerdings nicht dar.⁸¹⁴

Erst im Fall *Panovits* hatte der Gerichtshof darüber zu urteilen, ob allein die Unterlassung der Belehrung des 17-jährigen Beschuldigten bei dessen polizeilichen Vernehmung sein Recht auf Verteidigerbeistand gemäß Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK

⁸⁰⁹ Im Zusammenhang mit dem Recht auf Verteidigerkonsultation bei der polizeilichen Vernehmung siehe EGMR *Panovits* ./ CY Ur t. v. 11.12.2008 § 67 f.

⁸¹⁰ Vgl. EGMR *Nechto* ./ RU Ur t. v. 24.01.2012 § 109 f.; EGMR *Süzer* ./ TR Ur t. v. 05.04.2001 § 33; EGMR *Ellul* ./ MT ZE v. 08.09.2009 § B.1 Recht.

⁸¹¹ EGMR *Nechto* ./ RU Ur t. v. 24.01.2012 § 110 f.

⁸¹² EGMR *Kolu* ./ TR Ur t. v. 02.08.2005 §§ 52 ff.

⁸¹³ Im konkreten Fall sah es der Gerichtshof als erforderlich an, dass der Beschuldigte gemäß Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK den Beistand eines unentgeltlichen Verteidigers hätte erhalten müssen; EGMR *Padalov* ./ BG Ur t. v. 10.08.2006 § 54; ebenso EGMR *Talat Tunç* ./ TR Ur t. v. 27.03.2007 § 61.

⁸¹⁴ So auch im Ergebnis *Esser/Gaede/Tsambikakis*, NSZ 2011, 145.

verletzt hatte.⁸¹⁵ Nach dem Gerichtshof ist es angesichts der Minderjährigkeit des Beschuldigten unwahrscheinlich, dass ihm zur Zeit seiner polizeilichen Vernehmung bewusst war, das Recht auf Verteidigerkonsultation zu haben, bevor er Angaben zur Sache machte. Die nationalen Behörden hätten hierbei mit ihrem passiven Verhalten, also der Unterlassung der Belehrung, ihre positive Pflicht versäumt, dem Beschuldigten notwendige Informationen für den Zugang zu einem Verteidiger zur Verfügung zu stellen. Dies stellt nach dem Gerichtshof eine Verletzung des Rechts auf Verteidigung nach Art. 6 EMRK dar.⁸¹⁶ Fraglich ist, ob aus dieser Entscheidung, ungeachtet der Minderjährigkeit und der Schwere der ihm vorgeworfenen Straftat, nämlich Mord, ein allgemeines Recht auf Belehrung ableitbar ist.⁸¹⁷

4. Zwischenergebnisse zu den Informationsrechten

Aus der oben dargelegten Rechtsprechung des EGMR lässt sich ableiten, dass der Gerichtshof bei den Belehrungspflichten nicht mit einer den Miranda-Warnings des US-amerikanischen Supreme Court vergleichbaren Deutlichkeit spricht.⁸¹⁸ Zwar ist die Belehrung über die Aussagefreiheit inzwischen abgesichert. Dies lässt sich aber für die Belehrung über die Beschuldigungen sowie das Verteidigerkonsultationsrecht nicht sagen. Die Verzichtstheorie des EGMR verfügt in der Tat in ihren Leitsätzen über ein beachtliches Potenzial, konkrete informatorische Sorgfaltspflichten zu begründen. Seine sehr kasuistisch orientierte Rechtsprechung und die sogenannte Gesamtbetrachtungslehre scheinen dabei hinderlich zu sein. Allerdings besteht kein Zweifel darüber, dass die Richtung seiner Rechtsprechung der Ausbau der Beschuldigtenrechte bei der polizeilichen Vernehmung ist. Dabei zeichnet sich eine gewisse Parallelität zwischen der Entwicklung seiner Rechtsprechung bezüglich des Rechts auf Belehrung über das Schweigerecht nach Art. 6 Abs. 1 EMRK und des Rechts auf Verteidigerbeistand bei der polizeilichen Vernehmung nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK ab, nämlich, dass die nationalen Rechte diese beiden Garantien vorsehen müssen. Ist das nicht der Fall, so liegt allein darin eine Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK.⁸¹⁹ Trotz dieses eindeutigen europäischen

⁸¹⁵ EGMR *Panovits ./. CY* Ur. v. 11.12.2008 § 67 f.; hierzu siehe ferner *Esser/Gaede/Tsambikakis*, NSTZ 2011, 145.

⁸¹⁶ EGMR *Panovits ./. CY* Ur. v. 11.12.2008 §§ 71 ff.; hierzu siehe auch *Esser*, FS für Wolter, S. 1343; zur Pflicht der Belehrung des minderjährigen Beschuldigten über das Verteidigerkonsultationsrecht bei der polizeilichen Vernehmung siehe außerdem EGMR *Adamkiewicz ./. PL* Ur. v. 02.03.2010 §§ 88 ff.

⁸¹⁷ Vgl. EGMR *Ellul ./. MT* ZE v. 08.09.2009 § B.1 Recht; verneinend LR-StPO-*Esser*, Art. 6 Rn. 757; fordernd *Gaede*, S. 258; *Renzikowski*, FS für Roxin, S. 1349.

⁸¹⁸ Vgl. die abweichende Meinung des Richters *De Meyer* im Fall EGMR *Imbrioscia ./. CH* Ur. v. 24.10.1993; auch für Belehrung des Beschuldigten entsprechend der Miranda-Warnings über Schweigerecht und Verteidigerkonsultationsrecht *Treichsel*, Human Rights, S. 283 f.; *Callewaert*, EuGRZ 1996, 369; hierzu siehe ferner *Schlauri*, S. 313 f.

⁸¹⁹ EGMR *Navone und andere ./. FR* Ur. v. 24.10.2013 §§ 74 ff.; EGMR *Salduz ./. TR* Ur. v. 27.11.2008 §§ 52 ff.

Mindeststandards bedarf es stets einer strikten Analyse der Kasuistik des EGMR, um die Reichweite eines Beschuldigtenrechts nach Art. 6 Abs. 3 EMRK vollständig aufzuzeigen.

Im Übrigen galt und gilt dies für das im Folgenden zu erörternde Recht auf einen Verteidigerbeistand bei der polizeilichen Vernehmung nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK, über das eine sehr umfangreiche und in ihrer Entwicklung bemerkenswerte Spruchpraxis des EGMR seit dem Inkrafttreten der Konvention ergangen ist. Im Rahmen dieser Arbeit kann hierauf aus Platzgründen nur in Grundzügen eingegangen werden.

C. Recht auf Verteidigerbeistand

1. Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 3 lit. c

Der Text des Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK garantiert einem Beschuldigten ausdrücklich drei Rechte, die unabhängig voneinander gelten: sich selbst zu verteidigen, einen Verteidiger seiner Wahl zu konsultieren oder unter bestimmten Umständen unentgeltlich einen Verteidiger zugewiesen zu bekommen.⁸²⁰ Die Auslegung dieser Vorschrift in Verbindung mit dem allgemeinen Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK durch den EGMR hat eine mit ihrem Wortlaut nicht übereinstimmende Struktur und die Ableitung weiterer Rechte herbeigeführt. So knüpft etwa das Recht des Beschuldigten auf einen wirksamen Beistand durch einen Verteidiger, welches nach dem EGMR ein fundamentaler Bestandteil eines fairen Verfahrens i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK ist, die Zuweisung eines amtlichen Verteidigers entsprechend Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK nicht unbedingt an seine Mittellosigkeit an, sondern an die Erforderlichkeit der Beordnung eines amtlichen Verteidigers für ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK.⁸²¹

Wie bereits die letztgenannte Voraussetzung andeutet, ist das Recht auf Beistand eines unentgeltlichen Verteidigers oder eines Verteidigers eigener Wahl nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK einschränkbar.⁸²² Dies gilt außerdem für das Recht auf Selbstverteidigung nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK dahingehend, dass das nationale Recht die Zuweisung eines sogenannten zwangsweisen Pflichtverteidigers vorsehen kann,

⁸²⁰ EGMR *Pakelli* ./ *DE* Ur t. v. 25.04.1983 § 31; *Meyer-Ladewig*, Art. 6 Rn. 229; *Peukert*, Art. 6 Rn. 291; *Gaede*, S. 252; *Rzepka*, S. 64; *IK-EMRK-Kühne*, S. 207 Rn. 534; *Demko*, FS für Fezer, S. 1; *Esser*, StraFo 2003, 339; *Renzikowski*, FS für Roxin, S. 1345.

⁸²¹ EGMR *Tarasov* ./ *UA* Ur t. v. 31.10.2013 § 92; EGMR *Bandaletov* ./ *UA* Ur t. v. 31.10.2013 § 53.

⁸²² EGMR *Pishchalnikov* ./ *RU* Ur t. v. 24.09.2009 § 74; EGMR *Pavlenko* ./ *RU* Ur t. v. 01.04.2010 § 107; EGMR *Martin* ./ *EE* Ur t. v. 30.05.2013 § 79; *Trechsel*, Human Rights, S. 247 f.; *Renzikowski*, FS für Roxin, S. 1345.

wenn dies im Interesse der Rechtspflege ist.⁸²³ Schließlich haben die Konventionsorgane ein viertes Recht aus Art. 6 EMRK abgeleitet: das Recht auf kompetente Beratung und die vertrauliche Konsultation des Verteidigers.⁸²⁴

Im Folgenden wird auf diese Aspekte des allgemeinen Rechts auf Verteidigerbeistand nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK lediglich hinsichtlich des Gegenstands der vorliegenden Arbeit, also bei der polizeilichen Befragung, eingegangen.

2. Recht auf Verteidigerbeistand im Polizeigewahrsam

a) Entwicklung in der Rechtsprechung

Das Recht auf Verteidigerkonsultation gemäß Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK bei der polizeilichen Vernehmung hat sich, wie aus einer historischen Rückschau auf die Spruchpraxis der Konventionsorgane hervorgeht, durch eine stufenweise Aufwertung entwickelt. Seine gegenwärtig geltende Reichweite lässt sich erst durch eine nähere Betrachtung dieser Entwicklung sachgerecht feststellen.⁸²⁵

Die ehemalige Kommission hatte anfangs das Vorliegen eines solchen Rechts abgelehnt.⁸²⁶ Nach der Anerkennung der Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK auf Ermittlungsverfahren⁸²⁷ merkte sie an, dass eine ausdrückliche Verweigerung des Verteidigerzugangs im Polizeigewahrsam eine Verletzung des Art. 6 EMRK erst dann begründen könne, wenn dies das Gesamtverfahren entscheidend beeinflusst habe.⁸²⁸ In ihrer folgenden Spruchpraxis hielt sie sich zurück, die Tatsachenfeststellungen des nationalen Gerichts bezüglich der konkreten Umstände der Verweigerung des Verteidigerzugangs im Polizeigewahrsam in Frage zu stellen und fand eine umfassende innerstaatliche Prüfung zur Feststellung der Freiwilligkeit und Glaubwürdigkeit des polizeilichen Geständnisses eines unverteidigten Beschuldigten für die Einhaltung des Art. 6 EMRK ausreichend.⁸²⁹ 1989 erkannte sie ausdrücklich an, dass der Beschuldigte ein Recht auf Verteidigerbeistand nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK in Polizeihaft hat, um die Rechtmäßigkeit seiner Freiheitsentziehung

⁸²³ EGMR *Croissant ./. DE* Urt. v. 25.09.1992 § 27; EGMR *Galstyan ./. AM* Urt. v. 15.11.2008 § 91; EGMR *Pavlenko ./. RU* Urt. v. 01.04.2010 § 98; siehe ferner *Harris* u.a., S. 315; LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 723; *Gaede*, S. 254 f.; *Tallroth*, S. 256 f.; *Rzepka*, S. 65.

⁸²⁴ Vgl. *Villiger*, S. 327 Rn. 514.

⁸²⁵ Hierzu siehe auch *Renzikowski*, FS für Roxin, S. 1346 ff.

⁸²⁶ EKMR *X ./. DE* Beschw. 4483/70 Entsch. v. 12.07.1971, CD 38, S. 77 ff.

⁸²⁷ EKMR *Can ./. AT* Bericht v. 12.07.1984 § 46.

⁸²⁸ EKMR *X ./. PT* Entsch. v. 13.12.1982 D&R 31 S. 209 (204–209); EKMR *Egue ./. FR* Entsch. v. 05.09.1988 D&R 57, S. 71 f. (47–72).

⁸²⁹ EKMR *G ./. GB* Entsch. v. 13.10.1983 Recht § 5 ff.; vgl. EKMR *Ali ./. GB* ZE v. 21.05.1997 § Recht.

anzufechten sowie seine Verteidigung vorzubereiten. Dieses Recht sei aber einschränkbar, etwa wie im konkreten Fall, wenn Verdunkelungsgefahr bestehe.⁸³⁰

1993 stellte der EGMR keine Unzulänglichkeiten im Hinblick auf das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK im Fall *Imbrioscia* fest, in welchem dem Beschuldigten bei seiner ersten Vernehmung keine Hilfe geleistet wurde, als er die Zuweisung eines Verteidigers forderte, weil er keinen Verteidiger in Zürich kannte. Ebenfalls beanstandete der Gerichtshof das nationale Recht und die Praxis nicht, die Verteidigerin, die inzwischen das Mandat des Beschuldigten übernommen hatte, über die polizeiliche Vernehmung nicht zu benachrichtigen, ihr keine Anwesenheit dabei zu gewähren und den Beschuldigten über das Verteidigerkonsultationsrecht nicht zu belehren.⁸³¹ Erst im Fall *Murray* erkannte der Gerichtshof mit einer allgemeinen Formulierung das Recht jedes Beschuldigten auf den Beistand eines Verteidigers bereits im Anfangsstadium der polizeilichen Vernehmung nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK an, wenn das nationale Recht die nachteilige Verwertung seines Schweigens zulässt. Außerdem könne der Zugang zum Verteidiger mit „guten Gründen“ verwehrt werden, wobei auch im Fall einer gerechtfertigten Einschränkung die Beeinträchtigung der Zugangsverweigerung das Verfahren in seiner Gesamtheit i.S.v. Art. 6 EMRK unfair machen könne.⁸³² In den folgenden englischen Fällen hat der EGMR außerdem im Hinblick auf die Grenzen eines zulässigen Verzichts festgestellt, dass der ausdrückliche Wunsch eines belehrten Beschuldigten die Fortsetzung der Vernehmung ohne eine vorherige Konsultation nicht verbiete.⁸³³

Darüber hinaus hat der EGMR bei der Prüfung mehrerer türkischer Fälle die Verletzung des Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK abgelehnt, solange die Verweigerung des Verteidigerzugangs keine nachteiligen Konsequenzen für einen Beschuldigten im Strafverfahren herbeigeführt habe.⁸³⁴ Habe er sich etwa im Polizeigewahrsam unter

⁸³⁰ EKMR *Di Stefano* /J. GB Entsch. v. 13.04.1989 § 1 Recht.

⁸³¹ EGMR *Imbrioscia* /J. CH Ur t. v. 24.10.1993 §§ 39 ff.; kritisch hiergegen *Trechsel*, Human Rights, S. 289.

⁸³² EGMR *John Murray* /J. GB Ur t. v. 08.02.1996 §§ 62 ff.; siehe außerdem EKMR *Quinn* /J. GB Bericht v. 11.03.1997 § 74 f.; EGMR *Averill* /J. GB Ur t. v. 06.06.2000 §§ 55 ff.; kritisch gegenüber dieser Rechtsprechung *Trechsel*, Human Rights, S. 283; siehe außerdem *Esser*, StraFo 2003, 338; *Renzikowski*, FS für Roxin, S. 1346; *Karaoşmanoğlu*, AÜHFD 52/2003, 179.

⁸³³ EGMR *Francis O’Kane* /J. GB ZE v. 06.07.1999 § Recht; EGMR *Harper* /J. GB ZE v. 14.09.1999 § Recht; EGMR *Dougan* /J. GB ZE v. 14.12.1999 § 1 Recht; siehe ferner EKMR *I.J.* /J. FI ZE v. 27.11.1996; EKMR *Ali* /J. GB ZE v. 21.05.1997 § Recht; vgl. EGMR *Öcalan* /J. TR Ur t. v. 12.05.2005 § 131.

⁸³⁴ EGMR *Erdem und andere* /J. TR ZE v. 14.12.2000 § 2 Recht; EGMR *Mamaç und andere* /J. TR Ur t. v. 20.04.2004 § 48; EGMR *Toktaş* /J. TR ZE v. 15.03.2002 § 2 Recht; EGMR *Sarikaya* /J. TR Ur t. v. 22.04.2004 § 67; EGMR *Dikme* /J. TR Ur t. v. 11.07.2000 § 111; EGMR *Uçar* /J. TR Ur t. v. 11.04.2006 § 128; EGMR *Ahmet Ertuğrul Yılmaz und andere* /J. TR Ur t. v. 04.05.2006 § 30; EGMR *Yurttaş* /J. TR Ur t. v. 27.05.2004 § 75 f.;

Verweigerung des Verteidigerzugangs belastet, so mache die Verwertung dieser Aussagen das Strafverfahren gegen ihn i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK insgesamt erst dann unfair, wenn sein Geständnis im Polizeigewahrsam „der tragende Beweis“ bei seiner Verurteilung war.⁸³⁵ Im umgekehrten Fall, nämlich wenn seine Verurteilung auf weitere Beweismittel gestützt und sein Geständnis nicht das einzige belastende Beweismittel war, lag nach dem Gerichtshof keine Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK vor.⁸³⁶

b) Wendepunkt: Fall Salduz

Die Große Kammer des EGMR hat 2008 im Fall *Salduz* die letztgenannte Rechtsprechung bezüglich des Erfordernisses einer maßgeblichen Verwendung der fraglichen Aussagen geändert und die Reichweite des Rechts auf einen Verteidigerbeistand bei der polizeilichen Vernehmung im Lichte der bereits ergangenen Entscheidungen neu umschrieben. Nach der neueren Rechtsprechung gebietet es das Recht auf ein faires Verfahren gemäß Art. 6 Abs. 1 EMRK grundsätzlich, einem Verdächtigten den Zugang zu einem Verteidiger ab seiner ersten Vernehmung durch die Polizei zu gewähren, es sei denn, dass unter den Umständen des konkreten Falles zwingende Gründe bestehen, dieses Recht einzuschränken. Auch ein solcher Grund kann Eingriffe in die Beschuldigtenrechte gemäß Art. 6 EMRK nicht rechtfertigen, die eine übermäßige Beeinträchtigung zur Folge hätten. Dies liegt im Prinzip vor, wenn belastende Aussagen, die ohne einen Verteidigerbeistand gemacht wurden, zur Begründung der Verurteilung des Beschuldigten herangezogen werden.⁸³⁷

Dieser Rechtsprechung liegen nach dem EGMR mehrere Zwecke des Verteidigerbeistandrechts nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK zugrunde, die „facettenreich“ seien. Diese bestehen im Hinblick auf die polizeiliche Vernehmung eines Beschuldigten darin, ihn vor missbräuchlicher Zwanganwendung, insbesondere Misshandlungen, zu schützen, Justizirrtümer zu vermeiden und eine effektive Ausübung der Beschuldigtenrechte nach Art. 6 EMRK zu gewähren, vor allem der Selbstbelastungsfreiheit

EGMR *Sajtos* ./ GR ZE v. 15.03.2001 § 5 Recht; EKMR *Wiffen* ./ MT ZE v. 17.10.1997 § 2 Recht.

⁸³⁵ EGMR *Öcalan* ./ TR Ur. v. 12.03.2003 § 141; bestätigt durch die Große Kammer EGMR *Öcalan* ./ TR Ur. v. 12.05.2005 § 131; vgl. EGMR *Magee* ./ GB Ur. v. 06.06.2000 §§ 40 ff.

⁸³⁶ EGMR *Saraç* ./ TR ZE v. 02.09.2004 § 4 Recht; bestätigt weiter durch EGMR *Yurtsever* ./ TR ZE v. 31.08.2006 § 4 Recht; EGMR *Yavuz und andere* ./ TR ZE v. 21.11.2006 § B. Recht; EGMR *Uçma* ./ TR ZE v. 03.10.2006 § 1c) Recht; EGMR *Yıldız* ./ TR ZE v. 05.12.2006 § Recht; EGMR *Ahmet Mete* ./ TR Ur. v. 25.04.2006 § 26; vgl. EGMR *Frommelt* ./ LI ZE v. 15.03.2003 § 2 Recht; kritisch gegenüber dieser Rechtsprechung *Renzikowski*, FS für Roxin, S. 1347.

⁸³⁷ EGMR *Salduz* ./ TR Ur. v. 27.11.2008 § 55; hierzu siehe außerdem *Esser/Gaede/Tsambikakis*, NSTZ 2011, 145; *Renzikowski*, FS für Roxin, S. 1347.

und Waffengleichheit.⁸³⁸ Dementsprechend stimmen die Zwecke des Rechts auf Verteidigung und die der Selbstbelastungsfreiheit bei der polizeilichen Vernehmung nach Art. 6 Abs. 1 EMRK vollständig überein.⁸³⁹ Der konventionsrechtliche Schutz der Aussagefreiheit bei der polizeilichen Vernehmung fordert daher unmissverständlich, dass dem Beschuldigten dabei das Recht auf Verteidigerbeistand gewährt wird.

3. Schutzzumfang des Verteidigerkonsultationsrechts

Betrachtet man die Entscheidung im Fall *Salduz* im Lichte der früheren und späteren Spruchpraxis des EGMR, so ergibt sich, dass sie in der Tat eine Klarheit hinsichtlich des genannten Verwertungsverbots mit sich gebracht hat. Die Reichweite des Rechts auf Verteidigerbeistand bei der polizeilichen Vernehmung nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK bleibt dennoch unter mehreren weiteren Gesichtspunkten ungeklärt und innerhalb der einzelnen Kammern umstritten. Im Einzelnen betrifft dies die Frage der bereits oben erörterten Erlangung des Beschuldigtenstatus, außerdem a) des konkreten Zeitpunkts des Verteidigerzugangs, b) der Grenzen der freiwilligen Verzichts, c) des Umfangs der erforderlichen Konsultation (etwa der Anwesenheit des Verteidigers bei der Vernehmung), d) der Einschränkungsründe sowie e) der Möglichkeit weiterer konventionswidriger Präjudizierungsfälle.⁸⁴⁰

a) Zeitpunkt des Verteidigerzugangs

Die Frage, ab wann ein Verdächtiger sein Recht auf einen Verteidigerbeistand im Polizeigewahrsam nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK in Anspruch nehmen kann, ist innerhalb der Kammern des Gerichtshofs umstritten. Die Formulierung „at the initial stages of police interrogation“ im Fall *Murray*⁸⁴¹ konkretisierte die Große

⁸³⁸ EGMR *Salduz* ./ TR Ur t. v. 27.11.2008 §§ 52 ff.; m.w.N. *Harris* u.a., S. 312; *Trechsel*, Human Rights, S. 245 ff.; *Gaede*, S. 256; *Tallroth*, S. 256; *Spaniol*, S. 57.

⁸³⁹ So ausdrücklich EGMR *Martin* ./ EE Ur t. v. 30.05.2013 § 80; EGMR *Yuriy Volkov* ./ UA Ur t. v. 19.12.2013 § 63.

⁸⁴⁰ Für klare und überschaubare Prüfungsschemata bei diesen Fragen siehe etwa EGMR *Grinenko* ./ UA Ur t. v. 15.12.2012 §§ 91 ff.; EGMR *Khayrov* ./ UA Ur t. v. 15.11.2012 §§ 73 ff.; EGMR *Sergey Afanasyev* ./ UA Ur t. v. 15.11.2012 §§ 57 ff.; EGMR *Yerokhina* ./ UA Ur t. v. 15.11.2012 §§ 64 ff.; EGMR *Zamferesko* ./ UA Ur t. v. 15.11.2012 §§ 60 ff.

⁸⁴¹ EGMR *John Murray* ./ GB Ur t. v. 08.02.1996 § 66; wiederholt EGMR *Averill* ./ GB Ur t. v. 06.06.2000 § 59; EGMR *Magee* ./ GB Ur t. v. 06.06.2000 § 41; EGMR *Brennan* ./ GB Ur t. v. 16.11.2001 § 63; EGMR *Öcalan* ./ TR Ur t. v. 12.03.2003 § 140; EGMR *Salduz* ./ TR Ur t. v. 26.04.2007 § 22; EGMR *Galstyan* ./ AM Ur t. v. 15.11.2007 § 89; EGMR *Yaremenko* ./ UA Ur t. v. 12.06.2008 § 85.

Kammer im Fall *Salduz* als „von der ersten Befragung eines Verdächtigen durch die Polizei“: „from the first interrogation of a suspect by the police“.⁸⁴²

Im Fall *Dayanan* wich die Zweite Kammer von dieser Rechtsprechung mit der Begründung ab, dass das Recht auf Verteidigerbeistand nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK weitere Zwecke als nur die Vermeidung einer unwillentlichen Selbstbelastung bei der polizeilichen Vernehmung habe: beispielsweise die Tat mit dem Beschuldigten zu erörtern, die Verteidigung zu organisieren, entlastende Beweise zu sammeln, Vorbereitungen für die Vernehmung zu treffen, die Besorgnisse des Beschuldigten zu mildern und die Umstände seiner Freiheitsentziehung zu überprüfen. Von einem solchen zweckorientierten Ansatz ausgehend, vertrat sie daher die Ansicht, dass der Verteidigerzugang bereits ab dem Beginn des Polizeigewahrsams, „from the moment he is taken into police custody“, gewährt werden müsse.⁸⁴³

Die unmittelbare und die Reichweite des Rechts auf Verteidigerbeistand nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK begrenzende Folge dieser Rechtsprechung zeigte sich im Fall *Aleksandr Zaichenkov*, in dem der Verdächtige nicht im Polizeigewahrsam, sondern direkt am Tatort bei der Durchsuchung seines Autos befragt wurde. Nach dem Gerichtshof hatte er dabei zwar keine Freiheit, der Befragung bzw. den Polizeibeamten zu entgehen. Die körperliche Fortbewegungsfreiheit war jedoch nicht dermaßen begrenzt, dass das Erfordernis des Verteidigerkonsultationsrechts nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK in dieser Phase des Verfahrens zu begründen gewesen wäre.⁸⁴⁴ Zudem impliziert die Bindung des Verteidigerkonsultationsrechts nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK an einen gewissen Grad der Freiheitsentziehung durch die Polizei, dass der EGMR spätestens hierin den konkludenten Verfolgungswillen der Ermittlungsorgane und folglich den Beschuldigtenstatus eines polizeilich Befragten i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK sehen will (jedoch nicht zwingend, dazu gleich).

⁸⁴² EGMR *Salduz* ./ TR Ur t. v. 27.11.2008 § 55; wiederholt EGMR *Pishchalnikov* ./ RU Ur t. v. 24.09.2009 § 70; EGMR *Fatma Tunç* ./ TR Ur t. v. 13.10.2009 § 14; EGMR *Aleksandr Zaichenko* ./ RU Ur t. v. 18.02.2010 § 37; EGMR *Pavlenko* ./ RU Ur t. v. 01.04.2010 § 97; EGMR *Lopata* ./ RU Ur t. v. 13.07.2010 § 130; EGMR *Nechiporuk und Yonkalo* ./ UA Ur t. v. 21.04.2011 § 262; EGMR *Fidancı* ./ TR Ur t. v. 17.01.2012 § 38; EGMR *Kaçıu und Kotorri* ./ AL Ur t. v. 25.06.2013 § 114; so auch *Spielmann*, NJECL 2010, 300; *Trechsel*, Human Rights, S. 283 ist für die Gewährung des Zugangs, sobald dies „technisch möglich ist“; vgl. *Esser*, StraFo 2003, 339.

⁸⁴³ EGMR *Dayanan* ./ TR Ur t. v. 13.10.2009 § 32; EGMR *Şaman* ./ TR Ur t. v. 05.04.2011 § 34; bereits auch so die abweichende Meinung der *Richter Bratze, Zagrebelsky, Casadevall* und *Türkmen* in EGMR *Salduz* ./ TR Ur t. v. 27.11.2008; Übernahme dieser Rechtsprechung durch die Vierte Kammer in EGMR *Adamkiewicz* ./ PL Ur t. v. 02.03.2010 § 84; durch die Fünfte Kammer in EGMR *Hovanesian* ./ BG Ur t. v. 21.12.2010 § 34; EGMR *Bandaletov* ./ UA Ur t. v. 31.10.2013 § 57; vgl. EGMR *Mader* ./ HR Ur t. v. 21.06.2011 § 153 („from the time of his arrest“); EGMR *Shishkin* ./ RU Ur t. v. 07.07.2011 § 142 („the very moment of the arrest“).

⁸⁴⁴ EGMR *Aleksandr Zaichenko* ./ RU Ur t. v. 18.02.2010 § 47 f.; hierzu siehe auch *Spielmann*, NJECL 2010, 301; *Renzikowski*, FS für Roxin, S. 1349.

Bei näherer Betrachtung zeigt sich hier eine gewisse Parallelität zwischen der Auffassung des Gerichtshofs und der eines anderen Organs des Europarates, nämlich des europäischen Komitees zur Verhütung von Folter und unmenschlicher und erniedrigender Behandlung oder Strafe (CPT). Der Gerichtshof kommt durch diese Rechtsprechung auch der Forderung des CPT teilweise entgegen, jedem ab dem Moment der Freiheitsentziehung durch die Polizei, ungeachtet der Bezeichnung seiner genauen Rechtsstellung nach den nationalen Rechten, das Recht auf Verteidigerzugang zu gewähren. Nach dem Komitee darf der Gebrauch dieses Rechts nicht daran geknüpft werden, dass der Betroffene förmlich zum Verdächtigen erklärt wird. Dies schließe auch die Fälle ein, in denen eine Person verpflichtet ist, als Zeuge oder für ein informatorisches Gespräch eine Ermittlungsbehörde aufzusuchen und sich dort für eine Weile aufzuhalten.⁸⁴⁵ Hinsichtlich der letzten Feststellung des CPT geht der EGMR, wie der bereits oben dargelegte Fall *Bandaletov* aufzeigt, dahingehend differenzierend vor, dass der Zeuge bei einer Vernehmung auf der Polizeistation erst bei Vorliegen einer gewissen Verdächtigung das Recht auf Verteidigerbeistand nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK hat.⁸⁴⁶

Schließlich weitert die Anknüpfung an den Polizeigewahrsam dieses Recht dahingehend aus, dass seine Verletzung auch dann angenommen wird, wenn die Verweigerung des Verteidigerzugangs im Strafverfahren gegen den Beschuldigten keine nachteiligen Konsequenzen beweisrechtlicher Natur zur Folge hatte.⁸⁴⁷ Allerdings ist die diesbezügliche Rechtslage innerhalb der einzelnen Kammern des EGMR weitgehend uneinheitlich.⁸⁴⁸

b) Gültiger Verzicht

Ist das Vorliegen des Rechts auf Verteidigerbeistand in zeitlicher Hinsicht zu bejahen, so ist es in der Rechtsprechung des EGMR anerkannt, dass der Beschuldigte auf das Recht auf Verteidigerbeistand bei der polizeilichen Vernehmung nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK unter Einhaltung der Maßstäbe der Verzichtstheorie des EGMR verzichten kann.⁸⁴⁹ Betrachtet man die entsprechende Rechtsprechung des Gerichts-

⁸⁴⁵ Generalbericht des CPT v. 01.08.2010 bis 31.07.2011 Rn. 19. Abrufbar unter <http://www.cpt.coe.int/en/docsannual.htm> [Stand: 21.12.2013].

⁸⁴⁶ EGMR *Bandaletov* ./ UA Ur. v. 31.10.2013 §§ 62 ff.; Der Grund für die unterschiedlichen Ansätze der beiden Organe des Europarates dürfte u.a. darin liegen, dass die EMRK, speziell Art. 6, und die Europäische Antifolterkonvention unterschiedliche Ziele verfolgen.

⁸⁴⁷ EGMR *Bandaletov* ./ UA Ur. v. 31.10.2013 §§ 66 ff.

⁸⁴⁸ Siehe etwa EGMR *Diriöz* ./ TR Ur. v. 31.05.2012 § 30; EGMR *Shishkin* ./ RU Ur. v. 07.07.2011 § 142; EGMR *Khayrov* ./ UA Ur. v. 15.11.2012 § 73; EGMR *Zamferesko* ./ UA Ur. v. 15.11.2012 § 60; siehe außerdem *Esser/Gaede/Tsambikakis*, NStZ 2011, 144 f.; *De Hert*, NJECL 2010, 292.

⁸⁴⁹ EGMR *Trymbach* ./ UA Ur. v. 12.01.2012 §§ 62 ff.; EGMR *Diriöz* ./ TR Ur. v. 31.05.2012 §§ 30 ff.

hofs näher, so lässt sich konstatieren, dass der Verzicht auf das Recht des Verteidigerbestands in jedem Fall gesondert positiv festgestellt werden muss. Liegen keine entsprechenden Anhaltspunkte vor, so ist davon auszugehen, dass es keinen Verzicht gegeben hat.⁸⁵⁰ Dieser kann grundsätzlich ausdrücklich sowie konkludent erfolgen, solange der Beschuldigte ihn unter Gewährung von aa) Mindestgarantien und bb) freiwillig vorgenommen hat.⁸⁵¹ Erklärt er seinen Wunsch nach einer Verteidigerkonsultation, so ist die Vernehmung zu unterbrechen, ihm cc) bei der Suche eines Verteidigers zu helfen sowie unter Umständen ein Verteidiger zuzuweisen (hierzu gleich (4.)).⁸⁵²

aa) Belehrung als Mindestgarantie

Grundsätzlich liegt ein gültiger Verzicht des Beschuldigten vor, wenn dieser nach einer konventionskonformen Belehrung über sein Verteidigerkonsultationsrecht nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK darauf verzichtet und sich zu der Vernehmung bereit erklärt.⁸⁵³ Die Belehrung muss nach der Vernehmung für jede weitere polizeiliche Ermittlungsmaßnahme, etwa Gegenüberstellung oder Tatrekonstruktion, erneut vorgenommen⁸⁵⁴ und nach einer gewissen Zeit für dieselbe Maßnahme wiederholt werden.⁸⁵⁵ Der Gerichtshof verlangt außerdem, dass die Erteilung der Belehrung aktenkundig gemacht,⁸⁵⁶ vom Beschuldigten bestätigt worden⁸⁵⁷ und inhaltlich klar ist.⁸⁵⁸ Eine ordentliche Belehrung stellt für eine wissentliche und einsichtige Entscheidung eines Beschuldigten nach dem Gerichtshof dann keine angemessene Garantie mehr dar, wenn er etwa benachteiligte Berufs- und Einkommensverhältnisse

⁸⁵⁰ Hierzu siehe EGMR *Yuriy Volkov* ./ UA Ur t. v. 19.12.2013 § 66 f.; EGMR *Pot-coavă* ./ RO Ur t. v. 17.12.2013 §§ 27 ff.; EGMR *Grinenko* ./ UA Ur t. v. 15.12.2012 § 94; EGMR *Sergey Afanasyev* ./ UA Ur t. v. 15.11.2012 § 60; EGMR *Zamferesko* ./ UA Ur t. v. 15.11.2012 §§ 61 ff.; EGMR *Titarenko* ./ UA Ur t. v. 20.09.2012 § § 87 ff.; EGMR *Todo-rov* ./ UA Ur t. v. 12.01.2012 §§ 77 ff.; EGMR *Sebalj* ./ HR Ur t. v. 28.06.2011 § 256.

⁸⁵¹ EGMR *Pishchalnikov* ./ RU Ur t. v. 24.09.2009 § 77 f.; EGMR *Şaman* ./ TR Ur t. v. 05.04.2011 § 33; hierzu siehe ferner *Esser/Gaede/Tsambikakis*, NSStZ 2011, 145; *Spielmann*, NJECL 2010, 301.

⁸⁵² EGMR *Pishchalnikov* ./ RU Ur t. v. 24.09.2009 § 78.

⁸⁵³ EGMR *Pishchalnikov* ./ RU Ur t. v. 24.09.2009 § 78; EGMR *Şaman* ./ TR Ur t. v. 05.04.2011 § 33; EGMR *Diriöz* ./ TR Ur t. v. 31.05.2012 § 35 f.

⁸⁵⁴ EGMR *Savaş* ./ TR Ur t. v. 08.12.2009 § 66 f.; siehe ferner EGMR *Vanfuli* ./ RU Ur t. v. 03.11.2011 § 101; EGMR *Yunus Aktaş und andere* ./ TR Ur t. v. 20.10.2009 § 52.

⁸⁵⁵ EGMR *Yerokhina* ./ UA Ur t. v. 15.11.2012 § 68.

⁸⁵⁶ EGMR *Khayrov* ./ UA Ur t. v. 15.11.2012 § 77; EGMR *Yerokhina* ./ UA Ur t. v. 15.11.2012 § 69.

⁸⁵⁷ EGMR *Sharkunov und Mezentsev* ./ RU Ur t. v. 10.06.2010 §§ 104–107; EGMR *Galstyan* ./ AM Ur t. v. 15.11.2007 §§ 91 ff.; EGMR *Yerokhina* ./ UA Ur t. v. 15.11.2012 § 68; EGMR *Akşin und andere* ./ TR Ur t. v. 01.10.2013 §§ 47 ff.; EGMR *Yoldaş* ./ TR Ur t. v. 23.02.2010 § 52; EGMR *Diriöz* ./ TR Ur t. v. 31.05.2012 §§ 33 ff.

⁸⁵⁸ EGMR *Vanfuli* ./ RU Ur t. v. 03.11.2011 § 101; EGMR *Necho* ./ RU Ur t. v. 24.01.2012 § 109.

hat⁸⁵⁹ oder ein Analphabet mit geringer Kenntnis der Amtssprache ist. Diese Umstände erfordern für die Feststellung eines gültigen Verzichts zusätzliche Sicherheitsvorkehrungen.⁸⁶⁰ Darüber hinaus kann das Erfordernis, dass der Beschuldigte eine einsichtige und bewusste Entscheidung bezüglich seines Rechts auf Verteidigerbeistand nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK bei der polizeilichen Vernehmung trifft, weitere Informationspflichten begründen. So ist es nach dem EGMR geboten, den Beschuldigten darüber zu informieren, wenn seine Familie einen Verteidiger für ihn beauftragt hat, der nun die Polizei persönlich oder telefonisch darum bittet, mit ihm Kontakt aufzunehmen.⁸⁶¹

bb) Freiwilligkeit

Eine nach diesen Maßstäben festgestellte Belehrung des Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung belegt einen gültigen Verzicht nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK nicht automatisch, wenn die Umstände des Falles beachtliche Zweifel an der Zuverlässigkeit des fraglichen Dokuments aufkommen lassen⁸⁶² oder auf die Entscheidungsfreiheit des Beschuldigten durch physische Gewalt, Drohungen oder Täuschung eingewirkt worden ist.⁸⁶³

cc) Unterbrechungs- und Hilfspflicht

Verlangt ein Beschuldigter aus eigenem Antrieb oder nach der Belehrung die Konsultation eines Verteidigers, so muss die Vernehmung nach dem Gerichtshof zunächst unterbrochen werden. Diesen Wunsch durch Fortsetzung der Vernehmung zu ignorieren oder die bloße Erwiderung des Beschuldigten auf Fragen als einen konkludenten Verzicht anzusehen, ist nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK nicht statthaft. Grundsätzlich gilt, dass die Unterbrechung aufrechterhalten wird, bis die Konsultation eines Verteidigers tatsächlich erfolgt ist. Dies hat allerdings kein absolutes Vernehmungsverbot zur Folge. Nach dem Gerichtshof sind die Vernehmungsbeamten nicht daran gehindert, die vom Beschuldigten selbst initiierten Äußerungen entgegenzunehmen oder solche Äußerungen zu erwidern. Dabei ist nach dem Gerichtshof darauf Rücksicht zu nehmen, ob der unverteidigte Beschuldigte die Konsequenzen seiner Entscheidung, ohne einen vorherigen Beistand eines Verteidigers

⁸⁵⁹ EGMR *Talat Tunç* ./ TR Ur t. v. 27.03.2007 § 60 („sans formation professionnelle et originaire d’un milieu modeste“).

⁸⁶⁰ EGMR *Şaman* ./ TR Ur t. v. 05.04.2011 § 35.

⁸⁶¹ EGMR *Dvorski* ./ HR Ur t. v. 28.11.2013 §§ 95 ff.

⁸⁶² EGMR *Yunus Aktaş und andere* ./ TR Ur t. v. 20.10.2009 §§ 46 ff.

⁸⁶³ EGMR *Galstyan* ./ AM Ur t. v. 15.11.2007 § 91; EGMR *Trymbach* ./ UA Ur t. v. 12.01.2012 § 65; EGMR *Tarasov* ./ UA Ur t. v. 31.10.2013 § 94; siehe auch EGMR *Mader* ./ HR Ur t. v. 21.06.2011 §§ 155 ff.; EGMR *Vanfuli* ./ RU Ur t. v. 03.11.2011 § 101; EGMR *Kaçıu und Kotorri* ./ AL Ur t. v. 25.06.2013 § 119.

vernommen zu werden, in ausreichendem Maß versteht. Denn auch die fehlende Einsicht kann die Ungültigkeit des Verzichts zur Folge haben.⁸⁶⁴

Die Hilfspflicht nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK bezieht sich in erster Linie auf die tatsächliche Herstellung der Kommunikation zwischen einem Beschuldigten und seinem Verteidiger. Dieser kann nach dem EGMR etwa nachgekommen werden, indem ihm die Möglichkeit gegeben wird, mit dem Verteidiger zu telefonieren oder ihn mit anderen verfügbaren Mitteln zu kontaktieren.⁸⁶⁵ Ist sein Wahlverteidiger etwa nachtsüber nicht erreichbar, so haben die Vernehmungsbehörden ihn darüber zu informieren. Der Gerichtshof verlangt hierbei die Vorlage gewisser Nachweise, um die tatsächlichen Bemühungen der Ermittlungsbehörden zu überprüfen, etwa das Zeugnis des Verteidigers, seine Einladung oder Protokolle des Telefonats. Außerdem müssen die Vernehmungsbeamten nach dem Gerichtshof dem Beschuldigten die Gelegenheit einräumen, einen anderen Verteidiger zu kontaktieren oder ihm ggf. einen Verteidiger aus der örtlichen Anwaltskammer bestellen.⁸⁶⁶ In diesem Zusammenhang spricht grundsätzlich nichts dagegen, dass die Polizei dem Beschuldigten hilfsweise eine entsprechende Liste vorlegt. Ein gutgläubiges Vorgehen der Polizei liegt allerdings nach dem Gerichtshof spätestens dann nicht vor, wenn die angebliche Liste nicht überprüft werden kann und der „empfohlene“ Verteidiger etwa ein ehemaliger Polizeichef war, der nach der Beratung kein Honorar verlangt hatte. Im konkreten Fall ist der Wahl des Beschuldigten nach dem EGMR jedenfalls keine „vollständig informierte“ Entscheidung vorausgegangen, weil die Polizei ihn außerdem über den bereits von seiner Familie beauftragten Verteidiger nicht informiert hatte.⁸⁶⁷ Die Hilfspflicht kann darüber hinaus die Zuweisung eines unentgeltlichen Verteidigers nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK erfordern (gleich unten (4.)).⁸⁶⁸

c) Umfang der Konsultation – Anwesenheitsrecht

Wurde dem Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung nach den Grundsätzen der oben aufgeführten Rechtsprechung der Zugang zu einem Verteidiger gewährt, so stellt sich die Frage, wie er die Konsultation des Verteidigers konkret beanspruchen kann. Im Gegensatz zur Gewährung des Verteidigerzugangs nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK enthält das Fallrecht des EGMR wenige Anforderungen

⁸⁶⁴ EGMR *Pishchalnikov* ./ *RU* Urt. v. 24.09.2009 § 79 f.; EGMR *Mader* ./ *HR* Urt. v. 21.06.2011 § 153; hierzu siehe auch *Esser/Gaede/Tsambikakis*, NSTZ 2011, 145; *Renzikowski*, FS für Roxin, S. 1349.

⁸⁶⁵ EGMR *Pavlenko* ./ *RU* Urt. v. 01.04.2010 § 107.

⁸⁶⁶ EGMR *Pishchalnikov* ./ *RU* Urt. v. 24.09.2009 § 74 f.; EGMR *Pavlenko* ./ *RU* Urt. v. 01.04.2010 § 107; vgl. EGMR *Mader* ./ *HR* Urt. v. 21.06.2011 §§ 150 ff.

⁸⁶⁷ EGMR *Dvorski* ./ *HR* Urt. v. 28.11.2013 §§ 95 ff.

⁸⁶⁸ EGMR *Pishchalnikov* ./ *RU* Urt. v. 24.09.2009 § 73; EGMR *Pavlenko* ./ *RU* Urt. v. 01.04.2010 § 107.

über die konkrete Ausgestaltung der Konsultation.⁸⁶⁹ Dies betrifft insbesondere die Frage, ob Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK dem Beschuldigten das Recht gewährt, den Beistand seines Verteidigers in Form dessen Anwesenheit während der Vernehmung in Anspruch zu nehmen.

Der Gerichtshof führte in einigen Fällen die Verletzung dieser Vorschrift ausdrücklich auf die Abwesenheit eines Verteidigers bei der polizeilichen Vernehmung des Beschuldigten zurück, wobei in allen diesen Fällen den Beschuldigten überhaupt kein Verteidigerzugang gewährt worden war.⁸⁷⁰ Zugleich bestätigte er die Konventionskonformität der Verteidigerkonsultation, wenn der Verteidiger entsprechend dem nationalen Recht bei der polizeilichen Vernehmung zugegen war.⁸⁷¹ Der Umkehrschluss aus dieser Rechtsprechung, dass dem Verteidiger bei der Vernehmung stets die Anwesenheit zu gewähren ist und ihre Verweigerung eine Verletzung des Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK darstellen würde, wäre jedoch verfrüht. Dies belegen die abweichenden Entscheidungen der Dritten und Ersten Kammer.⁸⁷² Während die Dritte Kammer im Fall *Niculescu* den Ausschluss des Verteidigers vom *actual questioning* im Falle eines angemessenen, anderweitig geleisteten Beistands im Polizeigewahrsam für die Verletzung dieser Vorschrift nicht als hinreichend erachtete,⁸⁷³ fand die Erste Kammer im Fall *Navone* den Mangel des nationalen Rechts, keinen Beistand des Verteidigers während der polizeilichen Vernehmung vorzusehen, hierfür ausreichend, auch wenn einem Beschuldigten im Polizeigewahrsam nach dem nationalen Recht der begrenzte Anspruch eingeräumt wird, sich erst zu Beginn der polizeilichen Vernehmung für höchstens eine Stunde von seinem Verteidiger beraten zu lassen.⁸⁷⁴ Im Übrigen hielt der EGMR es nicht für eine angemessen gewährte Konsultation nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK, dass die Beratung mit dem Verteidiger vor der polizeilichen Vernehmung, bei der die Beschuldigte ein ausführliches Geständnis ablegte, lediglich für ein paar Minuten oder für eine halbe Stunde eingeräumt worden war.⁸⁷⁵

⁸⁶⁹ Hierzu eingehend *De Hert*, NJECL 2010, 289 f.

⁸⁷⁰ EGMR *Panovits* *.J.* CY Ur t. v. 11.12.2008 § 67; EGMR *Sebalj* *.J.* HR Ur t. v. 28.06.2011 § 256 f.; EGMR *Martin* *.J.* EE Ur t. v. 30.05.2013 § 93; vgl. EGMR *Imbrioscia* *.J.* CH Ur t. v. 24.10.1993 §§ 39 ff.; EGMR *Dougan* *.J.* GB ZE v. 14.12.1999 § 1 Recht; EGMR *John Murray* *.J.* GB Ur t. v. 08.02.1996 §§ 16, 63–70; EGMR *Averill* *.J.* GB Ur t. v. 06.06.2000 § 60; EGMR *Salduz* *.J.* TR Ur t. v. 27.11.2008 § 55; hierzu siehe außerdem *Viliger*, S. 328 Rn. 516; *Tallroth*, S. 259; *Schlauri*, S. 313; *von Arnim*, GS für Blumenwitz, S. 273; *Esser/Gaede/Tsambikakis*, NStZ 2011, 144; *Karaosmanoğlu*, AÜHFD 52/2003, 179.

⁸⁷¹ EGMR *Mader* *.J.* HR Ur t. v. 21.06.2011 § 153.

⁸⁷² So auch LR-StPO-Gleiß, § 136 Rn. 45; *Gaede*, S. 258; *De Hert*, NJECL 2010, S. 290.

⁸⁷³ EGMR *Niculescu* *.J.* RO Ur t. v. 25.06.2013 § 117 f.

⁸⁷⁴ EGMR *Navone und andere* *.J.* FR Ur t. v. 24.10.2013 §§ 78 ff.

⁸⁷⁵ EGMR *Fatma Tunç* *.J.* TR Ur t. v. 13.10.2009 § 14; keine hinreichende Verteidigerkonsultation sah der EGMR in *Stanimirovis* *.J.* RS Ur t. v. 18.10.2011 § 52, bei dem das Treffen des Beschuldigten mit seinem Verteidiger gleich im Untersuchungsrichteramt stattfand, wo er keine Möglichkeit hatte, den Verteidiger allein zu sprechen; siehe ferner EGMR

bzw. der festgenommene Beschuldigte während der nachfolgenden Tatrekonstruktion keinen Verteidigerbeistand in Anspruch nahm.⁸⁷⁶

d) *Einschränkung des Verteidigerzugangs*

Das Recht auf Verteidigerzugang im Polizeigewahrsam nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK darf nach dem EGMR unter bestimmten Umständen eingeschränkt werden. Der Gerichtshof verlangt hierbei erstens, dass die Einschränkungsgründe im nationalen Recht klar umschrieben sind.⁸⁷⁷ Dieser Anforderung wird schlechthin nicht Genüge getan, wenn das nationale Recht kein Verteidigerkonsultationsrecht für den Beschuldigten im Polizeigewahrsam vorsieht.⁸⁷⁸ Zweitens darf die Einschränkung nur für einen streng begrenzten Zeitraum gelten. Drittens muss ihr ein legitimer Zweck zugrunde liegen.⁸⁷⁹ Dabei spricht die Schwere der Tat nach dem EGMR bei einer Abwägung gegen die Einschränkung, weil dem Beschuldigten dementsprechend eine schwerere Strafe droht.⁸⁸⁰

Liegt kein Rechtfertigungsgrund in dem oben genannten Sinn für einen nicht gewährten Verteidigerzugang vor, so reicht das im Prinzip aus, um eine Verletzung des Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK festzustellen.⁸⁸¹ Dieses Ergebnis stimmt mit der Rechtsprechung des EGMR im Urteil *Dayanan* überein, in dem das Verteidigerkonsultationsrecht, abgekoppelt von der Vernehmung eines Beschuldigten im Polizeigewahrsam und der Frage ihrer beweisrechtlich nachteiligen Auswirkungen, als eigenständiges Recht des Beschuldigten verstanden wurde. Im konkreten Fall machte der Beschuldigte nämlich bei der polizeilichen Vernehmung keine Angaben zur Sache, sondern schwieg vollständig, was keine Nachteile bei der Begründung seiner Verurteilung nach sich zog.⁸⁸² Auch im Fall *Salduz* hatte die Große Kammer eine solche Auslegung des nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK nicht ausgeschlossen. Sie stellte lediglich Schranken-Schranken im Fall einer gerechtfertigten Einschränkung, also die *übermäßige* Beeinträchtigung der Fairness des Verfahrens, fest; nämlich die Verwertung belastender Aussagen des Beschuldigten

Erkpic ./. HR Ur t. v. 25.04.2013 § 81; EGMR *Hüseyin Hasip Aktaş ./. TR* Ur t. v. 01.02.2011 § 21.

⁸⁷⁶ EGMR *Karadağ ./. TR* Ur t. v. 29.06.2010 §§ 46 ff.

⁸⁷⁷ EGMR *Salduz ./. TR* Ur t. v. 27.11.2008 § 54; kritisch gegenüber dem Einschränkungskonzept des EGMR *Renzikowski*, FS für Roxin, S. 1346 f.

⁸⁷⁸ EGMR *Gök und Güler ./. TR* Ur t. v. 28.07.2009 § 57; EGMR *Özcan Çolak ./. TR* Ur t. v. 06.10.2009 § 46.

⁸⁷⁹ EGMR *Martin ./. EE* Ur t. v. 30.05.2013 § 79.

⁸⁸⁰ EGMR *Yuriy Volkov ./. UA* Ur t. v. 19.12.2013 § 62.

⁸⁸¹ EGMR *Pishchalnikov ./. RU* Ur t. v. 24.09.2009 § 84; EGMR *Pavlenko ./. RU* Ur t. v. 01.04.2010 § 118; hierzu siehe auch *Warnking*, Beweisverbote, S. 144.

⁸⁸² EGMR *Dayanan ./. TR* Ur t. v. 13.10.2009 § 32 f.; ebenso EGMR *Hikmet Yılmaz ./. TR* Ur t. v. 04.06.2013 § 22; in diese Richtung auch EGMR *Shishkin ./. RU* Ur t. v. 07.07.2011 § 142; so auch *Gaede*, S. 252 f.; a.A. *Meyer-Ladewig*, Art. 6 Rn. 231.

bei der polizeilichen Vernehmung, wo ihm das nationale Recht den Zugang zu einem Verteidiger verweigerte.⁸⁸³

e) Umfang der verbotenen Beeinträchtigung

Die Rechtsprechung im Fall *Dayanan* findet allerdings nicht bei allen Kammern Zustimmung.⁸⁸⁴ Im Fall *Smolik* lehnte die Fünfte Kammer die Verletzung des Verteidigerkonsultationsrechts ab, weil der Beschuldigte in dem fraglichen Zeitraum nicht vernommen worden sei.⁸⁸⁵ Nach der Dritten Kammer liegt eine ausreichende Beeinträchtigung des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK sogar dann noch nicht vor, wenn selbstbelastende Aussagen eines Beschuldigten, die er bei der polizeilichen und staatsanwaltlichen Vernehmung in Abwesenheit eines Verteidigers gemacht hatte, lediglich bei der Einleitung des Strafverfahrens gegen ihn verwendet wurden.⁸⁸⁶

f) Ergebnisse

Zusammenfassend lassen sich im Allgemeinen zwei verschiedene Ansätze in der Rechtsprechung des Gerichtshofs feststellen, die bei den oben erörterten Gesichtspunkten des Rechts auf Verteidigerbeistand im Polizeigewahrsam teilweise zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Im ersten Ansatz geht es primär darum, ein faires Verfahren bereits bei der ersten Vernehmung durch die Polizei sicherzustellen, indem der Beschuldigte sein Aussageverhalten bereits in dieser frühen Phase des Strafverfahrens frei und beraten bestimmen kann. Der zweite Ansatz zielt darüber hinaus auch darauf ab, für den Beschuldigten ab dem Moment der Freiheitsentziehung durch die Polizei und unabhängig von der Frage seines Aussageverhaltens ein allgemeines Menschenrecht auf den Zugang zu einem Verteidiger zu etablieren. Es gilt abzuwarten, welcher Ansatz sich in der Rechtsprechung des Gerichts durchsetzt. Der letztgenannte Zweck liegt auch dem in Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK verankerten dritten Verteidigungsrecht zugrunde, nämlich dem Recht auf einen unentgeltlichen Verteidiger.

⁸⁸³ EGMR *Salduz J. TR* Ur. v. 27.11.2008 § 55; zur Fortsetzung siehe EGMR *Amutan J. TR* Ur. v. 03.02.2009 § 18; EGMR *Böke und Kandemir J. TR* Ur. v. 10.03.2009 § 71; EGMR *Soykan J. TR* Ur. v. 21.04.2009 §§ 52 ff. EGMR *Gök und Güler J. TR* Ur. v. 28.07.2009 § 57; EGMR *Musa Karataş J. TR* Ur. v. 05.01.2010 § 91; EGMR *Yeşilkaya J. TR* Ur. v. 08.12.2009 § 31 f.; EGMR *Huseyn und andere J. AZ* Ur. v. 26.07.2011 § 172; EGMR *Grinenko J. UA* Ur. v. 15.11.2012 §§ 91 ff.; EGMR *Sergey Afanasyev J. UA* Ur. v. 15.11.2012 §§ 58 ff.; EGMR *Asadbeyli und andere J. AZ* Ur. v. 11.12.2012 § 133.

⁸⁸⁴ So etwa bei der Dritten Kammer EGMR *Gonta J. RO* Ur. v. 01.10.2013 § 67; EGMR *Argintaru J. RO* ZE v. 08.01.2013 §§ 26 ff.; EGMR *Stanca J. RO* Ur. v. 24.07.2012 § 62.

⁸⁸⁵ EGMR *Smolik J. UA* Ur. v. 19.01.2012 § 56.

⁸⁸⁶ EGMR *Manculesci J. RO* Ur. v. 13.11.2013 §§ 78 ff.; a.A. ist die Fünfte Kammer in EGMR *Todorov J. UA* Ur. v. 12.01.2012 §§ 78 ff.; vgl. EGMR *Hovanessian J. BG* Ur. v. 21.12.2010 § 37.

4. Recht auf einen unentgeltlichen Verteidiger

a) Voraussetzungen

Nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK hat der mittellose Beschuldigte das Recht, den unentgeltlichen Beistand eines Verteidigers zu erhalten, wenn dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist. Bei der Erfüllung der letztgenannten Voraussetzung stehen nach dem EGMR nicht die Belange der Justiz im Vordergrund, sondern die des Beschuldigten an einer wirksamen Teilnahme am Verfahren.⁸⁸⁷ Ebenfalls aus diesem Grund ist die zweite konstruktive Voraussetzung des Rechts auf einen unentgeltlichen Verteidiger nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK nicht nur die Mittellosigkeit des Beschuldigten, sondern die Notwendigkeit eines Verteidigerbeistands für ein faires Verfahren i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK.⁸⁸⁸ Die Vorschrift ist insofern nicht als eine bloße Prozesskostenhilfebestimmung für den unbemittelten Beschuldigten zu verstehen.

Die Notwendigkeit eines unentgeltlichen Verteidigers ist nach dem EGMR nach den Umständen des Einzelfalls zu bestimmen. Dabei sind beispielhaft folgende Umstände zu berücksichtigen: die Schwere der Tat, die Höhe der zu erwartenden Strafe sowie die Komplexität des Falles.⁸⁸⁹ Dabei gilt, dass der rechtliche Beistand eines Verteidigers grundsätzlich geboten ist, wenn dem Beschuldigten eine Freiheitsstrafe droht.⁸⁹⁰ Diese Umstände müssen außerdem weder kumulativ eintreten⁸⁹¹ noch sind sie abschließend.⁸⁹²

Zwar gelten die oben genannten Grundsätze zweifelsohne auch bei der polizeilichen Vernehmung eines Beschuldigten.⁸⁹³ Im Gegensatz zur Beiordnung eines

⁸⁸⁷ EGMR *Shulepov* /J. RU Ur t. v. 26.06.2008 § 36; EGMR *Timergaliyev* /J. RU Ur t. v. 14.11.2008 § 59; EGMR *Shilbergs* /J. RU Ur t. v. 17.12.2009 § 120.

⁸⁸⁸ Vgl. EGMR *Padalov* /J. BG Ur t. v. 10.08.2006 § 53 f.; EGMR *Talat Tunç* /J. TR Ur t. v. 27.03.2007 § 60 f.; EGMR *Galstyan* /J. AM Ur t. v. 15.11.2008 § 91; EGMR *Shulepov* /J. RU Ur t. v. 26.06.2008 § 38; EGMR *Panovits* /J. CY Ur t. v. 11.12.2008 § 72; EGMR *Pavlenko* /J. RU Ur t. v. 01.04.2010 § 98.; EGMR *Yuriy Volkov* /J. UA Ur t. v. 19.12.2013 § 61; so auch im Ergebnis *Gaede*, FS für Fezer, S. 44 f.; *Roxin/Schünemann*, S. 114 Rn. 42; vgl. *Wohlers*, StV 2007, 377.

⁸⁸⁹ EGMR *Quaranta* /J. CH Ur t. v. 21.05.1991 § 33; zur Komplexität des Sachverhalts EMRK *Beattie* /J. GB Ur t. v. 09.09.1998 § 75; hierzu eingehend *Demko*, FS für Fezer, S. 11 ff.; außerdem *Meyer-Ladewig*, Art. 6 Rn. 229; *Peukert*, Art. 6 Rn. 301; *Harris* u.a., S. 317; *Esser*, StraFo 2003, 339.

⁸⁹⁰ EGMR *Quaranta* /J. CH Ur t. v. 21.05.1991 § 33; *Meyer-Ladewig*, Art. 6 Rn. 235; *Esser/Gaede/Tsambikakis*, NStZ 2011, 147; siehe auch *Gaede*, FS für Fezer, S. 44 f.

⁸⁹¹ *Demko*, FS für Fezer, S. 8; *Callewaert*, EuGRZ 2996, 369; *Esser*, StraFo 2003, 339; vgl. LR-StPO-*Esser*, Art. 6 Rn. 733; *Esser/Gaede/Tsambikakis*, NStZ 2011, 146; vgl. EGMR *Benham* /J. GB Ur t. v. 24.05.1996, § 64; EGMR *Shilbergs* /J. RU Ur t. v. 17.12.2009 § 123.

⁸⁹² Hierzu siehe etwa EGMR, *Quaranta* /J. CH Ur t. v. 21.05.1991, § 35; EGMR *Twalib* /J. GR Ur t. v. 09.06.1998 § 53.

⁸⁹³ EGMR *Berlinski* /J. PL Ur t. v. 20.06.2002 § 77; EGMR *Panovits* /J. CY Ur t. v. 11.12.2008 § 72; EGMR *Shabelnik* /J. UA Ur t. v. 19.02.2009 § 58; EGMR *Leonid Lazerenko* /J. UA

unentgeltlichen Verteidigers in der Hauptverhandlung und des Berufungs- sowie Revisionsverfahrens⁸⁹⁴ ist jedoch der Rechtsprechung des EGMR nicht eindeutig zu entnehmen, ob das Recht auf einen unentgeltlichen Verteidiger bei der polizeilichen Befragung doch Einschränkungen rechtlicher bzw. tatsächlicher Natur unterliegt. Betrachtet man seine Rechtsprechung näher, so scheint der Gerichtshof zwischen der von Amts wegen vorzunehmenden Beordnung eines notwendigen Pflichtverteidigers und der Bestellung eines unentgeltlichen Verteidigers auf den entsprechenden Wunsch des Beschuldigten zu unterscheiden.⁸⁹⁵ Hinzuweisen ist an dieser Stelle erneut auf die bereits oben aufgeführte Hilfspflicht der Ermittlungsorgane bei der Suche nach einem Verteidiger. Aus ihr kann sich die Pflicht ergeben, dem Beschuldigten unter Umständen einen Verteidiger aus der örtlichen Anwaltskammer zu bestellen.⁸⁹⁶

b) Kasuistik des Gerichtshofs

Die Notwendigkeit eines amtlich beizuordnenden Pflichtverteidigers bei der polizeilichen Vernehmung nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK hat der Gerichtshof in seiner jetzigen Rechtsprechung für den Fall der lebenslangen Haftstrafe⁸⁹⁷ oder Raubmord⁸⁹⁸ als erforderlich erachtet. Dagegen verneinte er die Erforderlichkeit einer obligatorischen amtlichen Verteidigerbeordnung im Hinblick auf eine Rechtspflege i.S.v. Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK, als dem Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung eine Ordnungswidrigkeit angelastet wurde, die höchstens 15 Tage Freiheitsstrafe nach sich zog.⁸⁹⁹ Desgleichen gilt für den Beschuldigten, der von dem örtlichen Handelsaufsichtsbeamten nach einer Vorladung, der er freiwillig folgte, wegen Verstößen gegen Tierhaltungsvorschriften vernommen wurde. Nach dem EGMR sei es im konkreten Fall nicht ersichtlich, dass er dabei unter einem besonderen Druck stand, der einen unentgeltlichen bzw. zwingend einen Pflichtverteidiger erfordert hätte.⁹⁰⁰

Urt. v. 28.11.2010 § 57; EGMR *Yuriy Volkov* ./ UA Urt. v. 19.12.2013 § 61; so auch *Esser*, *StraFo* 2003, 339; *Callewaert*, *EuGRZ* 2996, 369; *Tallroth*, S. 255.

⁸⁹⁴ Hierzu beispielhaft EGMR *Tsonyo Tsonev* ./ BG Urt. v. 14.01.2010 § 40.

⁸⁹⁵ EGMR *Pishchalnikov* ./ RU Urt. v. 24.09.2009 § 73; EGMR *Pavlenko* ./ RU Urt. v. 01.04.2010 § 107.

⁸⁹⁶ Siehe oben Kap. 2, V.C.3.b)cc).

⁸⁹⁷ EGMR *Leonid Lazerenko* ./ UA Urt. v. 28.10.2010 § 56 f.; EGMR *Shabelnik* ./ UA Urt. v. 19.02.2009 § 58; vgl. EGMR *Panovits* ./ CY Urt. v. 11.12.2008 § 72; EGMR *Padalov* ./ BG Urt. v. 10.08.2006 § 54; EGMR *Talat Tunç* ./ TR Urt. v. 27.03.2007 § 61.

⁸⁹⁸ EGMR *Yuriy Volkov* ./ UA Urt. v. 19.12.2013 §§ 61 ff.

⁸⁹⁹ EGMR *Galstyan* ./ AM Urt. v. 15.11.2007 § 91.

⁹⁰⁰ EGMR *Beale* ./ GB ZE v. 12.10.2004 § Recht.

5. Zwischenergebnisse zur einschlägigen Rechtsprechung des EGMR

Die oben aufgeführte Rechtsprechung des Gerichtshofs zeigt eindeutig, dass das Recht auf einen Verteidigerbeistand bei der polizeilichen Vernehmung nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK nicht mehr ein lediglich völkerrechtlich verankertes Menschenrecht ist, das durch die Vertragsstaaten im Einzelnen positivrechtlich zu regeln und von nationalen gerichtlichen Instanzen im Strafverfahren unter den Umständen des Einzelfalles anzuwenden ist. Denn der Gerichtshof überprüft nicht mehr bloß die Vereinbarkeit eines konkreten Falles mit dem Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK, sondern stellt fallübergreifende, abstrakte Vorgaben auf, die dem nationalen Strafverfahrensrecht als solchem substanzielle Grenzen zieht. Dabei ist die bereits etablierte Vorgehensweise des Gerichtshofs besonders augenfällig, sich in konkreten Fällen mit Tatsachenfeststellungen unmittelbar zu befassen, konventionsrechtliche Anforderungen des Rechts auf Verteidigerbeistand auf die einzelnen Aspekte des Polizeigewahrsams zugeschnitten punktuell festzulegen, hieraus ein durchaus ausgedehntes Fallrecht zu entwickeln und wie ein nationaler Oberster Gerichtshof im Lichte seines Fallrechts einzelne Fälle systematisch auf die Verstöße zu prüfen.

Das dadurch entstandene Fallrecht des Gerichtshofs beschränkt sich bedauerlicherweise im Wesentlichen auf das Recht eines Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK, einen Verteidiger seiner Wahl zu konsultieren, und zwar in erster Linie den Zugang zu ihm zu erhalten. Die Frage des Anwesenheitsrechts des Verteidigers sowie der Reichweite des Rechts auf einen Rechtshilfe- oder Pflichtverteidiger bei der polizeilichen Vernehmung haben dagegen bis jetzt noch nicht die erwünschte Klarheit erfahren.

VI. Beweisverwertungsverbote

Wurden oben die konventionsrechtlichen Anforderungen der Aussagefreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK im Hinblick auf ihren Kernbereich, das Umgehungsverbot und ergänzende Schutzrechte dargelegt, so stellt sich nun die Frage, welche prozessrechtlichen Folgen ein Verstoß dagegen nach sich zieht; insbesondere, ob die dadurch erlangten Beweise im Strafverfahren gegen den Betroffenen nach Art. 6 Abs. 1 EMRK verwertbar sind.

Im Folgenden wird hierauf zuerst im Allgemeinen (A.) und dann im Hinblick auf die einzelnen Verstöße gegen die genannten Ausprägungen der Aussagefreiheit eingegangen (B.).

A. Grundsätze des konventionsrechtlichen Beweisverfahrens

1. Die Konvention als Menschenrechtscharta

Die Frage der Beweisverwertungsverbote ist in der EMRK nicht ausdrücklich geregelt. Im Gegensatz zu einer nationalen Strafprozessordnung enthält die Konvention keine herkömmlichen Verfahrensvorschriften, sondern ausdrückliche Justizgrundrechte und Freiheitsrechte.⁹⁰¹ Erst dann und solange die Behandlung eines Beschuldigten im Strafverfahren diese Rechte tangiert, entsteht ein konventionsrechtlicher Bezugspunkt, und die Konvention verlangt den Schutz der Menschenrechte eines Beschuldigten auch im Strafverfahren.⁹⁰² Anderenfalls ist es nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht seine Aufgabe, sich mit Tatsachen- oder Rechtsirrtümern zu befassen, die einem nationalen Gericht unterlaufen sein sollen. Seine Aufgabe besteht gemäß Art. 19 EMRK lediglich darin, die Einhaltung der Konvention zu überprüfen.⁹⁰³ Dazu gehört allerdings auch, darüber zu entscheiden, ob das Verfahren insgesamt auch hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Beweiserhebung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK fair gewesen ist.⁹⁰⁴ Die einzige und zentrale Rechtsgrundlage in der Konvention, aus der sich ein Beweisverwertungsverbot entnehmen lässt, ist somit das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK.⁹⁰⁵ Der Gerichtshof lehnt es im Übrigen grundsätzlich ab, aus Freiheitsrechten der Konvention positive Handlungspflichten in Gestalt von Beweisverwertungsverböten im Strafverfahren abzuleiten. Lediglich bei Beweismitteln, die unter Verstoß gegen Art. 3 EMRK erlangt worden sind, ließ der Gerichtshof die Frage im Fall *Gäfen* offen, ob diese Vorschrift als Restitutionsmaßnahme gemäß Art. 34 EMRK auch ein Verwertungsverbot fordert.⁹⁰⁶

2. Fairness bei Beweisfragen

Bei der Entscheidung, ob die Verwertung eines fraglichen Beweismittels im Strafverfahren gegen einen Beschuldigten mit Art. 6 Abs. 1 EMRK vereinbar ist, übt der EGMR, wohl aufgrund dieser eher mittelbaren Rechtsgrundlage, traditionell eine gewisse Zurückhaltung und überlässt die Frage der Verwertbarkeit von Be-

⁹⁰¹ *Eisele*, JR 2004, 14.

⁹⁰² *Krausbeck*, S. 49 f.

⁹⁰³ Stellvertretend EGMR *Gäfen* ./ DE Ur t. v. 01.07.2010 § 162; hierzu siehe ferner *Gaede*, HRRS 2006, 243 f.; *ders.* JR 2009, 494; *Meyer-Ladewig*, Art. 6 Rn. 141; *Krausbeck*, S. 50.

⁹⁰⁴ EGMR *Martin* ./ EE Ur t. v. 30.05.2013 § 81; EGMR *Sorokins und Sorokina* ./ LT Ur t. v. 28.05.2013 § 110; § 162 f.; siehe auch *Meyer-Ladewig*, Art. 6 Rn. 143; *Villiger*, S. 311 Rn. 486; *Peters/Altwickler*, S. 164 Rn. 13; *Hauck*, NStZ 2010, 20.

⁹⁰⁵ *Gaede*, JR 2009, 494; *Weigend*, FS für Tak, S. 331; *Ambos*, StV 2009, 152.

⁹⁰⁶ EGMR *Gäfen* ./ DE Ur t. v. 01.07.2010 § 128; hierzu siehe ferner *Lubig/Sprenger*, ZIS 9/2008, 435 Fn. 23; *Thienel*, EJIL 2006, 360 f.; *Esser*, NStZ 2008, 658.

weismitteln grundsätzlich dem nationalen Recht sowie den nationalen Gerichten.⁹⁰⁷ Gleichwohl zeigt der Gerichtshof in letzter Zeit zunehmend mehr Bereitschaft, bei Verstößen gegen das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK konventionsrechtliche Beweisverwertungsverbote zu fordern. Im Rahmen seiner Prüfung zieht er die Natur der verletzten Konventionsnorm bei der Erhebung des fraglichen Beweismittels und Einzelheiten des Beweisaufnahme- und Würdignungsverfahrens durch das nationale Gericht in Betracht.⁹⁰⁸ Bei der Annahme eines Beweisverwertungsverbots misst er außerdem ausdrücklich oder konkludent dem Gewicht des öffentlichen Interesses an der Verwertung des fraglichen Beweismittels Bedeutung bei.⁹⁰⁹ Damit folgt der Gerichtshof bei der Annahme eines konventionsrechtlichen Beweisverwertungsverbots einer gewissen Abwägungstheorie.⁹¹⁰

Dementsprechend lässt sich feststellen, dass nicht jedes konventionswidrig erlangte Beweismittel als Verstoß gegen die Fairness des Verfahrens i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK mit einem Beweisverwertungsverbot zu ahnden ist.⁹¹¹ So gehört es zu der gefestigten Rechtsprechung des EGMR, dass die Verwertung von unter Verstoß gegen Art. 8 EMRK erlangten Beweismitteln in der Regel keine Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK begründet, solange beim Beweisaufnahme- und Würdignungsverfahren die beweisrechtlichen Anforderungen des Rechts auf ein faires Verfahren, insbesondere die Gewährung der Verteidigungsmöglichkeiten in der Hauptverhandlung und Stützung der Verurteilung auf weitere Beweismittel, eingehalten worden sind.⁹¹² Soweit ersichtlich, hat der Gerichtshof die Nichtein-

⁹⁰⁷ *Harris* u.a., S. 256; *Villiger*, S. 310 Rn. 484; *Krausbeck*, S. 50; *Gaede*, JR 2009, 494; *Esser*, StraFo 2003, 342; *Jung*, GA 2009, 651; *Weigend*, FS für Tak, S. 331; kritisch hiergegen *Kühne/Nash*, JZ 2000, 998; *Renzikowski*, Fair Trial, S. 116; zu einer überschaubaren Zusammenfassung der Literaturansichten siehe *Lubig/Sprenger*, ZIS 9/2008, 436 Fn. 28.

⁹⁰⁸ EGMR *Lee Davis* ./ *BE* Ur. v. 28.07.2009 § 41; siehe ferner auch *Gaede*, JR 2009, 494; *von Arnim*, GS für Blumenwitz, S. 269.

⁹⁰⁹ EGMR *Jalloh* ./ *DE* Ur. v. 11.07.2006 § 97; *von Arnim*, GS für Blumenwitz, S. 269.

⁹¹⁰ *Peters/Altwicker*, S. 164 Rn. 13; *Grabenwarter*, NJW 2010, 3132; vgl. *Üzülmöz*, TBBD 58/2005, 66 f.

⁹¹¹ *Lubig/Sprenger*, ZIS 9/2008, 436; kritisch hiergegen folgende abweichende Ansichten, Richter *Pettiti*, *Spielmann*, *De Meyer* und *Carrillo Salcedo* in EGMR *Schenk* ./ *CH* Ur. v. 12.07.1988; Richter *Loucaides* in EGMR *Khan* ./ *GB* Ur. v. 12.05.2000; Richter *Tulkens* in EGMR *P.G und J.H* ./ *GB* Ur. v. 25.09.2001; Richter *Cabral Baretto* in EGMR *Bykov* ./ *RU* Ur. v. 10.03.2009; Richter *Spielmann*, *Rozakis*, *Tulkens*, *Casadevall* und *Mijovic* in EGMR *Bykov* ./ *RU* Ur. v. 10.03.2009; zu kritischen Stimmen im Schrifttum Nachweise bei *Gaede*, StV 2004, 48 Fn. 28; *ders.* JR 2009, 499 ff.

⁹¹² EGMR *Lee Davis* ./ *BE* Ur. v. 28.07.2009 §§ 46; EGMR *Valentino Acatrinei* ./ *RO* Ur. v. 25.06.2013 § 70; EGMR *Balteanu* ./ *RO* Ur. v. 16.07.2003 §§ 54 ff.; siehe außerdem *Esser/Gaede/Tsambikakis*, NSZ 2011, 144; *Gaede*, JR 2009, 500; zu kritischen Stimmen im Schrifttum Nachweise *ders.*, StV 2004, 48 Fn. 28; *Esser*, JR 2004, 104 („unbefriedigend“); *Kühne*, StV 2001, 76 („erstaunlicherweise keine Unverwertbarkeit“ bei Lauschangriff im Fall *Khan*); *Kühne/Nash*, JZ 2000, 997 (die Rechtsprechung im Fall *Khan* „kaum nachvollziehbar“); *De Hert*, NJECL 2010, S. 291 („doubtful judgement“ für

haltung dieser Voraussetzungen zum ersten Mal im Falle *Botea* als gegeben und die Verwertung von nach Maßgaben des Art. 8 EMRK konventionswidrig abgehörten Telefongesprächen des Beschuldigten als einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK angesehen.⁹¹³ Des Weiteren wird nach dem EGMR ein Beweisverwertungsverbot erforderlich, um die Fairness des Verfahrens i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK aufrechtzuerhalten, wenn der Verstoß bei der Beweiserhebung grundlegendste Rechte („[droits] plus fondamentaux“) der Konvention, insbesondere Art. 3 berührt.⁹¹⁴

Ähnliches gilt für die Beweismittel, die durch eine polizeiliche Tatprovokation erlangt worden sind. Das öffentliche Interesse an einer wirksamen Strafrechtspflege kann deren Verwertung nach der gefestigten Rechtsprechung des EGMR nicht rechtfertigen, da der Beschuldigte hierbei zum Opfer des Missbrauchs der staatlichen Macht wird.⁹¹⁵ Dagegen hat die konventionsrechtliche Selbstbelastungsfreiheit bei der Abwägung des Gerichtshofs keine absoluten Konturen gewonnen.⁹¹⁶ Auch wenn die Selbstbelastungsfreiheit den Status des „Herzstücks“ bzw. Kernbestands eines fairen Verfahrens nach Art. 6 Abs. 1 EMRK hat, lässt der EGMR auch hier Interessen an einer wirksamen Rechtspflege in seine Abwägungsentscheidung einfließen,⁹¹⁷ sodass die Verwertung der unter Verstoß dagegen erlangten Beweismittel unter Umständen konventionsrechtlich als unbedenklich angesehen wird.⁹¹⁸

Im Folgenden wird nun auf die einzelnen Beweisverwertungsverbote eingegangen, die der Gerichtshof im Hinblick auf die Verstöße gegen die oben bereits ausführlich dargelegten Ausprägungen der Aussagefreiheit bei der polizeilichen Vernehmung anerkannt hat. Den Ausführungen wird der Aufbau zugrunde gelegt, der oben auch bei der Darlegung materieller Anforderungen dieses Rechts herangezogen wurde.

den Fall *Khan*); hierzu siehe außerdem *Esser*, StraFo 2003, 342; *Ambos*, StV 2009, 153; *Jung*, GA 2009, 651 f.; *von Arnim*, GS für Blumenwitz, S. 269.

⁹¹³ EGMR *Botea* *J. RO* Ur. v. 10.12.2013 §§ 35 ff.

⁹¹⁴ EGMR *Lee Davis* *J. BE* Ur. v. 28.07.2009 § 45.

⁹¹⁵ Vgl. EGMR *Teixeira de Castro* *J. PT* Ur. v. 09.06.1998 § 36; EGMR *Shannon* *J. GB* ZE v. 06.04.2004 A. Recht; EGMR *Miliniene* *J. LT* Ur. v. 24.06.2008 § 38; EGMR *Malininas* *J. LT* Ur. v. 01.06.2008 § 34.

⁹¹⁶ Vgl. *Gaede*, StV 2003, 260; *ders.* JR 2009, 496 („absolut nicht verwertbar“); so auch *Müller*, EuGRZ 2001, 555; vgl. *Weigend*, FS für Tak, S. 336 („grundsätzlich“ unverwertbar).

⁹¹⁷ *Von Arnim*, GS für Blumenwitz, S. 272.

⁹¹⁸ LR-StPO-*Esser*, Art. 6 Rn. 950; hierzu gleich unten etwa Kap. 2, VI.B.1.a)aa).

B. Einzelne Beweisverwertungsverbote

1. Verwertungsverbot bei erzwungenen Beweismitteln

a) Unmittelbarer tatsächlicher Zwang

Art. 3 EMRK geht als *Lex specialis* nicht nur bei der Erlangung von belastenden Aussagen der Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK vor,⁹¹⁹ sondern auch bei der Verwertung der unter Verstoß dagegen erlangten Aussagen.⁹²⁰ Außerdem prüft der Gerichtshof die Fairness des Verfahrens hinsichtlich der Verwertungsfrage nicht einheitlich, nämlich teils in Verbindung der beiden Vorschriften,⁹²¹ teils lediglich unter der Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK⁹²² oder jeweils gesondert.⁹²³

aa) Folter und Misshandlungen

(1) Im Grundsatz

Nach dem EGMR beinhalten die Konvention sowie das internationale Recht mehrere moralische und rechtliche Gründe dafür, dass die Verwertung der unter Folter erlangten Beweismittel stets zu verbieten ist.⁹²⁴ Als eine barbarische Methode widerspricht deren Anwendung zum einen den allgemeinen Standards von Menschlichkeit und Anstand.⁹²⁵ Zum anderen ist das Verwertungsverbot erforderlich, um die Rechtsstaatlichkeit eines Strafverfahrens als eines solchen zu bewahren.⁹²⁶ Denn die Verwertung der unter Folter erlangten Beweismittel würde das Ansehen und die Integrität jedes Gerichtsverfahrens unwiederbringlich beschädigen und über die Grenzen der Rechtsstaatlichkeit hinausgehen.⁹²⁷

⁹¹⁹ Hierzu siehe oben Kap. 2, III.C.1.

⁹²⁰ EGMR *Harutyunyan* / *AM* Ur. v. 28.06.2007 § 67; EGMR *Gladyshev* / *RU* Ur. v. 30.07.2009 § 80; kritisch *Ambos*, StV 2009, 157.

⁹²¹ EGMR *Sorokins und Sorokina* / *LT* Ur. v. 28.05.2013 § 110.

⁹²² EGMR *Nechiporuk und Yonkalo* / *UA* Ur. v. 21.04.2011 §§ 258 ff.; EGMR *Grigoriev* / *UA* Ur. v. 15.05.2012 § 85; hierzu siehe *Meyer-Ladewig*, Art. 6 Rn. 145.

⁹²³ EGMR *Gäffen* / *DE* Ur. v. 01.07.2010 §§ 169 ff.; ist das nationale Gericht nicht unabhängig und unparteiisch, so kann der EGMR entscheiden, die Fairness des Verfahrens nicht weiter auch unter dem Aspekt der Verwertung der unter Folter oder Misshandlungen erlangten Geständnisse zu prüfen, so EGMR *Altay* / *TR* Ur. v. 22.05.2001 § 76; EGMR *Algür* / *TR* Ur. v. 22.10.2002 § 56 f.; EGMR *Biyan* / *TR* Ur. v. 03.02.2005 § 52 f.; EGMR *Soner und andere* / *TR* Ur. v. 27.04.2006 § 56; dagegen EGMR *Göçmen* / *TR* Ur. v. 17.10.2006 §§ 62 ff.; EGMR *Haci Özen* / *TR* Ur. v. 12.04.2007 §§ 97 ff.

⁹²⁴ EGMR *Othman* / *GB* Ur. v. 17.01.2012 § 264.

⁹²⁵ Ebd.; siehe auch *Ambos*, StV 2009, 155.

⁹²⁶ Ebd.; *Schuhr*, NJW 2006, 3540.

⁹²⁷ Ebd.; siehe auch *Ambos*, StV 2009, 155.

Außerdem hätte die Verwertung die indirekte Legalisierung der Folter zur Folge, welche die Gründungsväter des Art. 3 EMRK absolut verbieten wollten⁹²⁸ und deren Verbot insbesondere durch die UN-Antifolterkonvention *ius cogens* des internationalen Rechts ist.⁹²⁹ Darüber hinaus ist sie mit den Grundprinzipien einer fairen Rechtspflege nach Art. 6 Abs. 1 EMRK unvereinbar, die das Gericht bei der Suche nach der Gerechtigkeit zu befolgen hat. Diesbezüglich macht der Gerichtshof darauf aufmerksam, dass alle Aussagen, die unter Verstoß gegen Art. 3 EMRK erlangt worden sind, nicht verlässlich sind.⁹³⁰ Denn die Erfahrung hat wiederholt gezeigt, dass ein Opfer von Folter bereit wäre, alles zu sagen, ob wahr oder nicht, um sich auf dem raschesten Weg von der Peinigung der Folter zu befreien.⁹³¹ Aus diesem Grund verbietet Art. 15 der UN-Antifolterkonvention in einer beinahe absoluten Formulierung die Verwendung *aller* unter Folter erlangten Aussagen, und zwar ungeachtet dessen, ob sie vom Beschuldigten selbst stammen.⁹³² Insofern würde die Verwertung von unter Folter erlangten Beweisen nicht nur im offenkundigen Widerspruch mit Art. 6 EMRK, sondern auch mit den grundlegenden internationalen Standards eines fairen Verfahrens stehen.⁹³³

Diese Grundsätze gelten nach dem Gerichtshof analog auch für die Verwertung von Beweismitteln, die durch nach Art. 3 EMRK verbotene Misshandlungen erlangt worden sind.⁹³⁴ Daher wird die Fairness eines Strafverfahrens i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK durch die Verwertung eines Beweismittels, das unter Verstoß gegen Art. 3 EMRK erlangt wurde, ernsthaft in Frage gestellt.⁹³⁵ Das gilt unabhängig von

⁹²⁸ Ebd.; EGMR *Kaçu und Kotorri ./. AL* Ur. v. 25.06.2013 § 128 („Gewand der Legalität“); EGMR *Gäffen ./. DE* Ur. v. 01.07.2010 § 167; EGMR *Alchagin ./. RU* Ur. v. 17.01.2012 § 66; EGMR *Levinta ./. MD* Ur. v. 16.12.2008 § 100; *Lubig/Sprenger*, ZIS 9/2008, 435.

⁹²⁹ EGMR *Othman ./. GB* Ur. v. 17.01.2012 § 266; zum *ius cogens*-Charakter des Folterverbots siehe LR-StPO-Gleiß, § 136a Rn. 23; *Herbst*, S. 75; *Ambos*, StV 2009, 152; *Sonderegger*, S. 99 ff.

⁹³⁰ Ebd.

⁹³¹ Ebd.; *Ambos*, StV 2009, 152.

⁹³² EGMR *Othman ./. GB* Ur. v. 17.01.2012 § 266; für den Wortlaut dieser Vorschrift siehe Anhang: Gesetzestexte.

⁹³³ EGMR *Othman ./. GB* Ur. v. 17.01.2012 § 266; zur Ableitung der Beweisverwertungsverbote aus Art. 15 UN-Antifolterkonvention siehe *Esser*, NStZ 2008, 658; *Grabewarter*, NJW 2010, 3130; SK-StPO-Paefffgen, Art. 3 Rn. 3b; *Thienel*, EJIL 2006, 352.

⁹³⁴ EGMR *Othman ./. GB* Ur. v. 17.01.2012 § 267.

⁹³⁵ EGMR *Jalloh ./. DE* Ur. v. 11.07.2006 § 107 und 99; EGMR *İçöz ./. TR* ZE v. 09.01.2003 § 3 Recht; hierzu siehe ferner *Esser/Gaede/Tsambikakis*, NStZ 2011, 79; Bemängelung der Verwertung der angeblich unter Folter erlangten Geständnisse bereits durch EGMR *Barberà, Messegué und Jabardo ./. ES* Ur. v. 06.12.1988 §§ 87 ff.; vgl. EGMR *Ferrantelli und Santangelo ./. IT* Ur. v. 07.08.1996 §§ 45 ff.; EGMR *Hulki Güneş ./. TR* Ur. v. 19.06.2003 § 91; zur Überprüfung der Verwertbarkeit der unter Zwang erlangten polizeilichen Geständnisse im Hinblick auf Unschuldsvermutung gemäß Art. 6 Abs. 2 EMRK in der anfänglichen Rechtsprechung der Kommission, EKMR *H.H. ./. AT* Entsch. v. 05.10.1974 Recht; EKMR *AT ./. IT* Bericht v. 30.03.1968 § 153.

dem Gewicht dieses Beweismittels. Die Verletzung des Konventionsverstößes lässt sich jedoch innerstaatlich beheben, wenn die Verwertung der fraglichen Beweismittel verboten wird.⁹³⁶

(2) Umfang des Verwertungsverbots nach Art. 3 i.V.m. Art. 6 Abs. 1

Betrachtet man die Rechtsprechung des EGMR näher, so lässt sich feststellen, dass drei Faktoren die Annahme eines Beweisverwertungsverbots für Beweismittel, die unter Verstoß gegen Art. 3 EMRK erlangt worden sind, nach Art. 6 Abs. 1 EMRK bestimmen: die verletzte Handlungsmodalität innerhalb Art. 3 EMRK, die Art des fraglichen Beweismittels und die Reichweite der Kausalität zwischen der nach Art. 3 EMRK verbotenen Vernehmungsmethode und dem fraglichen Beweismittel.⁹³⁷ Ist ein Beweisverwertungsverbot unter Berücksichtigung dieser Faktoren erforderlich, so macht es nach dem Gerichtshof wohl keinen Unterschied, von wem das unter Verstoß gegen Art. 3 EMRK erlangte Beweismittel stammt, also ob vom Beschuldigten selbst oder einer dritten Person, etwa einem Zeugen, und durch wen dieses erlangt worden ist, etwa durch die Behörden des beklagten Vertragsstaats oder die eines Drittstaates.⁹³⁸

Nach der gefestigten Rechtsprechung des EGMR macht die Verwertung der Aussagen, die (mittelbar oder unmittelbar) unter Folter oder unmenschlichen oder erniedrigenden Misshandlungen i.S.v. Art. 3 EMRK erlangt wurden, das Verfahren gegen den Beschuldigten i.S.v. Art. 6 EMRK stets unfair, ungeachtet ihres Beweiswerts oder ihres Gewichts bei der Begründung des Urteils.⁹³⁹ Unabhängig von ihrem Beweiswert verbietet das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK ebenfalls in absoluter Weise die Heranziehung von Sachbeweisen zum

⁹³⁶ EGMR *Gäfen* ./ DE Ur t. v. 01.07.2010 § 172; vgl. EGMR *Dikme* ./ TR Ur t. v. 11.07.2000 §§ 106 ff.

⁹³⁷ Kritisch hiergegen LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 952; SK-StPO-Paefßen, Art. 3 Rn. 3b; Emmerson/Ashworth/Macdonald, S. 636 Rn. 13–51; Weigend, FS für Tak, S. 332.

⁹³⁸ EGMR *El Haski* ./ BE Ur t. v. 25.09.2012 §§ 85 ff.

⁹³⁹ EGMR *Gäfen* ./ DE Ur t. v. 01.07.2010 § 166; EGMR *Stanimirovic* ./ RS Ur t. v. 18.10.2011 § 51; EGMR *Tangiyev* ./ RU Ur t. v. 11.12.2012 § 73; *Harutyunyan* ./ AM Ur t. v. 28.06.2007 §§ 64 ff. (unter Folter erlangte Beschuldigten- und Zeugenaussagen); EGMR *Jordan Petrov* ./ BG Ur t. v. 24.01.2012 §§ 135 ff., EGMR *Hajnal* ./ RS Ur t. v. 19.06.2012 §§ 113 f., EGMR *Kaçıu und Kotorri* ./ AL Ur t. v. 25.06.2013 § 118 (unter Folter erlangte Beschuldigtenaussagen); EGMR *Levinta* ./ MD Ur t. v. 16.12.2008 §§ 101 ff., EGMR *Nasakin* ./ RU Ur t. v. 18.07.2013 §§ 98 ff., EGMR *Ryabitsev* ./ RU Ur t. v. 14.11.2013 § 93 f. (unter unmenschlicher oder erniedrigender Misshandlung erlangte Beschuldigtenaussagen); EGMR *Gladyshev* ./ RU Ur t. v. 30.07.2009 §§ 76 ff., EGMR *Göçmen* ./ TR Ur t. v. 17.10.2006 §§ 67 ff., EGMR *Sacettin Yıldız* ./ TR Ur t. v. 05.06.2007 §§ 48 ff., EGMR *Yusuf Gezer* ./ TR Ur t. v. 01.12.2009 §§ 40 ff. (unter allgemeinem Verstoß gegen Art. 3 EMRK erlangte Beschuldigtenaussagen); vgl. EGMR *Söylemez* ./ TR Ur t. v. 21.09.2006 §§ 122 ff.; EGMR *Hacı Özen* ./ TR Ur t. v. 12.04.2007 §§ 97 ff.; siehe außerdem Weigend, FS für Tak, S. 332 f.; *Spurrier*, E.H.R.L.R 2010, 515; *Spielmann*, NJECL 2010, 298; *von Arnim*, GS für Blumenwitz, S. 279 f.; *Zerbes*, S. 83.

Nachweis der Schuld des Beschuldigten, die unmittelbar infolge von Folterhandlungen i.S.v. Art. 3 EMRK erlangt worden sind.⁹⁴⁰ Sind diese jedoch unmittelbar unter Verstoß gegen das Verbot unmenschlicher und erniedrigender Misshandlungen i.S.v. Art. 3 EMRK durch einen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit des Beschuldigten oder durch sein Geständnis erlangt, so führt ihre Verwertung nicht automatisch zur Unfairness des Verfahrens i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK. Es bedarf einer Einzelfallprüfung des Gerichtshofs, ob die Verwertung des fraglichen Beweismittels das Verfahren gegen den Beschuldigten, ungeachtet der Schwere der Tat, ihres Gewichts bei der Begründung der Verurteilung und der Möglichkeit der Anfechtung der Zulässigkeit und der Verwertung, doch i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK unfair gemacht hat.⁹⁴¹

Im Fall *Gäfen* verneinte der Gerichtshof die Verletzung der Fairness wegen der Verwertung solcher, infolge des unter Verstoß gegen das Verbot der unmenschlichen Misshandlung i.S.v. Art. 3 EMRK abgelegten Geständnisses des Beschuldigten, unmittelbar erlangten Sachbeweise, weil seine Verurteilung „für sich genommen oder bestätigt durch weitere, makellose Sachbeweise“ auf das zweite, nach der qualifizierten Belehrung in der Hauptverhandlung abgelegte Geständnis gestützt worden sei. Daher seien die fraglichen Sachbeweise vom innerstaatlichen Gericht nicht verwertet worden, um die Schuld des Beschuldigten nachzuweisen, sondern lediglich um den Wahrheitsgehalt seines Geständnisses zu überprüfen.⁹⁴²

(3) Nachweisbarkeit

Die Annahme eines Beweisverwertungsverbots nach den oben aufgeführten Grundsätzen setzt voraus, dass der Verstoß gegen Art. 3 EMRK vor dem EGMR nachgewiesen wird. Diese Frage wurde bereits oben behandelt.⁹⁴³ Der Gerichtshof geht bei der Annahme eines Beweisverwertungsverbots nach Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht erneut darauf ein. Er begnügt sich lediglich mit dem Verweis auf die entsprechende Feststellung in seiner Entscheidung.⁹⁴⁴ Solange eine solche Prüfung des Art. 3 EMRK nicht vorliegt, nimmt er eine eigene Prüfung im Rahmen des Art. 6

⁹⁴⁰ EGMR *Jalloh* ./ DE Ur t. v. 11.07.2006 § 105; EGMR *Gäfen* ./ DE Ur t. v. 01.07.2010 §§ 167–173; EGMR *El Haski* ./ BE Ur t. v. 25.09.2012 § 85; hierzu siehe auch *Weigend*, FS für Tak, S. 333; *Spielmann*, NJECL 2010, 297; *von Arnim*, GS für Blumenwitz, S. 285; *Zerbes*, S. 83.

⁹⁴¹ EGMR *Jalloh* ./ DE Ur t. v. 11.07.2006 § 106; EGMR *Gäfen* ./ DE Ur t. v. 01.07.2010 § 167; EGMR *El Haski* ./ BE Ur t. v. 25.09.2012 § 85; siehe außerdem *Grabenwarter*, S. 424 Rn. 63; *ders.*, NJW 2010, 3132; *Esser*, NStZ 2008, 66; *Gaede*, HRSS 2006, 244; *ders.* JR 2009, 495; *Ambos*, StV 2009, 157; *von Arnim*, GS für Blumenwitz, S. 285; *Zerbes*, S. 210; *Weigend*, FS für Tak, S. 333 f.; *Spurrier*, E.H.R.L.R 2010, 515.

⁹⁴² EGMR *Gäfen* ./ DE Ur t. v. 01.07.2010 § 179; siehe ferner *Grabenwarter*, NJW 2010, 3131; *Lubig/Sprenger*, ZIS 9/2008, 435; *SK-StPO-Paeffgen*, Art. 3 Rn. 3c.

⁹⁴³ Siehe oben Kap. 2, III.C.1.a)ee).

⁹⁴⁴ Stellvertretend EGMR *Ryabtsev* ./ RU Ur t. v. 14.11.2013 § 93.

Abs. 1 EMRK vor, bei der er an die hohen Beweisanforderungen des Art. 3 EMRK nicht gebunden ist.⁹⁴⁵ Dennoch lassen sich aus dieser Rechtsprechung des EGMR keine klaren Regeln für den Nachweis der Anwendung eines unmittelbaren tatsächlichen Aussagezwangs auf den Beschuldigten entnehmen.

Im Hinblick auf die Beweismittel, die im Ausland behauptetermaßen unter Verletzung des Art. 3 EMRK erlangt worden sind, ist es nach dem Gerichtshof erforderlich, die besonderen Schwierigkeiten beim Nachweis solcher Foltermethoden zu berücksichtigen. Diese finden nämlich nicht nur im Geheimen statt. Sie werden außerdem von besonders geschulten Spezialisten ausgeführt, damit sie nachher keine körperlichen Spuren an ihrem Opfer hinterlassen. Hinzu kommt nach dem EGMR auch der Umstand, dass jene, die die Anwendung solcher Methoden bestreiten, also Gerichte, Strafverfolgungsbehörden oder medizinisches Personal, allzu häufig Komplizen bei ihrer Verheimlichung sind. Hat man bei der Nachweisbarkeit mit einem solchen Strafrechtssystem zu tun, so wäre es unangemessen und unfair, von einem Beschuldigten Beweise dahingehend zu verlangen, dass er den Nachweis der Anwendung von Foltermethoden außerhalb eines angemessenen Zweifels zu erbringen hat. Zur Annahme eines Beweisverwertungsverbots auf der Grundlage des Art. 6 Abs. 1 EMRK reicht es nach dem Gerichtshof in solchen Fällen aus, dass eine „reale Gefahr“ besteht, dass das fragliche Beweismittel unter Verstoß gegen Art. 3 EMRK erlangt worden ist. Ein höheres Maß an Beweisen kann von einem Beschuldigten nur dann gefordert werden, wenn die Gerichte jenes Strafrechtssystems von der Exekutive unabhängig sind, die Ermittlungen unparteiisch durchgeführt und Folterbehauptungen gewissenhaft untersucht werden.⁹⁴⁶

(4) Unterbrechung der Kausalität – die Frage der „qualifizierten“ Belehrung

Ist der Nachweis der Anwendung einer nach Art. 3 EMRK verbotenen Vernehmungsmethode bei der Erlangung von Beweismitteln erbracht, so erörtert der EGMR die Frage der Ursächlichkeit gesondert, wenn dieses sich aus dem Kontext des Vorfalles ergibt, insbesondere der zeitlichen und örtlichen Nähe der Verletzung des Art. 3 EMRK zur der polizeilichen Vernehmung des Beschuldigten, in der er selbstbelastende Aussagen machte.⁹⁴⁷ Fraglich ist allerdings, ob bei den nachfolgenden Aussagen des Beschuldigten die herbeigeführte Willensbeeinträchtigung

⁹⁴⁵ Hierzu siehe EGMR *Sorokins und Sorokina* / *LT* Ur. v. 28.05.2013 § 111; EGMR *Baran und Hun* / *TR* Ur. v. 20.05.2010, § 70 f.; EGMR *Özcan Çolak* / *TR* Ur. v. 06.10.2009 § 43 f.; EGMR *Örs und andere* / *TR* Ur. v. 20.06.2006 § 58.

⁹⁴⁶ Zur konkreten Anwendung dieser Maßstäben siehe eingehend EGMR *El Haski* / *BE* Ur. v. 25.09.2012 §§ 85 ff.

⁹⁴⁷ Hierzu siehe EGMR *Nasakin* / *RU* Ur. v. 18.07.2013 §§ 98 ff.; EGMR *Levinta* / *MD* Ur. v. 16.12.2008 §§ 101 ff.; EGMR *Hajnal* / *RS* Ur. v. 19.06.2012 §§ 113 f.; EGMR *Stanimirovis* / *RS* Ur. v. 18.10.2011 § 52; EGMR *Ryabtsev* / *RU* Ur. v. 14.11.2013 § 93 f.

fortwirkt. Im Fall *Harutyunyan* stellte der EGMR fest, dass der Umstand allein, dass der Beschuldigte sein unter psychischer Gewalt und Drohungen abgelegtes polizeiliches Geständnis vor einer anderen Instanz, etwa der Staatsanwaltschaft oder auch dem Tatgericht, wiederholt hat, die Schlussfolgerung nicht automatisch zu rechtfertigen vermag, dass die Ursächlichkeit nicht mehr vorhanden sei und das Geständnis somit freiwillig wäre. Im konkreten Fall lagen nach dem EGMR hinreichende Anhaltspunkte für eine gegenteilige Annahme vor.⁹⁴⁸

Im Falle *Gäfgen* ging der Gerichtshof von einer abgebrochenen Ursächlichkeit aus, weil der Beschuldigte in der Hauptverhandlung nach einer sogenannten qualifizierten Belehrung über die Unverwertbarkeit seiner polizeilichen Geständnisse erneut gestanden hatte.⁹⁴⁹ Nicht klar ist es in seiner Rechtsprechung jedoch, ob eine solche Belehrung für die Verwertbarkeit der folgenden Aussagen stets erforderlich ist.⁹⁵⁰ Dies ist wohl nicht der Fall, wenn man weitere Entscheidungen des Gerichtshofs in Betracht zieht. So lehnte er im Fall *Alchagin* die Verletzung der Fairness des Verfahrens i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK gegen den Beschuldigten wegen der Verwertung seiner Aussagen, die bei der polizeilichen Vernehmung unter unenschlicher oder erniedrigender Misshandlung erlangt worden waren, ab, weil er u.a. in der Hauptverhandlung gestanden habe.⁹⁵¹ In einem anderen Fall hob der EGMR hervor, dass der Beschuldigte 17 Tage nach dem angeblichen Vorfall im Polizeigewahrsam bei seiner staatsanwaltlichen Vernehmung selbstbelastende Aussagen gemacht habe, die er nach mehreren Wochen erneut bestätigt habe. Dabei habe er weder behauptet, dass die staatsanwaltlichen Aussagen unter Druck abgegeben worden seien, noch habe er ihre Glaubwürdigkeit vor dem Gericht angefochten.⁹⁵²

(5) Ermittlungspflicht

Die oben dargelegte Rechtsprechung des EGMR hinsichtlich der Frage des Nachweises sowie der Kausalität deuten darauf hin, dass der Gerichtshof bei Tatsachenfeststellungen eine gewisse Zurückhaltung übt, weil sie unmittelbar mit einer für die nationalen Instanzen scharfen Rechtsfolge, nämlich einem Beweisverwertungsverbot, im Zusammenhang stehen. Ein kürzlich ergangenes Urteil enthält Anzeichen, dass der Gerichtshof wohl zum Ausgleich dieser Zurückhaltung gewillt ist, aus Art. 6 Abs. 1 EMRK eine allgemeine Ermittlungspflicht für die nationalen Gerichte abzuleiten, wenn ein Beschuldigter sein polizeiliches Geständnis unter

⁹⁴⁸ EGMR *Harutyunyan* ./ AM Ur. v. 28.06.2007 §§ 64 ff.; siehe auch EGMR *Iordan Petrov* ./ BG Ur. v. 24.01.2012 §§ 135 ff.

⁹⁴⁹ EGMR *Gäfgen* ./ DE Ur. v. 01.07.2010 § 171 f.; hierzu siehe ferner *Grabenwarter*, NJW 2010, 3132 f.

⁹⁵⁰ *Esser*, NStZ 2008, 661.

⁹⁵¹ EGMR *Alchagin* ./ RU Ur. v. 17.01.2012 § 73; vgl. EGMR *Kaçıu und Kotorri* ./ AL Ur. v. 25.06.2013 § 125.

⁹⁵² EGMR *Sorokins und Sorokina* ./ LT Ur. v. 28.05.2013 § 112.

Umständen gemacht hat, die hinsichtlich seiner Glaubwürdigkeit Zweifel aufkommen lassen. Ist dies der Fall, so muss das nationale Gericht nach dem Gerichtshof aufklären, ob das fragliche Geständnis *in full freedom* zustande gekommen ist. Die Nichterfüllung dieser Pflicht an sich stellt nach dem EGMR einen Verstoß gegen die Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK dar.⁹⁵³

In der Tat ist diese Lösung in Anbetracht der Schwierigkeiten, denen der Gerichtshof bei der Feststellung des Nachweises oder der Kausalität begegnet, nachvollziehbar. Sie darf allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass der betroffene Beschwerdeführer innerstaatlich eine bessere Wiedergutmachung erhalten wird, wenn der Gerichtshof nicht den eher leichteren, sondern durchaus beschwerlichen, jedoch für den Beschwerdeführer vorteilhaften Weg der Feststellung gegangen ist, und sich die Nachweis- und Kausalitätsfrage im eventuell wiederaufgenommenen Strafverfahren nicht mehr stellt. Insofern darf die Ermittlungspflicht nur zum Einsatz kommen, wenn sich die genannten Fragen in Straßburg gar nicht klären lassen.

bb) Unfreiwillige Geständnisse

Wie bereits oben aufgeführt, liegt der konventionsrechtlich unzulässige Aussagedruck nach Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht nur bei Verstößen gegen Art. 3 EMRK vor. Ein polizeiliches Geständnis kann vom EGMR auch unter den besonderen Umständen des Falles als unfreiwillig i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK angesehen werden.⁹⁵⁴ Da der EGMR in fast allen Fällen eines unfreiwilligen Geständnisses gleichzeitig den Verstoß gegen das Verteidigerkonsultationsrecht bei der polizeilichen Vernehmung nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK festgestellt hat,⁹⁵⁵ lässt sich die Frage eines Beweisverwertungsverbots für ein unfreiwilliges Geständnis in diesen Fällen nicht eindeutig beurteilen. Nur im Fall *Yaremko* prüfte der Gerichtshof die Frage eines Verwertungsverbots hinsichtlich eines solchen Geständnisses getrennt von dem Verstoß gegen das Verteidigerkonsultationsrecht nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK unter dem Gesichtspunkt der Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK. Unter Berücksichtigung weiterer Umstände des Gesamtverfahrens, dass nämlich das fragliche Geständnis die Grundlage der Verurteilung des Beschuldigten ausmachte, es durch keine weiteren Beweismittel gestützt war und keine angemessenen Ermittlungen über die Behauptungen des Beschuldigten hinsichtlich der Anwendung verbotener Vernehmungsmethoden vorgenommen worden waren, nahm der Gerichtshof die Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK an.⁹⁵⁶

⁹⁵³ EGMR *Yuriy Volkov* ./ UA Ur. v. 19.12.2013 § 69 f.

⁹⁵⁴ Hierzu siehe Kap. 2, III.C.1.b).

⁹⁵⁵ Vgl. EGMR *Shabelnik* ./ UA Ur. v. 19.02.2009 § 60; EGMR *Balitskiy* ./ UA Ur. v. 03.11.2011 § 41; EGMR *Lopata* ./ RU Ur. v. 13.07.2010 § 145; EGMR *Pavlenko* ./ RU Ur. v. 01.04.2010 § 120; EGMR *Borotyuk* ./ UA Ur. v. 16.12.2010 § 83 f.

⁹⁵⁶ EGMR *Yaremko* ./ UA Ur. v. 12.06.2008 §§ 79 ff.; vgl. EGMR *Brennan* ./ GB Ur. v. 16.11.2001 §§ 51 ff.; siehe ferner EGMR *Latimer* ./ GB ZE v. 31.05.2005 § Recht;

cc) Ergebnisse

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass der Beschuldigte im Strafverfahren einen durchaus abwägungsfesten konventionsrechtlichen Schutz vor Verwertung der Aussagen hat, die unter Folter oder verbotenen Misshandlungen nach Art. 3 EMRK zustande gekommen sind. Im Gegensatz zu Sachbeweisen, die etwa infolge der unter Folter gemachten Aussagen erlangt wurden, gilt das konventionsrechtliche Verwertungsverbot allerdings nicht für solche Sachbeweise, die durch ein unter Verstoß gegen das Verbot der unmenschlichen oder erniedrigenden Misshandlung i.S.v. Art. 3 EMRK abgelegtes Geständnis sichergestellt wurden, nur in einem abgeschwächten Umfang.

Diese Rechtsprechung des EGMR überzeugt nicht.⁹⁵⁷ Die Abstufung zwischen den Handlungsmodalitäten des Art. 3 EMRK widerspricht dem absoluten Charakter dieser Vorschrift⁹⁵⁸ und der eigenen Rechtsprechung des EGMR, die keine trennscharfe Unterscheidung zwischen ihnen vornimmt.⁹⁵⁹ Außerdem ist es mit dem Zweck eines Verwertungsverbots im Fall eines Verstoßes gegen Art. 3 EMRK nicht vereinbar, wenn der EGMR die Fernwirkung des polizeilichen Geständnisses im Fall *Gäfgen* mit einem lapidaren Verweis auf die Unwesentlichkeit der dadurch erlangten Sachbeweise für seine Verurteilung verneint. Der Gerichtshof selbst erwähnt die sogenannte *fruit of the poisonous tree*-Doktrin und den damit einhergehenden Disziplinierungsgedanken in seinem Urteil.⁹⁶⁰ Die Erfüllung dieses Zwecks verfehlt er jedoch, wenn er durch die Zulassung von „makelbehafteten“ Sachbeweisen die Botschaft an die Ermittlungsorgane sendet: Ihr dürft den Beschuldigten misshandeln und seine Verurteilung absichern. Denn er wird in der Hauptverhandlung „sauber“ gestehen, wenn die Sachbeweise nicht für unverwertbar erklärt werden.⁹⁶¹

Auch wenn nicht ausdrücklich gesagt, berücksichtigt der Gerichtshof bei dieser Rechtsprechung wohl auch das Interesse einer wirksamen Rechtspflege an der Verwertung von Sachbeweisen, deren Wahrheitsgehalt nicht wie die unter Verstoß gegen das Misshandlungsverbot des Art. 3 EMRK erlangten Aussagen weitgehend

EGMR *Ferrantelli und Santangelo* ./ IT Ur. v. 07.08.1996 §§ 45 ff.; hierzu siehe *Harris* u.a., S. 258.

⁹⁵⁷ Für die Statuierung eines „kategorischen und unmissverständlichen“ Beweisverwertungsverbots für alle Beweismittel, die unter Verstoß gegen Art. 3 EMRK erlangt worden sind, Richter *Tulkens, Ziemele* und *Bianku* in EGMR *Gäfgen* ./ DE Ur. v. 01.07.2010; für die Annahme eines Verwertungsverbots hinsichtlich aller unter Art. 3 erlangten Beweismittel außerdem *Esser*, NStZ 2008, 659; *Esser/Gaede/Tsambikakis*, NStZ 2011, 79; *Spurrier*, E.H.R.L.R 2010, 515 f.; *Schlauri*, S. 305; *Schuhr*, NJW 2006, 3540.

⁹⁵⁸ Hierzu siehe oben Kap. 2, III.C.1.a)aa); ebenso abweichende Meinung Richter *Bratza* in EGMR *Jalloh* ./ DE Ur. v. 11.07.2006; *Spurrier*, E.H.R.L.R 2010, 515.

⁹⁵⁹ Hierzu siehe oben Kap. 2, III.C.1.a)ee).

⁹⁶⁰ EGMR *Gäfgen* ./ DE Ur. v. 01.07.2010 § 174–178.

⁹⁶¹ Zum Präventionsaspekt dieser Doktrin *Spurrier*, E.H.R.L.R 2010, 517; *Nowak/McArthur*, S. 504.

fragwürdig ist. Im Ergebnis gilt somit der prozessuale Schutz vor Verstößen gegen die konventionsrechtliche Aussagefreiheit bei der polizeilichen Befragung in Form einer unmittelbaren tatsächlichen Zwangsausübung nicht absolut.

b) Unmittelbarer rechtlicher Zwang

Bei der Frage der Erforderlichkeit eines Beweisverwertungsverbots wegen einer unmittelbaren rechtlichen Zwangsanwendung ist erneut darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof unter Umständen zulässt, dass einem Beschuldigten rechtliche Mitwirkungspflichten in einem außerstrafrechtlichen Verfahren mit investigativem Charakter aufgebürdet werden.⁹⁶² Die Verwertung der hierbei erlangten Beweismittel kann allerdings die Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK verletzen. Dies nahm der Gerichtshof an, als in einem Jury-Verfahren die Anklage die Beschuldigungen „extensiv“ auf die Aussagen des Beschuldigten stützte⁹⁶³ oder diese den „signifikanten Bestandteil“ des Belastungsmaterials gegen ihn ausmachten.⁹⁶⁴

Im Strafverfahren betrachtet der Gerichtshof die Anwendung des unmittelbaren rechtlichen Zwangs zur Erlangung von Beschuldigtenaussagen für sich genommen als hinreichend, um die Verletzung des Prinzips der Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK anzunehmen.⁹⁶⁵ Tritt die Verwertung der hierbei erlangten Aussagen des Beschuldigten bei seiner Verurteilung hinzu, so gilt dies a fortiori. Dies nahm der EGMR im Fall *Brusco* ausdrücklich an.⁹⁶⁶ Zwar hatte der Gerichtshof in einem früheren Fall die Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit abgelehnt, weil die belastenden Aussagen des Beschuldigten, die er im Disziplinarverfahren unter der unmittelbaren rechtlichen Aussagepflicht gemacht hatte, „zu keinem signifikanten Umfang“ seiner Verurteilung zugrunde gelegt wurden, also nicht die „einzigsten Beweise“ gegen ihn waren.⁹⁶⁷ Diese Rechtsprechung dürfte aber, auch wenn nicht klargestellt, mit der Entscheidung im Fall *Brusco* überholt sein.

⁹⁶² Hierzu mehr oben Kap. 2, II.D.2.d).

⁹⁶³ EGMR *Saunders ./. GB* Ur. v. 17.10.1996 § 72; *von Arnim*, GS für Blumenwitz, S. 278 (also ein Beweisverwertungsverbot).

⁹⁶⁴ EGMR *I.J.L. und andere ./. GB* Ur. v. 19.09.2000 § 82; EGMR *Kansal ./. GB* Ur. v. 27.04.2004 § 29.

⁹⁶⁵ Hierzu mehr oben Kap. 2, III.D.

⁹⁶⁶ EGMR *Brusco ./. FR* Ur. v. 14.01.2010 §§ 47 ff.

⁹⁶⁷ EGMR *Serves ./. FR* ZE v. 04.05.2000 § B Recht.; vgl. EGMR *Staines ./. GB* ZE v. 16.05.2000 § 1 Recht.; kritisch *Esser*, JR 2004, 106.

2. Verwertungsverbote bei Verstößen gegen das Umgehungsverbot

a) Tatprovokation

aa) Rechtsfolgen einer konventionswidrigen Tatprovokation

Der Gerichtshof überprüft die Fairness eines Verfahrens i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK, dem ein Fall der Tatprovokation zugrunde liegt, unter zwei Aspekten: dem materiellen und dem prozessualen. Während der materielle Test die Frage betrifft, ob der Beschuldigte unter polizeilicher Verleitung eine Straftat begangen hat, so handelt es sich beim prozessualen Test um die prozessuale Handhabung dieser Frage in der Hauptverhandlung und das Ziehen der gebotenen Konsequenzen durch das Gericht.⁹⁶⁸ Der materielle Test wurde oben unter Berücksichtigung der Erlangung belastender Aussagen durch die verdeckte Befragung des Beschuldigten erörtert und die Grenzen einer zulässigen Tatprovokation auch hinsichtlich der Beweiserlangung somit bestimmt.⁹⁶⁹

Um eine Verurteilung in Straßburg abzuwenden bzw. den bei der Beweiserlangung begangenen Verstoß gegen die Fairness des Verfahrens i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK zu heilen, verlangt der Gerichtshof von den nationalen Gerichten, konventionskonforme Abhilfemaßnahmen zu treffen, wenn eine unzulässige Tatprovokation vorliegt.⁹⁷⁰ Hierbei nennt er selbst geeignete Abhilfemaßnahmen, die jedoch nicht abschließend sind: die Annahme einer materiellrechtlichen Verteidigung (etwa eines Rechtfertigungs- bzw. Entschuldigungsgrunds), eines Verfahrenshindernisses, eines Beweisverwertungsverbots oder ähnlicher Rechtsfolgen. Zwar ist die Auswahl den Vertragsstaaten überlassen, der Gerichtshof behält sich jedoch vor, die Geeignetheit jener Maßnahmen im Hinblick auf die konkreten Umstände des Einzelfalls zu überprüfen.⁹⁷¹

bb) Erfordernis eines Beweisverwertungsverbots

Eine gründliche Analyse der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt, dass die Annahme eines Beweisverwertungsverbots hierbei die Mindestgrenze darstellt, die keinesfalls unterschritten werden darf. Alle infolge der polizeilichen Verleitung erlangten Beweismittel müssen nach dem Gerichtshof stets vom Verfahren ausgeschlossen werden.⁹⁷² Die öffentlichen Interessen können nach dem Gerichtshof die

⁹⁶⁸ EGMR *Baltins* ./ LV Ur. v. 08.01.2013 § 56 f.

⁹⁶⁹ Siehe oben Kap. 2, IV.B.1.

⁹⁷⁰ EGMR *Ramanauskas* ./ LT Ur. v. 05.02.2008 § 70.

⁹⁷¹ EGMR *Bannikova* ./ RU Ur. v. 04.11.2010 §§ 54 ff.; vgl. *Kinzig*, StV 1999, 292; *Eschelbach*, StV 2000, 395.

⁹⁷² EGMR *Khudobin* ./ RU Ur. v. 26.10.2006 § 133; EGMR *Ramanauskas* ./ LT Ur. v. 05.02.2008 § 60; EGMR *Bannikova* ./ RU Ur. v. 04.11.2010 § 34; ebenso *Sommer*, NStZ 1999, 49; *Ambos*, NStZ 2002, 631; *Gaede/Buermeyer*, HRRS 6/2008, 286; *ders.*, JR

Verwendung von Beweismitteln nicht rechtfertigen, die infolge einer polizeilichen Anstiftung erlangt wurden.⁹⁷³ Die Verurteilung des Beschuldigten darf auf sein in der Hauptverhandlung abgegebenes Geständnis ebenfalls nicht gestützt werden, weil dieses weder die polizeiliche Verleitung an sich noch deren Auswirkungen beseitigen kann.⁹⁷⁴ Dies zeigt einerseits, dass dem Gerichtshof die materielle Frage der polizeilichen Tatprovokation bei der Suche nach einer angemessenen Abhilfemaßnahme immer mit vorschwebt.⁹⁷⁵ Andererseits scheint der EGMR im Fall einer unzulässigen Tatprovokation ein sogenanntes Beweistatsachenverbot⁹⁷⁶ in dem Sinn zu fordern, dass über die polizeilich provozierte Tat keine Beweise in der Hauptverhandlung erhoben werden dürfen, und zwar unabhängig von der Zustimmung des Beschuldigten.⁹⁷⁷ Der Schutz der Aussagefreiheit besteht hierbei somit darin, dass ein Verdächtiger nicht nur nicht zur Begehung einer Straftat verleitet, sondern auch nicht auf der Grundlage der selbstbelastenden Aussagen verurteilt werden darf, die er hinsichtlich der provozierten Tat gemacht hat.

b) Umgehungsverbot bei verdeckter Befragung des Beschuldigten

Im Hinblick auf Strafverfahren wegen eigenen Straftaten eines Beschuldigten hat der Gerichtshof bis jetzt das Vorliegen des konventionsrechtlichen Umgehungsverbots durch seine heimliche Befragung lediglich im Fall *Allan* angenommen. Die Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK führte er auf den Verstoß gegen das Umgehungsverbot und die Verwertung der hierdurch erlangten Aussagen des Beschuldigten zurück, die das entscheidende Belastungsmaterial ausmachten.⁹⁷⁸ Unklar bleibt es in der Rechtsprechung des Gerichtshofs, ob ein Verwertungsverbot hier auch dann anzunehmen ist, wenn die fraglichen Aussagen bei der Verteilung des Beschuldigten nicht das genannte Gewicht haben.

2009, 496; *Esser/Gaede/Tsambikakis*, NStZ 2011, 142; *SK-StPO-Wolter*, § 110a Rn. 9b; *Grabenwarter*, S. 422 Rn. 63; *Meyer-Ladewig*, Art. 6 Rn. 158; *Harris u.a.*, S. 264.

⁹⁷³ EGMR *Teixeira de Castro J. PT* Urt. v. 09.06.1998 § 36; EGMR *Malinas J. LT* Urt. v. 01.06.2008 § 34.

⁹⁷⁴ EGMR *Ramanauskas J. LT* Urt. v. 05.02.2008 § 72; siehe ferner *Esser/Gaede/Tsambikakis*, NStZ 2011, 142.

⁹⁷⁵ In diese Richtung auch *Zerbes*, S. 219; a.A. *Renzikowski*, FS für Lampe, S. 792 (keine Frage der Tatschuld).

⁹⁷⁶ Vgl. *Lüderssen*, Jura 1985, 122.

⁹⁷⁷ *Zerbes*, S. 83–219 f. sieht angesichts dieser Rechtsprechung keine Möglichkeit der Heilung der Fairness des Verfahrens, auch nicht durch eine anderweitig „fairerweise“ vorgenommene Beweiserhebung. Diese zwingt daher, entweder kein Strafverfahren einzuleiten oder keine Strafe zu verhängen; für die Annahme eines Verfahrenshindernisses LR-StPO-*Esser*, Art. 6 Rn. 263 f.; siehe außerdem *Ambos*, S. 411 Rn. 23; vgl. *Gaede/Buermeyer*, HRRS 6/2008, 282.

⁹⁷⁸ EGMR *Allan J. GB* Urt. v. 05.11.2002 §§ 50–52; *Gaede*, StV 2004, 48; *Zerbes*, S. 84; *Renzikowski*, JR 2008, 166.

3. Verwertungsverbote bei Verstößen gegen Informationsrechte

Schließlich kann ein konventionsrechtliches Beweisverwertungsverbot bei Verstößen gegen die Informationsrechte bei der polizeilichen Befragung nach Art. 6 Abs. 1 EMRK erforderlich sein.

a) Belehrung über die Aussagefreiheit

Im Fall *Aleksandr Zaichenkov* führte die Verurteilung des Beschuldigten unter den Umständen des Einzelfalls und der Gesamtbetrachtung des Verfahrens zur Verletzung des Art. 6 EMRK, weil sie auf die belastenden Aussagen gestützt war, die er ohne eine vorausgegangene Belehrung über die Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK gemacht hatte.⁹⁷⁹

b) Belehrung über das Verteidigerkonsultationsrecht

Im Fall *Panovits* hat der Gerichtshof die Frage des Beweiserhebungs- und des Beweisverwertungsverbots bei einer unterbliebenen Belehrung des Beschuldigten über das Verteidigerkonsultationsrecht bei der polizeilichen Vernehmung getrennt behandelt. Das stellt im Gegensatz zu den eben aufgeführten Entscheidungen in den Fällen *Allan* und *Aleksandr Zaichenkov* eine beachtliche Hilfe für die Ausarbeitung der Erfordernisse eines fairen Verfahrens dar.⁹⁸⁰ Die Verletzung des Beweiserhebungsverbots gemäß Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK nahm er aus dem Grund an, dass der minderjährige Beschuldigte über das Verteidigerkonsultationsrecht zu Beginn seiner polizeilichen Vernehmung gar nicht und über das Schweigerecht unzureichend belehrt und die Anwesenheit seines Vormunds bei der Vernehmung nicht gesichert wurde.⁹⁸¹ Nach dem Gerichtshof wurde ein zweites Mal die Fairness des Verfahrens i.S.v. Art. 6 Art. 1 EMRK verletzt, als das so erlangte Geständnis gegen den Beschuldigten verwertet wurde. Dabei berücksichtigte er, dass die Verurteilung entscheidend auf dieses Geständnis gestützt war.⁹⁸²

Fraglich ist es, ob ein entsprechendes Beweisverwertungsverbot auch wegen der Unterlassung weiterer Informationspflichten anzunehmen ist, die der Gerichtshof im Rahmen der Hilfspflicht der Ermittlungsorgane bei der Konsultation eines Verteidigers nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK als erforderlich erachtet.⁹⁸³ So beanstandete er im Fall *Dvorski* zwar, dass es bei der polizeilichen Vernehmung unterlassen worden

⁹⁷⁹ EGMR *Aleksandr Zaichenko* ./ RU Ur. v. 18.02.2010 § 59 f.

⁹⁸⁰ Insofern „überzeugend“ so *Lubig/Sprenger*, ZIS 9/2008, 440; darauf hinweisend auch *Spielmann*, NJECL 2010, 301.

⁹⁸¹ EGMR *Panovits* ./ CY Ur. v. 11.12.2008 § 84.

⁹⁸² EGMR *Panovits* ./ CY Ur. v. 11.12.2008 § 85 f.

⁹⁸³ Hierzu siehe oben Kap. 2, V.C.3.b)cc).

war, den Beschuldigten darüber zu informieren, dass seine Familie für ihn einen Verteidiger beauftragt hatte, der ihn nun kontaktieren wollte. Sein polizeiliches Geständnis sei allerdings unter den Umständen des Einzelfalls dennoch freiwillig erfolgt und habe bei seiner Verurteilung nicht die zentrale Rolle gespielt. Daher sei das Verfahren gegen ihn dennoch insgesamt als fair i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK zu betrachten.⁹⁸⁴

4. Verwertungsverbote bei Verstößen gegen das Verteidigerkonsultationsrecht

Die Verletzung der Fairness des Verfahrens nach Art. 6 Abs. 1 EMRK stellt der Gerichtshof bei der Verweigerung des Verteidigerkonsultationsrechts im Polizeigewahrsam nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK entweder allein wegen des dadurch verletzten Beweiserhebungsverbots⁹⁸⁵ oder in Verbindung mit der Verwertung der ggf. hierbei erlangten Aussagen des Beschuldigten fest.⁹⁸⁶ Dieser klaren Rechtsprechung lässt sich somit ein eindeutiges Beweisverwertungsverbot aus Art. 6 EMRK für die besagten Aussagen des Beschuldigten entnehmen. Der Gerichtshof sieht außerdem das Verteidigungsrecht des Beschuldigten durch die Verwertung der unter Verstoß dagegen erlangten Aussagen des Beschuldigten „unwiederbringlich“ beeinträchtigt.⁹⁸⁷ Die Annahme eines Beweisverwertungsverbots durch das nationale Gericht stellt nach dieser Rechtsprechung für die Heilung des begangenen Konventionsverstoßes im Polizeigewahrsam die *conditio sine qua non* dar.⁹⁸⁸ Mit anderen Worten verletzen die nationalen Gerichte nach dem EGMR die Fairness des Verfahrens i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK, wenn die Folgen der Beeinträchtigung der Verteidigung nicht vollständig beseitigt werden: „the consequences of the breach of defence had not been totally undone“.⁹⁸⁹ Die Berücksichtigung des in dem genannten Sinn konventionswidrig erlangten polizeilichen Geständnisses des Beschuldigten bei seiner Verurteilung als „allgemeines Wissen“ genügt diesem Erfordernis nicht.⁹⁹⁰

⁹⁸⁴ EGMR *Dvorski* ./ HR Ur t. v. 28.11.2013 §§ 93 ff.

⁹⁸⁵ Beispielhaft EGMR *Pishchalnikov* ./ RU Ur t. v. 24.09.2009 § 84; EGMR *Karadağ* ./ TR Ur t. v. 29.06.2010 §§ 46 ff.; EGMR *Shishkin* ./ RU Ur t. v. 07.07.2011 § 142; EGMR *Sebalj* ./ HR Ur t. v. 28.06.2011 §§ 258 ff.

⁹⁸⁶ EGMR *Gök und Güler* ./ TR Ur t. v. 28.07.2009 § 57; EGMR *Fikret Çetin* ./ TR Ur t. v. 13.10.2009 § 36 f.; EGMR *Balıktaş* ./ TR Ur t. v. 20.10.2009 §§ 44 ff.; EGMR *Mader* ./ HR Ur t. v. 21.06.2011 § 154; EGMR *Vanfuli* ./ RU Ur t. v. 03.11.2011 § 103 f.; EGMR *Fidancı* ./ TR Ur t. v. 17.01.2012 §§ 37 ff.; EGMR *Grigoryev* ./ UA Ur t. v. 15.05.2012 § 86 f.; EGMR *Grinenko* ./ UA Ur t. v. 15.12.2012 § 91; EGMR *Sergey Afanasyev* ./ UA Ur t. v. 15.11.2012 § 61; EGMR *Yerokhina* ./ UA Ur t. v. 15.11.2012 § 72; EGMR *Zamferesko* ./ UA Ur t. v. 15.11.2012 § 64; EGMR *Martin* ./ EE Ur t. v. 30.05.2013 § 94 ff.

⁹⁸⁷ Stellvertretend EGMR *Martin* ./ EE Ur t. v. 30.05.2013 § 97.

⁹⁸⁸ Vgl. EGMR *Koçak* ./ TR Ur t. v. 03.05.2007 § 38 f.

⁹⁸⁹ EGMR *Martin* ./ EE Ur t. v. 30.05.2013 § 96.

⁹⁹⁰ EGMR *Martin* ./ EE Ur t. v. 30.05.2013 § 95 ff.

Allerdings herrscht bei der Reichweite des genannten Beweisverwertungsverbots zwischen den einzelnen Kammern des Gerichtshofs keine Einigkeit. Nach der Dritten Kammer ist es nämlich konventionskonform, wenn die ohne Verteidigerbeistand gemachten Aussagen lediglich bei der Einleitung des Strafverfahrens gegen den Beschuldigten verwendet werden.⁹⁹¹

5. Zwischenergebnisse zu beweisrechtlichen Anforderungen

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Abwägungstheorie des Art. 6 Abs. 1 EMRK in der Rechtsprechung des Gerichtshofs bis jetzt nicht zu einem absoluten Verwertungsverbot für die Aussagen des Beschuldigten geführt hat, die unter Verstoß gegen die einzelnen Ausprägungen der konventionsrechtlichen Aussagefreiheit erlangt wurden. Dies gilt sogar für das Verwertungsverbot seiner erzwungenen Aussagen, das keine generelle Fernwirkung für die infolge dieser Aussagen sichergestellten Sachbeweise begründet. Dieses Ergebnis relativiert jedoch die Feststellung des Gerichtshofs selbst, dass die Selbstbelastungsfreiheit das Herzstück eines fairen Verfahrens nach Art. 6 Abs. 1 EMRK sei.

Außerdem bestehen in der Rechtsprechung des Gerichtshofs einige Unklarheiten. So lässt sich die Ableitung einzelner Beweisverwertungsverbote bei Verstößen gegen ergänzende Schutzrechte nicht mit aller Deutlichkeit vornehmen. Schließlich ist es bemerkenswert, dass sich die einzelnen Kammern darin uneinig sind, bei Verstößen gegen das Recht auf Verteidigerbeistand nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK ein Verwertungsverbot anzunehmen.

VII. Zusammenfassung

Das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit ist in der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) nicht ausdrücklich festgehalten. In den vorbereitenden Arbeiten wird dafür kein Grund genannt. Als der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR), der in Art. 14 Abs. 3 lit. g die Selbstbelastungsfreiheit ausdrücklich verankert, am 16.12.1966 von der Generalversammlung der Vereinten Nationen verabschiedet wurde, sahen sich die Vertreter des Europarates dazu veranlasst, die exemplarisch beim Recht auf Selbstbelastungsfreiheit ersichtlich gewordenen Unterschiede zwischen der EMRK und dem IPBPR zu beheben. Am 12.5.1969 kam das hierzu eingesetzte Expertenkomitee zum Ergebnis, dass dieses Recht trotz seiner fehlenden Normierung in Art. 6 Abs. 1 EMRK ein impliziter

⁹⁹¹ EGMR *Manculesci* /J. RO Ur t. v. 13.11.2013 §§ 78 ff.; a.A. ist die Fünfte Kammer in EGMR *Todorov* /J. UA Ur t. v. 12.01.2012 §§ 78 ff.; vgl. EGMR *Hovanesian* /J. BG Ur t. v. 21.12.2010 § 37.

Bestandteil des Rechts auf ein faires Verfahren im Sinne dieser Vorschrift ist. Der ebenfalls mit der genannten Aufgabe beauftragte Lenkungsausschuss regte bei seinem Treffen vom 12. bis 16.11.1977 dagegen vergeblich an, dieses Recht in Art. 2 des bevorstehenden 6. Zusatzprotokolls der Konvention explizit zu regeln.

Gleichzeitig hatte die Europäische Kommission für Menschenrechte, die bis zum Inkrafttreten des 11. Zusatzprotokolls vom 1.11.1998 als erste Instanz mit den Beschwerden über die Verletzung der Konvention betraut war, mehrmals über Sachverhalte zu urteilen, die einen unmittelbaren Zusammenhang mit dem Recht auf die Selbstbelastungsfreiheit aufwiesen. Dennoch unterließ es die Kommission nicht nur, dieses Recht, so wie das genannte Expertenkomitee vorschlug, anzuerkennen. Sie verneinte auch die grundsätzliche Anwendbarkeit des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK bei der polizeilichen Befragung eines Beschuldigten. Unmittelbare Folge dieser Rechtsprechung war, dass das Recht auf Aussageverweigerung, das Recht auf Verteidigerbeistand sowie das Recht auf die Belehrung über diese Rechte bei der polizeilichen Vernehmung aus dem Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 EMRK völlig ausgenommen waren.

Diese Rechtslage änderte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte mit seinem Urteil vom 25.2.1993 im Fall *Funke*. Hiernach gewährt das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK gleichwohl implizit das Recht des Beschuldigten, zu schweigen und zu seiner Belastung nicht beitragen zu müssen. Dieser neuen Rechtsprechung ist ein breites Fallrecht des Gerichtshofs gefolgt, das die ehemalige Kommission in mehrfacher Hinsicht korrigiert hat.

Betrachtet man die Rechtsprechung des Gerichtshofs näher, so ergibt sich, dass er die Selbstbelastungsfreiheit aus Art. 6 Abs. 1 EMRK ableitet. Diese Vorschrift enthält nach dem EGMR neben den in Abs. 1 ausdrücklich erwähnten Garantien eines fairen Gerichtsverfahrens sowie den Beschuldigtenrechten in Abs. 2 und Abs. 3 einen allgemeinen Anspruch auf ein faires Verfahren. Dementsprechend geht er von einem offenen Schutzbereich des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK aus und behält sich vor, unter dem Leitgedanken einer fairen Rechtspflege in einem demokratischen Rechtsstaat unbenannte Rechte wie die Selbstbelastungsfreiheit aus dem genannten allgemeinen Anspruch abzuleiten. Konkret soll dieses Recht nach dem EGMR *unter anderem* den Beschuldigten vor unzulässigem Zwang durch den Staat schützen, um Justizirrtümer zu vermeiden und die Zwecke des Art. 6 EMRK zu sichern.

Unzulässig ist eine Zwangsausübung nach dem Gerichtshof, wenn ein Beschuldigter zur Mitwirkung an der Erhebung eines Sachbeweises gezwungen wird, dessen Existenz von seinem Willen abhängt. Während dies bei der Zwangsausübung zur Herausgabe eines Dokuments eindeutig vorliege, so sei die Erhebung von körperlichen Sachbeweisen wie Atem, Urin oder Stimmproben ebenfalls ohne seinen Willen durchführbar und somit konventionskonform. Zwar sei in diesen Fällen

faktisch eine gewisse Mitwirkung an der Beweiserhebung erforderlich, etwa Pusten oder Urinieren, diese sei jedoch konventionsrechtlich unerheblich, da diese Substanzen ohne seinen Willen bei einer regulären Funktion des Körpers vorhanden seien. Entsprechende Bedenken ergeben sich bei der Erhebung von Blut, Haarstücken oder anderen Geweben überhaupt nicht, da die Beweiserhebung hier keiner Mitwirkung bedarf.

Aus dieser Rechtsprechung des Gerichtshofs lässt sich entnehmen, dass der konventionsrechtlichen Selbstbelastungsfreiheit ein gewisser Schutz der Willensfreiheit zugrunde liegt, auch wenn der EGMR diesen Aspekt nicht klarstellt. Das Entscheidungskriterium für diesen Schutz ist, ob das fragliche Beweismittel ohne Willen des Beschuldigten den Ermittlungsorganen zur Verfügung steht. Allerdings bedarf dieses Kriterium weiterer Klärung, denn es führt nicht in allen Fällen zu eindeutigen Ergebnissen. Dies hat sich etwa im Fall *Jalloh* gezeigt, in dem die nationale Ermittlungsbehörde zur Erlangung der in dem Magen eines Beschuldigten befindlichen Drogenpäckchen von einem Brechmitteleinsatz Gebrauch machte. Da ihre endgültige Sicherstellung „der Herbeiführung einer pathologischen Reaktion des Körpers“ des betroffenen Beschuldigten bedurfte, so habe nach dem Gerichtshof eine Missachtung des Willens des Beschuldigten und somit die Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK vorgelegen.

Im Hinblick auf die Beweisfunktion eines Beschuldigten als Aussageperson spielt die Willentheorie des Gerichtshofs mit dem Abgrenzungskriterium des Zur-Verfügung-Stehens grundsätzlich keine Rolle. Es gilt, dass sein Schweigen bei einer Befragung respektiert und er zum Aussagen nicht gezwungen wird. Gegen die verdeckte Erhebung seiner Aussagen gewährt Art. 6 Abs. 1 EMRK dagegen keinen generellen Schutz. Ein Umgehungsverbot statuiert der Gerichtshof ausdrücklich für die Fälle, in denen die Wahlfreiheit eines Beschuldigten, sich bei einer offenen Befragung zur Sache zu äußern oder nicht, durch gewisse Täuschungsmethoden wirksam unterlaufen wird. Schließlich unterliegt das Verhalten des Beschuldigten nach dem Gerichtshof als Objekt der Inaugenscheinnahme der freien richterlichen Beweiswürdigung. Im Ergebnis lässt sich aus der Willensfreiheit, die konventionsrechtlich unausgesprochen zur Begründung der Selbstbelastungsfreiheit herangezogen wird, kein allgemeiner Anspruch für den Beschuldigten ableiten, sich dafür zu entscheiden, sich der Beweiswürdigung von Strafverfolgungsorganen vollständig zu entziehen.

Weitere vom Gerichtshof als Zweck der Selbstbelastungsfreiheit angeführte Gesichtspunkte, namentlich die Vermeidung von Justizirrtümern oder die Sicherung von allgemeinen Zwecken des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK, führen in der Rechtsprechung des EGMR zu keiner vergleichbaren Klärung dieses Rechts.

Des Weiteren begründete die ehemalige Kommission die Selbstbelastungsfreiheit durch das Recht eines Beschuldigten auf Verteidigung nach Art. 6 Abs. 3

EMRK sowie die Unschuldsvermutung nach Art. 6 Abs. 2 EMRK. Insbesondere der letzte Begründungsansatz findet in der Literatur nach wie vor Zuspruch. Hinzu kommt, dass auch der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung immer wieder die enge Verbindung der Selbstbelastungsfreiheit mit der Unschuldsvermutung betont. Während die Kommission die Begründung dieses Rechts darin sieht, dass die Beweislast der Anklagebehörde gleichzeitig das Prinzip der Mitwirkungsfreiheit des Beschuldigten in Gestalt eines unfreiwilligen Geständnisses enthält, unterstreicht der Gerichtshof in seiner genannten Rechtsprechung lediglich, dass die Anklagebehörde bei ihrer Überführungspflicht nicht auf Beweismittel zurückgreifen darf, die unter Missachtung des freien Willens des Beschuldigten durch Zwang- oder Druckmittel erlangt wurden. Von der Begründung der Kommission scheint der Gerichtshof nicht überzeugt zu sein, weil seine Ausführung keinen Anhaltspunkt enthält, der auf einen gemeinsamen Zweck des genannten Beweiserhebungsverbots und der Beweislast der Anklage hindeuten würde.

Schließlich werden zur konventionsrechtlichen Begründung der Selbstbelastungsfreiheit neben den prozessrechtlichen auch die freiheitsrechtlichen Ansätze angeführt. In Betracht kommt etwa das Recht auf Privatleben nach Art. 8 Abs. 1 EMRK, dessen Leitgedanken nach dem Gerichtshof aus der Achtung der Menschenwürde, der Freiheit des Menschen und seiner Autonomie bestehen. Analysiert man jedoch seine breite Kasuistik zu Art. 8 Abs. 1 EMRK, so ergibt sich, dass er in dieser Vorschrift nur einen begrenzten Schutz der Würdegarantie vorsieht. Hiernach verbietet das Recht auf Privatleben nach Art. 8 Abs. 1 EMRK eine solche Behandlung eines Menschen, die zum Verlust seiner Würde führt. Dies liege vor, wenn dadurch gleichzeitig gegen Art. 3 EMRK verstoßen wird. Aus diesem engen Menschenwürdeverlust-Konzept lässt sich jedoch keine allgemeine Freiheit eines Beschuldigten zur Selbstbelastung ableiten, die durch keinen Eingriff verletzt werden darf. Dasselbe gilt für das allgemeine Recht auf Selbstbestimmung, das der Gerichtshof aus dem Autonomieprinzip ableitet. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass er bei der Prüfung der Vereinbarkeit einer Aussagepflicht mit der Konvention als einschlägige Norm ausdrücklich auf das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK verweist, wenn diese Pflicht einen Beschuldigten betrifft. Dieser Verweis lässt sich als Ablehnung des Gerichtshofs verstehen, die Selbstbelastungsfreiheit freiheitsrechtlich abzuleiten, obwohl er bei ihrer prozessrechtlichen Begründung durchaus von einer gewissen Willensfreiheit ausgeht. Schließlich hat die ehemalige Kommission die Selbstbelastungsfreiheit in einer Entscheidung aus dem Recht auf Meinungsäußerungsfreiheit nach Art. 10 Abs. 1 EMRK abgeleitet. In Anbetracht der völlig unterschiedlichen Regelungsbereiche der beiden Rechte ist die Ableitung ebenfalls abzulehnen.

Den allgemeinen Schutzbereich der Selbstbelastungsfreiheit in der Rechtsprechung des EGMR bestimmt neben ihrer konventionsrechtlichen Ableitung und Begründung außerdem die Frage ihrer Beschränkbarkeit sowie der Anwendbarkeitskriterien des Art. 6 EMRK. Der Gerichtshof betont zwar, dass die Selbst-

belastungsfreiheit in ihrem dadurch bestimmten Schutzbereich grundsätzlich keiner Abwägung, etwa mit den Interessen der Öffentlichkeit, zugänglich ist. Bei näherer Betrachtung seiner Kasuistik ergibt sich aber, dass der Gerichtshof dadurch eine Wesensgehaltsgarantie statuiert. Des Weiteren steht die Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 grundsätzlich nur der Person zu, die im Sinne dieser Vorschrift wegen eines kriminellen Vergehens angeklagt ist. Zur Frage, wann eine Person bei der polizeilichen Befragung frühestens den Status eines Beschuldigten nach Art. 6 Abs. 1 EMRK erlangt, äußert sich der Gerichtshof in letzter Zeit häufiger. Es entsteht dadurch eine gewisse konventionsrechtliche Beschuldigtentheorie. Hierunter fällt auch der Zeuge, der von nationalen Instanzen konventionswidrig nicht als Beschuldigter behandelt wurde. Ein allgemeines Recht auf Aussageverweigerung wegen der Gefahr einer Selbstbelastung lässt sich allerdings für den regulären Zeugen aus Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht ableiten. Ebenso wenig gewährt diese Vorschrift den Parteien im Zivilprozess einen Anspruch auf die Aussageverweigerung wegen Selbstbelastungsgefahr. Zu unterscheiden ist hiervon jedoch die Frage der Verwertbarkeit von Beweismitteln, die in einem außerstrafrechtlichen Verfahren von einem späteren Beschuldigten erzwungen wurden. Hierzu hat der Gerichtshof eine differenzierende Rechtsprechung entwickelt, die in gewissen Fällen zum Schutz des Beschuldigten die Annahme eines Beweisverwertungsverbots verlangt.

Fasst man die Erkenntnisse, die sich aus der konventionsrechtlichen Ableitung, Begründung sowie der engeren Bestimmung des Schutzbereiches der Selbstbelastungsfreiheit ergeben, zusammen, so geht daraus hervor, dass der besondere Gegenstand der vorliegenden Arbeit, die Aussagefreiheit bei der polizeilichen Befragung, in erster Linie aus einem Kernbereich besteht, nämlich dem Schutz vor Aussagezwang. Bei einer verdeckten Befragung verbietet die Aussagefreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK außerdem die Umgehung dieses Rechts (das sogenannte Umgehungsverbot). Darüber hinaus stehen dem Beschuldigten für und bei einer wirksamen Ausübung der Aussagefreiheit einige Informationsrechte sowie das Recht auf Verteidigerbeistand nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK ergänzend zur Seite, die der Gerichtshof teilweise unmittelbar aus diesem Recht ableitet oder deren näheren Zusammenhang mit ihm er beteuert (ergänzende Schutzrechte). Schließlich verlangt der EGMR unter Umständen die Annahme eines Beweisverwertungsverbots, wenn gegen die genannten drei Ausprägungen der Aussagefreiheit verstoßen wurde.

Betrachtet man den Kernbereich der Aussagefreiheit, so wird seine Reichweite durch den zentralen Begriff des Zwangs bestimmt. Hinzu kommt in jüngster Rechtsprechung des Gerichts ein sekundärer Schutz vor konventionswidrigen Vernehmungsmethoden, der sich in einem allgemeinen Grundsatz der Freiwilligkeit von polizeilichen Geständnissen nach Art. 6 Abs. 1 EMRK äußert.

Eine Definition des Zwangsbegriffs hat der Gerichtshof bis jetzt nicht entwickelt. Dennoch lässt sich unter Berücksichtigung seiner allgemein und in der Rechtsprechung des Gerichtshofs anerkannten Gesichtspunkte, also seiner Direktheit, Erscheinungs- sowie Einwirkungsart, wie folgt definieren: Zwang ist die physische

oder psychische Druckausübung, die unmittelbar oder mittelbar durch ein tatsächliches oder rechtliches Mittel eingesetzt wird.

Konkretisiert wird die Reichweite des unmittelbaren tatsächlichen Aussagezwangs in der Rechtsprechung des Gerichtshofs im Wesentlichen durch Art. 3 EMRK. Einheitliche Konkurrenzregeln bei der Anwendung dieser Vorschrift und der Aussagefreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK sind in seiner Kasuistik nicht erkennbar. Die konventionswidrigen Vernehmungsmethoden bei der polizeilichen Befragung sind somit im Allgemeinen Folter und unmenschliche oder erniedrigende Behandlung eines Beschuldigten. Während der Gerichtshof bei der Definition der Folter auch Art. 1 Abs. 1 der UN-Antifolterkonvention heranzieht, bleibt seine Rechtsprechung zu diesen Handlungsweisen in ihrer Gesamtheit dennoch äußerst kasuistisch und gewissermaßen offen. Die entscheidenden Merkmale bei der Bestimmung der nach Art. 3 EMRK verbotenen Vernehmungsmethoden sind die Anforderungen, dass die angefochtene Misshandlung eine gewisse Erheblichkeitsschwelle überschritten haben muss und sich entsprechend strengen Vorgaben des Gerichtshofs nachweisen lässt. Gleichwohl lassen sich die Vernehmungsmethoden im Besonderen unter drei Fallgruppen subsumieren: körperliche Übergriffe, Misshandlungen ohne körperliche Spuren und verbale Übergriffe. Die zahlreichen Entscheidungen des Gerichtshofs bieten ein breites Spektrum von konkreten Fallbeispielen. Dazu gehören auch einige Misshandlungen bei der polizeilichen Befragung des Beschuldigten, die die bereits genannte Erheblichkeitsschwelle doch nicht überschreiten und vor denen Art. 3 EMRK keinen Schutz gewährt. Weitere konzeptionelle Schwächen der Rechtsprechung des Gerichtshofs bei der Bestimmung der Reichweite des unmittelbaren tatsächlichen Zwangs bestehen darin, dass nicht der Schutz der Aussagefreiheit den Mittelpunkt dieser Rechtsprechung darstellt und die Anforderungen an den Nachweis einer nach Art. 3 verbotenen Misshandlung sehr hoch sind.

Daher liegen die Vorzüge des bereits oben genannten Grundsatzes der Freiwilligkeit von polizeilichen Geständnissen nach Art. 6 Abs. 1 EMRK auf der Hand. Eine Verletzung dieses Grundsatzes ist nach dem Gerichtshof gegeben, wenn bei der Berücksichtigung der gesamten Umstände einer polizeilichen Befragung „serious reasons“ bzw. „reasonable doubts“ aufkommen, ob das fragliche Geständnis des Beschuldigten freiwillig ist. Zwar lässt der EGMR bei dieser Prüfung auch die Missachtung der selbstständig vom Art. 6 EMRK gewährten Rechte, insbesondere des Rechts auf einen Verteidigerbeistand im Polizeigewahrsam nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK, einfließen. Die Eigenständigkeit des Grundsatzes der Freiwilligkeit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK lässt sich dennoch nicht bestreiten, da einzelne Verstöße allein zu keiner Verletzung der genannten Rechte führen würden.

Im Vergleich zu der Breite der oben umrissenen Rechtsprechung des Gerichtshofs ist der Bereich des mittelbaren tatsächlichen Zwangs kaum erschlossen. Es sind lediglich zwei Entscheidungen des Gerichtshofs ersichtlich, aus denen sich ableiten lässt, dass die Anwendung bewusster Irreführungen eines Beschuldigten

bei der polizeilichen Vernehmung, zum Beispiel durch Einsatz des sogenannten projektiven Persönlichkeitstests, mit der Aussagefreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK unvereinbar ist, weil diese Irreführungen einen seelischen Aussagedruck auf den Beschuldigten zur Folge hatten.

Es ist in der Rechtsprechung des Gerichtshofs eindeutig anerkannt, dass das Schweigen eines Beschuldigten bei der polizeilichen Befragung mit keiner strafrechtlichen Sanktion geahndet werden darf, da dies einen unmittelbaren rechtlichen Aussagezwang darstellte und somit eine verbotene Methode wäre. Hiervon macht der EGMR mit einer gründlichen, jedoch im Ergebnis nicht überzeugenden Abwägung eine Ausnahme, wenn es sich um die Strafbarkeit der Mitteilungspflicht eines Kfz-Halters bei Straßenverkehrsdelikten mit einer geringen Geldbuße handelt. Im Übrigen hat er den Schutz vor unmittelbarem rechtlichem Aussagezwang auf die Erscheinungspflicht eines Beschuldigten zu einer Befragung erweitert, deren Nichterfüllung nach dem nationalen Recht eine Straftat darstellt.

Keinen vergleichbaren Schutz gewährt die Aussagefreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK bei der nachteiligen Verwertung des Schweigens eines Beschuldigten. Ein solcher rechtlicher Aussagezwang ist nach dem Gerichtshof nur konventionswidrig, wenn sein Schweigen bei der Beweiswürdigung als Schuldindiz bewertet wird bzw. seine Verurteilung allein oder hauptsächlich darauf gestützt wird. Denn eine solche Verwertung stelle im Ergebnis einen unmittelbaren rechtlichen Zwang dar. Im Gegensatz dazu lasse sich kein allgemeines Verbot eines mittelbaren rechtlichen Aussagezwangs aus Art. 6 Abs. 1 EMRK ableiten, wenn das Aussageverhalten des Beschuldigten bei der richterlichen Beweiswürdigung anderweitig zu seinem Nachteil verwertet wird. Um eine solche gravierende Einschränkung der konventionsrechtlichen Aussagefreiheit zu rechtfertigen, führt der Gerichtshof mehrere Gründe rechtlicher oder faktischer Natur an. Gleichwohl verlangt er für eine konventionskonforme nachteilige Verwertung eines Aussageverhaltens des Beschuldigten die Einhaltung einiger Voraussetzungen. Allerdings ist seine Kasuistik zur Prüfung dieser Voraussetzungen kaum einsehbar und lässt somit keine fallübergreifenden Schlussfolgerungen über deren Verhältnis zueinander zu. Im Ergebnis lässt sich feststellen, dass die nachteilige Verwertung des völligen, teilweisen oder zeitweisen Schweigens (einschließlich im Polizeigewahrsam) im Hinblick auf die Aussagefreiheit des Beschuldigten bei Art. 6 Abs. 1 EMRK grundsätzlich zulässig ist, solange sie dem „gesunden Menschenverstand“ entspricht.

Ebenso wenig bietet die Aussagefreiheit des Art. 6 Abs. 1 EMRK dem Beschuldigten einen durchgehenden Schutz davor, durch verdeckte Ermittlungsmethoden zu einer Selbstbelastung veranlasst zu werden. Der Gerichtshof unterstreicht die Wichtigkeit solcher Methoden für eine wirksame Verbrechensbekämpfung. Gleichwohl sei der Stellenwert des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK in einer demokratischen Gesellschaft nicht außer Acht zu lassen. Die Grenzen der zulässigen verdeckten Ermittlungsmethode bestimmt er somit durch eine Abwägung beider Interessen.

Seine entsprechende Kasuistik lässt sich in zwei grobe Fallgruppen unterteilen: Tatprovokation und verdeckte Abschöpfung des Tatwissens eines Beschuldigten.

Eine Tatprovokation entspricht den Anforderungen eines fairen Verfahrens nach Art. 6 Abs. 1 EMRK, solange sie in der Infiltration des Umfeldes eines bereits Verdächtigen und in der täuschenden Teilnahme an der Begehung einer Straftat besteht, die auf seinen Entschluss keinen entscheidenden Einfluss nimmt. Eine Druckausübung ist hiernach stets unzulässig. Ist diese Grenze überschritten, ist seine Aussagefreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK ebenfalls verletzt.

Bei den Methoden verdeckter Abschöpfungen des Tatwissens eines Beschuldigten hat der Gerichtshof nur das Aushorchen eines inhaftierten Beschuldigten durch dessen Zellengenossen unter Berücksichtigung seiner Aussagefreiheit nach Art. 6 Abs. 1 für konventionswidrig befunden, weil dadurch eine funktionale Äquivalenz einer Vernehmung hergestellt wurde, allerdings ohne die regulären Garantien einer förmlichen Polizeibefragung einschließlich des Verteidigerbeistands, und der Beschuldigte unter einem psychischen Aussagedruck unfreiwillig zu Selbstbelastungen veranlasst worden sei. Im Gegensatz dazu verneinte der EGMR die Ausübung eines entsprechenden Aussagedrucks im Fall *Bykov*, in dem ein sich auf freiem Fuß befindender Beschuldigter im eigenen Haus durch den von ihm beauftragten Auftragskiller (der mit der Polizei zusammenarbeitete) bei dem Gespräch über den angeblich „erledigten Auftrag“ zu Selbstbelastungen veranlasst wurde. Desgleichen erklärte der Gerichtshof in weiteren Fällen die Konventionskonformität einer verdeckten Befragung durch die Abhörfälle durch eine Privatperson, sei es auf eigene Initiative oder im Auftrag einer Ermittlungsbehörde, eines Abhörens durch aktive Täuschung oder eines einfachen Abhörens.

Eine Tendenz zur Erweiterung lässt sich bei den Ergänzenden Schutzrechten beobachten. In seiner jüngsten Rechtsprechung ist der Gerichtshof bemüht, Klarheit über die Rechte zu schaffen und sie auf eine sichere theoretische Grundlage zu stützen.

So hat er im Hinblick auf den Beginn des Angeklagtenstatus nach Art. 6 Abs. 1 EMRK Anforderungen an die nationalen Ermittlungsorgane gestellt, die erste Anzeichen einer konventionsrechtlichen Beschuldigtentheorie nach Art. 6 Abs. 1 EMRK enthalten. Hiernach stehen diese Rechte einer Aussageperson nicht nur dann zu, wenn sie von der nationalen Ermittlungsbehörde förmlich als Beschuldigter benannt oder einer Maßnahme ausgesetzt wird, die ihre Rechtsstellung wesentlich beeinträchtigt, sondern auch, sobald die nationalen Behörden plausible Gründe haben, diese Person der Beteiligung an einem Verbrechen zu verdächtigen („have plausible reasons for suspecting that person’s involvement in a criminal offence“). Seine bereits im Rahmen dieser neuen Rechtsprechung ergangene Kasuistik betrifft etwa den Beginn des Beschuldigtenstatus eines Verdächtigen oder dessen Erlangung bei einer sogenannten informatorischen Befragung.

Ist er somit als Angeklagter im Sinne des Art. 6 Abs. 1 EMRK anzusehen, so kommen ihm bei der wirksamen Ausübung seiner Aussagefreiheit einige konventionsrechtliche Informationsrechte zu. Zwar schreibt die Konvention nicht ausdrücklich vor, dass er über die gegen ihn erhobenen Beschuldigungen zu belehren ist. Einen sekundären Schutz erhält er aber durch die Belehrungspflichten in Art. 6 Abs. 1 lit. a EMRK sowie Art. 5 Abs. 2 EMRK. Bei näherer Betrachtung entfalten diese Vorschriften für einen Beschuldigten bei der polizeilichen Befragung einen zeitlich und inhaltlich begrenzten Schutz.

Hat eine Aussageperson nach der bereits genannten Rechtsprechung des EGMR den Status eines Beschuldigten erlangt, so ist sie nach dem Gerichtshof bei der polizeilichen Befragung über ihre Aussagefreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK zu belehren. Dieses Recht hat der EGMR im Fall *Aleksandr Zaichenko* aus dem Art. 6 Abs. 1 EMRK abgeleitet und in seinem nachfolgenden Fallrecht bestätigt. Eine Belehrung über das Recht auf Verteidigerbeistand nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK hat der Gerichtshof lediglich bei der polizeilichen Vernehmung des 17-jährigen Beschuldigten im Fall *Panovits* angenommen. Eine klare Ableitung eines allgemeinen Rechts auf die Belehrung über das Verteidigerbeistandsrecht nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK stellt diese Entscheidung des Gerichtshofs wohl nicht dar.

Keine Bedenken bestehen dagegen seit dem Fall *Salduz*, dass Art. 6 Abs. 3 lit. c es gebietet, einem Beschuldigten bei der polizeilichen Befragung grundsätzlich den Zugang zur Konsultation eines Verteidigers zu gewähren. Dieser Grundsatzentscheidung der Großen Kammer ist eine beachtliche Kasuistik von einzelnen Kammern gefolgt, die die Gewährung des Rechts auf Verteidigerbeistand bei der polizeilichen Befragung nach einigen Gesichtspunkten systematisiert prüfen: namentlich dem Zeitpunkt des Verteidigerzugangs, gültigem Verzicht (einschließlich der Unterbrechungs- und Hilfspflicht), dem Umfang der Konsultation, insbesondere dem Anwesenheitsrecht des Verteidigers sowie dem Umfang der unzulässigen Beeinträchtigung der Rechtsstellung des Beschuldigten.

Abgesehen von den Vorteilen eines klar strukturierten Schutzzumfangs des Rechts auf Verteidigerbeistand bei der polizeilichen Vernehmung hat die genannte Kasuistik in einigen wichtigen Fragen zu Uneinigigkeiten und Unklarheiten in der Rechtsprechung des Gerichtshofs geführt. Ebenso wenig hat das Recht auf einen Rechtshilfe- oder Pflichtverteidiger bei der polizeilichen Befragung nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK eine zufriedenstellende Klärung in der Rechtsprechung des EGMR erfahren.

Eine wirksame prozessuale Rechtsfolge würde unbestritten das Verbot darstellen, einen unter Verstoß gegen die oben genannten materiellen Ausprägungen der Aussagefreiheit erlangten Beweis gegen den Beschuldigten zu verwerten. Dennoch übt der Gerichtshof traditionell eine gewisse Zurückhaltung bei der Annahme eines konventionsrechtlichen Beweisverwertungsverbots. Nichtsdestotrotz fügt er hinzu, dass ein Verwertungsverbot erforderlich sein kann, um die Fairness eines Verfah-

rens nach Art. 6 Abs. 1 EMRK zu gewährleisten, wenn bei einer Beweiserhebung gegen grundlegendste Konventionsrechte verstoßen wurde. Dazu zählt in seiner gefestigten Rechtsprechung das Folter- und Misshandlungsverbot nach Art. 3 EMRK. Einen solchen Stellenwert hat die Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK bei näherer Betrachtung durch den EGMR noch nicht erhalten, auch wenn sie nach dem Gerichtshof das „Herzstück“ eines fairen Verfahrens nach Art. 6 Abs. 1 EMRK sei.

Verboten ist konventionsrechtlich die strafprozessuale Verwertung der Aussagen, die unter Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung im Sinne des Art. 3 EMRK erlangt wurden. Unbeachtlich ist es, von wem sie stammen, also ob vom Beschuldigten selbst oder einer dritten Person, und durch wen sie erlangt wurden, etwa durch die Behörden eines Drittstaates. Während das Beweisverwertungsverbot ebenfalls für die Sachbeweise gilt, die unmittelbar infolge von Folter i.S.v. Art. 3 EMRK sichergestellt wurden, verliert die Rechtsprechung des Gerichtshofs ihre Schärfe, wenn die zu diesem Zweck verwendete Methode in einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK besteht. Trotz der Verwertung solcher Beweise könne ein Strafverfahren nach dem EGMR unter Umständen noch als fair i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK gelten.

Weitere Ungünstigkeiten bestehen in der strengen Rechtsprechung des Gerichtshofs über den Nachweis eines Verstoßes gegen Art. 3 EMRK sowie der Kausalität zwischen dem Verstoß und den gemachten Aussagen. In seiner jüngsten Rechtsprechung legt er den nationalen Gerichten eine Ermittlungspflicht bei entsprechenden Beschwerden auf, um wohl den sich in Straßburg ergebenden Nachweis-schwierigkeiten zugunsten des Beschuldigten im nationalen Strafverfahren entgegenzuwirken. Ferner lassen sich seiner Rechtsprechung keine eindeutigen Angaben über die Frage des Beweisverwertungsverbots bei Verstößen gegen den Grundsatz der Freiwilligkeit von Geständnissen bei der Polizei entnehmen.

Im Gegensatz dazu ist es in seiner gefestigten Rechtsprechung anerkannt, dass die Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK bei Verstößen gegen das Verbot des unmittelbaren rechtlichen Aussagezwangs in einem außerstrafrechtlichen Verfahren für das folgende Strafverfahren die Annahme eines Verwertungsverbots erforderlich machen kann. Keine Bedenken bestehen darüber, dass Aussagen eines Beschuldigten, die unter Anwendung eines unmittelbaren rechtlichen Zwangs erlangt wurden, gegen ihn im Strafverfahren nicht verwertet werden dürfen.

Unmissverständlich ist auch das konventionsrechtliche Erfordernis, dass niemand zur Begehung einer Straftat verleitet und auf der Grundlage der belastenden Aussagen verurteilt werden darf, die er hinsichtlich der provozierten Tat gemacht hat. Bei dem Verwertungsverbot hinsichtlich der Aussagen des durch seinen Zellen-genossen ausgehorchten inhaftierten Beschuldigten hat der Gerichtshof noch nicht klargestellt, ob dieses konventionsrechtlich auch dann erforderlich ist, wenn die genannten Aussagen nicht das entscheidende Belastungsmaterial ausmachen.

Denn er stützte die Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK bei der Belehrung über die Aussagefreiheit auf deren Unterlassung und auf die innerstaatliche Beweisverwertung. Im Gegensatz hierzu hat der Gerichtshof im Fall *Panovits* die Frage des Beweiserhebungs- und des Verwertungsverbots bei der unterbliebenen Belehrung des minderjährigen Beschuldigten über das Verteidigerkonsultationsrecht bei der polizeilichen Befragung nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK getrennt behandelt. Abgesehen von der abweichenden Rechtsprechung der Dritten Kammer gehört es dagegen bereits zu der gefestigten Rechtsprechung des Gerichtshofs, dass die Aussagen des Beschuldigten, dem das Recht auf Verteidigerbeistand nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK verweigert wurde, im Strafverfahren gegen ihn nicht verwertet werden dürfen.

Kapitel 3

Landesbericht Deutschland

In diesem Kapitel wird der Gegenstand der vorliegenden Arbeit im deutschen Recht untersucht. Wieder liegt ein zweistufiger Aufbau zugrunde: im Allgemeinen Teil werden die Grundzüge des Strafverfahrensrechts (Teil I.) und die historische Entwicklung und Begründung der Selbstbelastungsfreiheit (Teil II.) dargestellt. Der Besondere Teil erörtert die einzelnen Ausprägungen der Aussagefreiheit des Beschuldigten bei der polizeilichen Befragung: Schutz vor Aussagezwang (Teil III.), Umgehungsverbot (Teil IV.), Ergänzende Schutzrechte (Teil V.) und Beweisverwertungsverbote (Teil VI.). Schließlich werden die Erkenntnisse des Allgemeinen und Besonderen Teils der Untersuchungen zusammengefasst (Teil VII.).

I. Grundzüge des Strafverfahrensrechts

A. Quellen des Strafverfahrensrechts

In seinen Grundlagen gilt das Strafverfahrensrecht in Deutschland als „angewandtes“ Verfassungsrecht.¹ Das Grundgesetz (GG) selbst enthält einige Justizgrundrechte, wie Anspruch auf rechtliches Gehör in Art. 103 Abs. 1 GG. Und die Rechtsprechung leitet aus dem GG weitere rechtsstaatliche Verfahrensgrundsätze ab (vgl. Art. 20 Abs. 3 GG).² Hierzu gehört auch die Selbstbelastungsfreiheit.³ Dem Strafverfahrensrecht wird insgesamt die Eigenschaft zugeschrieben, in seiner konkreten Ausgestaltung als „Seismograph der Staatsverfassung“ zu fungieren.⁴

Die Einzelheiten des Strafverfahrensrechts sind im Wesentlichen in der Strafprozessordnung von 1877 sowie im Gerichtsverfassungsgesetz von 1877 geregelt.⁵ Außerdem enthält die EMRK strafprozessuale Bestimmungen, die im Rang eines Bundesgesetzes stehen.⁶ Europäische Vorgaben erhielt das Strafverfahrensrecht

¹ Henkel, S. 5.

² Kindhäuser, S. 37 Rn. 2.

³ BVerfG NJW 2013, 1058, 1061; BGHSt 53, 294, 305; hierzu ausführlich siehe unten Kap. 3, II.

⁴ Roxin/Schünemann, S. 9.

⁵ Zu den weiteren ergänzenden Gesetzen siehe Roxin/Schünemann, S. 14 Rn. 4; Kindhäuser, S. 37 f. Rn. 5.

⁶ BVerfGE 111, 307, 317; BGHSt 46, 178, 186; siehe unten Kap. 5, I.B.1.

auch aus dem Unionsrecht im Rahmen der sogenannten dritten Säule „polizeilicher und justizieller Zusammenarbeit in Strafsachen“ (siehe Art. 82 AEU-Vertrag).⁷ Für eine bundeseinheitliche Umsetzung der StPO durch die Justiz der Länder gelten darüber hinaus die Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV) von 1977.⁸

B. Aufbau des Strafverfahrens

In seiner großen Gliederung ist das Strafverfahren in zwei Phasen unterteilt: Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren.⁹ Das Erstere setzt sich aus einem Ermittlungsverfahrens gem. §§ 158 ff. StPO, Zwischenverfahren gem. §§ 199 ff. StPO und Hauptverfahren gem. §§ 212 ff. zusammen. Dem Letzteren kann nach der ersten Instanz außerdem ein Rechtsmittelverfahren gem. §§ 296 ff. StPO folgen. Als ordentliche Rechtsmittel sieht die StPO Berufung gem. §§ 312 ff. StPO und Revision gem. §§ 333 ff. StPO vor. Das Strafverfahrensrecht kennt darüber hinaus außerordentliche Rechtsbehelfe, nämlich Wiederaufnahmeverfahren gem. §§ 359 ff. StPO, Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG und Menschenrechtsbeschwerde nach Art. 34 EMRK.¹⁰

1. Ermittlungsverfahren

Im Ermittlungsverfahren hat die Staatsanwaltschaft nach § 152 Abs. 1 StPO das Anklagemonopol und ist entsprechend dem in § 152 Abs. 2 StPO vorgeschriebenen Legalitätsgrundsatz grundsätzlich verpflichtet, einzuschreiten, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für eine verfolgbare Straftat vorliegen.¹¹ Sie leitet das Ermittlungsverfahren ein, sobald sie Kenntnis von dem Verdacht einer Straftat erhält (§ 160 Abs. 1 StPO), und bleibt weiterhin Herrin des Verfahrens, auch wenn die konkrete Durchführung in der Praxis meist mit Hilfe der Kriminalpolizei vorgenommen wird.¹² Auch die Polizei hat gem. § 163 Abs. 1 StPO die Befugnis zum sogenannten ersten Zugriff, wobei dies nichts daran ändert, dass die Staatsanwaltschaft weiterhin in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht für das gesamte Ermittlungsverfahren die Verantwortung trägt.¹³

⁷ Siehe eingehend *Beulke*, S. 8 ff.

⁸ *Roxin/Schünemann*, S. 15 Rn. 8; *Kindhäuser*, S. 38 Rn. 6.

⁹ *Kindhäuser*, S. 39 Rn. 1.

¹⁰ *Kindhäuser*, S. 41 Rn. 13.

¹¹ BGH NJW 1960, 2346 ff.; *Meyer-Goßner*, Einl. Rn. 37.

¹² *Kindhäuser*, S. 40 f. Rn. 4.

¹³ *Meyer-Goßner*, Einl. Rn. 41.

Nach dem Abschluss des Ermittlungsverfahrens kann die Staatsanwaltschaft aus Opportunitätsüberlegungen das Verfahren nach §§ 153 ff. StPO einstellen oder die öffentliche Anklage bei dem zuständigen Gericht erheben, wenn dafür genügender Anlass besteht (vgl. § 170 Abs. 1 und 2 StPO). In einem Zwischenverfahren entscheidet das Gericht gem. §§ 199 ff. StPO über die Eröffnung des Hauptverfahrens.¹⁴

2. Hauptverhandlung

Der Hauptverhandlung gehen Vorbereitungen nach §§ 213 ff. StPO voraus. Ihr Ablauf ist in § 243 StPO streng geregelt. Er beginnt mit dem Aufruf der Sache und setzt sich mit der Verlesung der Anklageschrift durch die Staatsanwaltschaft und der Vernehmung des Angeklagten fort. Nach der Vernehmung erfolgt die Beweisaufnahme (§ 244 Abs. 1 StPO). Daran schließen die Plädoyers der Staatsanwaltschaft und der Verteidigung an (§ 258 Abs. 1 StPO). Nach dem letzten Wort des Angeklagten gem. § 258 Abs. 3 StPO zieht sich das Gericht zu Beratung und Abstimmung nach §§ 192 ff. GG und § 263 StPO zurück.¹⁵ Mit der Urteilsverkündung nach § 216 StPO wird die Hauptverhandlung abgeschlossen, und die Sitzung geht nach der Rechtsmittelbelehrung gem. § 35a StPO zu Ende.¹⁶

3. Rechtsmittelverfahren

Gegen das Urteil des Tatgerichts kann Berufung nach §§ 312 ff. StPO oder Revision nach §§ 333 ff. StPO eingelegt werden. Letztere stellt eine Rechtsbeschwerde dar und führt zu keiner neuen Verhandlung der Sache.¹⁷ Daher erfolgt im Revisionsverfahren keine neue Beweisaufnahme.¹⁸ Das Revisionsgericht ist an die tatsächlichen Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts gebunden und darf in dessen Beweiswürdigung nicht eingreifen.¹⁹ Es befasst sich daher nicht mit der Tatfrage, sondern lediglich mit der Rechtsfrage.²⁰ Diese kann in der fehlerhaften Anwendung des Verfahrensrechts oder des materiellen Rechts auf den festgestellten Sachverhalt bestehen (vgl. § 337 Abs. 2 StPO).²¹ Die Rechtsprechung hat die Revisionsprüfung dahingehend erweitert, dass die Beweiswürdigung des Tatgerichts gewissen Kriterien standhalten muss, damit der festgestellte Sachverhalt fehlerfrei unter materielles Recht subsumiert werden kann. Im Einzelnen muss sie schlüssig, lückenlos und

¹⁴ Kindhäuser, S. 40 Rn. 4.

¹⁵ Roxin/Schünemann, S. 28 Rn. 6 ff.; Kindhäuser, S. 40 Rn. 9.

¹⁶ Roxin/Schünemann, S. 28 Rn. 8.

¹⁷ Volk, S. 314 Rn. 1.

¹⁸ Beulke, S. 339 Rn. 563; Meyer-Göfner, § 337 Rn. 1.

¹⁹ Meyer-Göfner, § 337 Rn. 15; Beulke, S. 338 f. Rn. 563.

²⁰ Beulke, S. 338 Rn. 563; Roxin/Schünemann, S. 466 Rn. 10; Meyer-Göfner, § 337 Rn. 1.

²¹ Volk, S. 314 Rn. 1.

widerspruchsfrei sowie im Einklang mit Denkgesetzen und Erfahrungssätzen sein und darf nicht auf bloßen Vermutungen (Zweifelsgrundsatz) basieren.²² Diese „Plausibilitätskontrolle“²³ bezieht sich allerdings nicht auf die Korrektheit einzelner Feststellungen und der Beweiswürdigung des Tatgerichts.²⁴ Sie erfolgt stets anhand der von ihm verfassten Urteilsbegründung und befasst sich nicht mit dem Akteninhalt. Die angebliche Aktenwidrigkeit gilt nicht als Revisionsgrund.²⁵

C. Verfassungsgerichtsbarkeit

Ist der Beschuldigte in einem Strafverfahren der Ansicht, dass er durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte verletzt wurde, so kann er nach der Erschöpfung des Rechtswegs Verfassungsbeschwerde beim Bundesverfassungsgericht einreichen (vgl. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a, 94 Abs. GG). Grundrechtsverletzungen werden nach einem dreistufigen Schema geprüft, das im Einzelnen aus einem Schutzbereich, einem Eingriff und einer Rechtfertigung besteht.²⁶ Das Bundesverfassungsgericht betrachtet sich dabei als „Hüterin der Verfassung“²⁷ und betreibt eine stark grundrechtsfreundliche Rechtsprechung. Es genießt hohes Ansehen. Insgesamt verfügt das deutsche Verfassungsrecht über eine weitgehend etablierte Grundrechtstheorie, die vom Bundesverfassungsgericht und in der Literatur gepflegt wird.²⁸

D. Strafrechtsliteratur

Neben den positivrechtlichen Vorschriften und ihrer Auslegung und Anwendung durch die Rechtsprechung trägt auch die Strafrechtsliteratur zur Konkretisierung des Strafverfahrensrechts bei. Hauptwerke der deutschen Strafrechtsliteratur zum Strafverfahrensrecht sind zahlreiche Kommentare und Lehrbücher. Außerdem befassen sich einzelne Abhandlungen, etwa Dissertationen oder Habilitationsschriften, mit speziellen Fragen des Strafverfahrens. Darüber hinaus existieren mehrere Fachzeitschriften, in denen Aufsätze und Entscheidungsanmerkungen veröffentlicht werden. Die Strafrechtsliteratur ist in allen diesen Bereichen sehr umfangreich.

²² Volk, S. 315 Rn. 6; Roxin/Schünemann, S. 470 f. Rn. 26 f.

²³ Roxin/Schünemann, S. 464 Rn. 1.

²⁴ Meyer-Göfner, § 337 Rn. 1.

²⁵ Volk, S. 319 f. Rn. 21; Meyer-Göfner, § 337 Rn. 15a; vgl. Roxin/Schünemann, S. 469 f. Rn. 24.

²⁶ Zu Einzelheiten der Grundrechtsprüfung siehe etwa Ipsen, S. 35 ff.; StK-GG-von Coelln, Vor. Rn. 62 ff.; GG-Sodan, Vor. Art. 1 Rn. 45 ff.

²⁷ StK-GG-von Coelln, Art. 93 Rn. 4.

²⁸ Vgl. Ipsen, S. 28 Rn. 96.

Im Folgenden wird unter Berücksichtigung der oben kurz umrissenen Grundlagen des Strafverfahrensrechts auf den eigentlichen Gegenstand der vorliegenden Arbeit eingegangen.

II. Entwicklung und Begründung der Selbstbelastungsfreiheit

Auch wenn die Selbstbelastungsfreiheit bzw. der Nemo-tenetur-Grundsatz – Begriffe, die in Rechtsprechung und Literatur wechselweise synonym benutzt werden – weder im GG noch in der StPO ausdrücklich geregelt ist, besteht über ihre Geltung im deutschen Recht kein Zweifel. Sie hat nach fast absoluter Mehrheitsmeinung Verfassungsrang.²⁹ Doch sind ihre genaue Ableitung und Reichweite sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur, die sich mit dem Thema ausgiebig beschäftigt,³⁰ sogar hinsichtlich ihres herkömmlichen Schutzbereichs³¹ umstritten.³² Die Debatte im Schrifttum hat mittlerweile den Stand der „extremen Unsicherheit“ über die Antworten auf diese Fragen erreicht.³³ Dabei handelt es sich keineswegs um einen „rein akademische[n] Streit“.³⁴ Und auch die Rechtsprechung ist bemüht, die Geltung der Selbstbelastungsfreiheit im deutschen Recht auf ein sicheres Fundament zu stellen.³⁵

In der Literatur redet man dann von dem „richtigen“ Ansatz bzw. Konzept, wenn damit einem ungeschriebenen Grundrecht ein begründeter und widerspruchsfreier Schutzzumfang verliehen werden soll. Erkenntnisse über den Umfang der Selbstbelastungsfreiheit werden durch historische, teleologische sowie systematische Auslegungsmethoden gewonnen.³⁶ Neben der Erkenntnisgewinnung durch eine verfassungsrechtliche und menschenrechtliche Auslegung wird auch der Versuch unternommen, aus der StPO Grundsätze zur Rechtsstellung eines Beschuldigten zu

²⁹ BVerfG NJW 2013, 1058, 1061; BGHSt 53, 294, 305; so auch die h.M. in der Literatur, anstatt vieler siehe SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 66; LR-StPO-Gleß, § 136 Rn. 27; Bosch, Aspekte, S. 18; Verrel, S. 4; Kraft, S. 142; Kölbl, S. 22; Hackethal, S. 119; Mäder, S. 67; Bährle, S. 76; Salditt, FS für Hamm, S. 595; eine Mindermeinung bestreitet den Grundrechtscharakter des Nemo-tenetur-Grundsatzes, hierzu siehe unten Kap. 3, II.B.3.f).

³⁰ Rogall, StV 2008, 219; Verrel, NStZ 1997, 361.

³¹ Verrel, FS für Puppe, S. 1638; Kölbl, S. 18.

³² So ausdrücklich BGHSt 52, 11, 17; ebenso SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 68; Eidam, S. 2; Kölbl, S. 18; Jahn, StV 2009, 43; Matt, GA 2006, 323; Gaede, JR 2009, 496; Bruns, FS für Schmidt-Leichner, S. 8; Weßlau, ZStW 110/1998, 1.

³³ Eidam, S. 2.

³⁴ Schlauri, S. 76; Nothhelfer, S. 1 f.

³⁵ Vgl. BVerfG NJW 1984, 419, 421 ff.; BGHSt 42, 139 ff.; BGH NStZ 1995, 410 ff.; BGHSt 52, 11 ff.; 55, 138 ff.

³⁶ Vgl. Kölbl, S. 109.

entnehmen und der Selbstbelastungsfreiheit in diesem Zusammenhang eine Bedeutung beizumessen.³⁷ Ein eng oder weit angenommener Schutzzumfang ist dementsprechend auf unterschiedliche Grundannahmen zurückzuführen.³⁸

Die vorliegende Arbeit wird zur Erlangung eines vollständigen Verständnisses der Selbstbelastungsfreiheit auf deren historische Entwicklung (A.) sowie auf ihre verfassungs-, menschen-, und einfachrechtliche Begründung (B.) eingehen. Am Ende des Allgemeinen Teils werden die hierdurch erlangten Erkenntnisse zusammengetragen und versucht, eine im deutschen Recht fehlende Definition der Selbstbelastungsfreiheit zu entwickeln (C.).

A. Historische Entwicklung

Erste aussagekräftige Anhaltspunkte zur historischen Würdigung des staatlich institutionalisierten Aussagezwangs im deutschen Recht³⁹ lassen sich durch eine Analyse des mittelalterlichen Inquisitionsverfahrens feststellen (1.). Gegen sein exemplarisches Beispiel, nämlich die von ihm angewandte Folter, wurden ab dem 16. Jahrhundert Einwände laut, und der aufklärerische Zeitgeist des 17. Jahrhunderts verlangte ihre Abschaffung sowie die Einführung des Akkusationsverfahrens (2.). Erst mit der Einführung der Reichsprozessordnung von 1877 erlangte die Selbstbelastungsfreiheit ihren Durchbruch (3.). Bei ihrer aktuellen Auslegung greift man teilweise noch auf diese Historie zurück (4.).

1. Mittelalterlicher Inquisitionsprozess

a) Begründung einer durch Folter erzwingbaren Selbstbelastungspflicht

Im klassischen kanonischen Inquisitionsverfahren erhob der Richter selbst die Beweise, die u.a. das Geständnis des Beschuldigten umfassten.⁴⁰ Anfangs verneinte das kanonische Recht eine Selbstbelastungspflicht und deren Erzwingung durch Folter.⁴¹ Diese Rechtslage änderte sich. Der Beschuldigte war etwa nach *Thomas von Aquin* der Untergebene des Richters, der zu wahrheitsgemäßen Antworten verpflichtet war,⁴² wenn er aufgrund von Gerüchten einer Straftat verdächtigt wurde.⁴³

³⁷ Pawlik, GA 1998, 384.

³⁸ Renzikowski, JR 2008, 166.

³⁹ Zum Aussagezwang im altgermanischen Parteiprozess siehe Plöger, S. 11 f. und 112 f.; Gruber, S. 44 f.; Helgerth, S. 150; Wolff, S. 25; Eisenhardt, S. 189.

⁴⁰ Ambos, Jura 2008, 588; Hähnchen, S. 272 Rn. 579; Plöger, S. 67 ff.

⁴¹ Vgl. Helmholz, S. 20 ff.; Wolff, S. 22; Nothhelfer, S. 4; Schmidt, S. 78; Kraft, S. 36 f.; Ambos, Jura 2008, 588.

⁴² Zitiert nach Rogall, S. 70; siehe auch Nothhelfer, S. 4; Schlauri, S. 42; Gruber, S. 44; Dingeldey, JA 1984, 407; Mäder, S. 50 f.

Er gebe seine naturgegebene Würde auf, wenn er lüge und somit sündige.⁴⁴ In Verfahren gegen Ketzer und Häretiker galt es später, die Erfüllung der Pflicht zur wahrheitsgemäßen Aussage gegebenenfalls durch Folter zu erzwingen.⁴⁵ Die Folterpraxis wurde mit Einführung des sogenannten *ex officio*-Eides verschärft, nach dem sich der Beschuldigte entweder selbst belasten oder des Sakraldelikts des Meineides schuldig machen musste.⁴⁶

Die Erfolterung eines Geständnisses wurde somit zum Wahrzeichen des Inquisitionsprozesses.⁴⁷ Auch der damalige Zeitgeist ebnete den Weg zur Folter. So lag dieser im Mittelalter der volkstümliche Glaube zugrunde, wer die Folter überstehe, habe die Hilfe Gottes auf seiner Seite und sei somit auch ein rechtschaffener Mensch. Denn es werde niemand eine Straftat gestehen, wenn er sie nicht tatsächlich begangen habe.⁴⁸ Des Weiteren war für die umfassende Verbreitung der Folter die zeitgenössische Auffassung mitursächlich, dass der Übeltäter, insbesondere in Hexenprozessen, mit dem Teufel verbündet war, und es galt, ihn durch ein gegebenenfalls zu erfolternes Geständnis vor diesem zu retten.⁴⁹ Dementsprechend ging der Richter im Inquisitionsprozess angesichts des Vorliegens bedeutsamer Indizien, die erst die Anwendung der Folter rechtfertigten, bereits vor der Folterung von der Schuld des Verdächtigten aus. Das Ziel war, einerseits zur göttlichen Vergebung seiner Schuld ein Sündenbekenntnis von ihm zu gewinnen und andererseits zur Abwendung des göttlichen Zorns auf das Gemeinwesen sämtliche Verstöße gegen seine Ordnung zu verfolgen.⁵⁰ Einen Schutz des Beschuldigten vor Selbstbelastung forderten die damaligen Moralvorstellungen nicht.⁵¹ Legte der Täter ein Geständnis seiner Sünden ab, so erlangte das Urteil eine unerschütterliche Legitimationsgrundlage.⁵² Schließlich war die Folter für das Inquisitionsverfahren, das auf Wahrheitsfindung um jeden Preis fokussiert war, ein in der Anwendung recht einfaches, kostengünstiges und scheinbar erfolgversprechendes Mittel.⁵³ Damit war sie für die Bekämpfung der spätmittelalterlichen Massenkriminalität wie geschaffen.⁵⁴

⁴³ *Nothhelfer*, S. 3 f.; *Wolff*, S. 22; *Kraft*, S. 37; *Mäder*, S. 51.

⁴⁴ Zitiert nach *BK-Zippelius*, Art. 1 Abs. 1 u. 2 Rn. 6. Fn. 8; für das Menschenwürdeverständnis von *Thomas von Aquin* siehe *Maunz/Dürig-Herdegen*, GG Art. 1 Rn. 9.

⁴⁵ *Rüping/Jerouschek*, S. 35; *Ambos*, Jura 2008, 588 f.; *Prosenjak*, S. 176 f.; *Rogall*, S. 70 ff.; *Nothhelfer*, S. 3 f.; *Schlauri*, S. 42 f.; *Seebode*, JA 1980, 496; *Hähnchen*, S. 273 Rn. 582; *Mäder*, S. 50; *Sonderegger*, S. 13.

⁴⁶ Ausführlich hierzu *Helmholz*, S. 21; *Mäder*, S. 50.

⁴⁷ *Hähnchen*, S. 272 Rn. 579.

⁴⁸ *Henkel*, S. 34; *Prosenjak*, S. 176.

⁴⁹ *Hähnchen*, S. 273 Rn. 582; *Puppe*, GA 1978, 303.

⁵⁰ *Kölbel*, S. 224; *Herbst*, S. 48; *Ambos*, Jura 2008, 590.

⁵¹ *Plöger*, S. 109.

⁵² *Kölbel*, S. 220.

⁵³ *Helgerth*, S. 151; *Kühl*, JuS 1986, 116.

⁵⁴ *Sonderegger*, S. 12.

b) *Folter als Beweiserhebungsmethode*

Älteste Rechtsbestimmungen zur Anwendung der Folter im deutschsprachigen Raum finden sich im Recht von Wiener Neustadt (1221 bis 1230).⁵⁵ Die für das gesamte Deutsche Reich geltende *Constitutio Criminalis Carolina* (CCC) von 1532 setzte das Vorhandensein bestimmter Indizien voraus, damit die Folter angewendet werden konnte.⁵⁶ Der zentralen Bedeutung der Folter als Methode zur Ermittlung der Wahrheit im Inquisitionsverfahren ging die Beweisregel voraus, dass die Verurteilung des Beschuldigten nur durch zwei unbescholtene Zeugen oder sein eigenes Geständnis möglich war. Indizien berechtigten lediglich zur Anwendung der Folter.⁵⁷ Aufgrund der Schwierigkeiten bei der Erhebung der Zeugenbeweise war die Anwendung der Folter zur Erlangung eines Geständnisses des Beschuldigten von essenzieller Bedeutung, da dieser ja dem Gericht ständig zur Verfügung stand.⁵⁸

Der Richter begann das peinliche Verhör mit der Aufforderung, die Begehung der Straftat zu gestehen („gütige Frage“). Der Beschuldigte erhielt dabei Gelegenheit, entlastende Tatsachen vorzutragen und dadurch den Verdacht gegen sich zu entkräften. War dies nicht der Fall, folgte dem ersten Schritt bei Verweigerung des Schulbekenntnisses die „*territio verbalis*“, wobei dem Beschuldigten durch die Erklärung von Einzelheiten der Folterung und durch das Zeigen entsprechender Instrumente Angst gemacht wurde. Führt auch dies zu keinem Geständnis, so schritt man zur „*territio realis*“.⁵⁹ Die Peinigung durch die Folter sollte den Beschuldigten zum gewünschten Geständnis bringen. Hatte der Beschuldigte die Folter ohne ein Geständnis überstanden, so war er freizusprechen, wobei die Verhängung von Verdachtsstrafen nicht ausgeschlossen war.⁶⁰ Legte er dagegen ein Geständnis ab, so musste er dies danach erneut „freiwillig“ wiederholen.⁶¹ Die Möglichkeit der Verfälschung der Wahrheit durch ein unwahres Geständnis nahm man zunächst in Kauf.⁶² Diese Gefahr sollte hauptsächlich das Vorliegen bestimmter Indizien als Voraussetzung der

⁵⁵ Schmidt, S. 91; Ebel/Thielmann, S. 288 Rn. 423; vgl. Rüping/Jerouschek, S. 33 ff.; Kölbl, S. 220 Fn. 25.

⁵⁶ Henkel, S. 42; Rüping/Jerouschek, S. 43; von Gerlach, FS für Hanack, S. 123; Kraft, S. 49 f.; Hähnchen, S. 278 f. Rn. 598; nach Peters, S. 63, würden solche Indizien heute eine Verurteilung zur Folge haben; so auch Kölbl, S. 223.

⁵⁷ Eingehend Rüping/Jerouschek, S. 45; Ambos, Jura 2008, 589 f.; siehe auch Herbst, S. 48 f.; Aselmann, S. 28; Bährle, S. 4; Helgerth, S. 151; Mahlstedt, S. 30 f.; Fezer, FS für Stree und Wessels, S. 666.

⁵⁸ Plöger, S. 109 f.; Peters, S. 63; Eidam, S. 258 f.; Kraft, S. 49; Gruber, S. 46; Wessels, JuS 1966, 170; Lesch, ZStW 111/1999, 625 ff.; Hähnchen, S. 271 f. Rn. 578; Aselmann, S. 28; Bährle, S. 5; Bosch, Aspekte, S. 177; Nack, 20. Strafverteidigertag, S. 241.

⁵⁹ Plöger, S. 113 f.; Hähnchen, S. 273 Rn. 581; Aselmann, S. 28.

⁶⁰ Kölbl, S. 222; Plöger, S. 114; Gruber, S. 47; Mahlstedt, S. 31.

⁶¹ Plöger, S. 114; Gruber, S. 47; Mahlstedt, S. 31.

⁶² Bährle, S. 5; Plöger, S. 109.

Folteranwendung reduzieren und somit die Wahrheitsermittlung sichern.⁶³ Dennoch fiel insbesondere angesichts des indiskutablen Beweiswerts eines abgelegten Geständnisses die Gewährung des Wahrheitsgrundsatzes in der ursprünglichen Form des Inquisitionsverfahrens zunächst unzureichend aus.⁶⁴

2. Einwände der humanistischen Gedanken der Aufklärung und Akkusationsverfahren

a) Kritische Betrachtung der Folter

Erst die Aufklärung ab dem 16. Jahrhundert stellte die Anwendung der Folter ernsthaft infrage.⁶⁵ Ihre Zulässigkeit und Zweckmäßigkeit wurden von verschiedenen Autoren der Aufklärung angegriffen.⁶⁶ So brachte etwa *Christian Thomasius* (1655–1728) in Deutschland vor, dass Folter erstens an sich eine Strafe sei, die aber erst nach dem Schuldnachweis durch das Verfahren festgestellt und zugefügt werden dürfe.⁶⁷ Zweitens sei sie ein ungeeignetes Mittel zur Wahrheitsfindung sogar im Fall einer zu erwartenden Todesstrafe, denn „die unglücklichen Menschen halten es für erträglicher, lieber eines plötzlichen Todes zu sterben, als durch Widerruf ihres Geständnisses sich zum zweiten Mal Folterqualen zu unterziehen“. ⁶⁸ Drittens war er der Ansicht, „dass die Folterpraxis auch darum getadelt werden muss, weil in der ganzen Heiligen Schrift nirgends eine Spur von diesem schrecklichen Mittel, die Wahrheit herauszupressen, zu sehen ist“. ⁶⁹ Viertens widerspreche sie dem naturrechtlichen Selbstverteidigungswillen. Denn das Naturrecht „erklärt nachdrücklich, dass jeder einzelne gerechte und für seine Verteidigung nützliche Mittel gebrauchen und dementsprechend sein Leben verteidigen kann. Und da die eigene Verteidigung in Übereinstimmung fast aller Völker dem Naturrecht zugerechnet wird, was ist es da anderes, als eine völlige Ausrottung jenes bis zum Überdruß vorgebrachten Grundsatzes des Naturrechts, ‚niemand die Selbstverteidigung abzuschneiden‘, wenn Menschen gezwungen werden, sich durch eigenes Verhalten den Untergang zu bereiten. [...] indem sie so gezwungen werden, durch ihr eigenes Geständnis gegen sich zu kämpfen, werden die Gefolterten zu Verrätern an sich selbst“. ⁷⁰

⁶³ *Plöger*, S. 102 f.; *Kölbel*, S. 222 f.

⁶⁴ *Kölbel*, S. 220; *Fezer*, FS für Stree und Wessels, S. 666.

⁶⁵ *Prosenjak*, S. 177; *Rogall*, S. 88; *Wessels*, JuS 1966, 170; *Kraft*, S. 50; *Sellert/Rüping I*, S. 377; *Nack*, 20. Strafverteidigertag, S. 241; *Sonderegger*, S. 13 f.

⁶⁶ Vgl. *Herbst*, S. 45 ff.; *Plöger*, S. 303 ff.; *Gruber*, S. 49; *Kraft*, S. 50; *von Gerlach*, FS für Hanack, S. 127; *Lesch*, ZStW 111/1999, 628 f.; *Kölbel*, S. 228.

⁶⁷ *Plöger*, S. 303.

⁶⁸ Zitiert nach *Sellert/Rüping I*, S. 455 f.; siehe auch *Plöger*, S. 304; *Ambos*, StV 2009, 152; *Renzikowski*, FS für Amelung, S. 683.

⁶⁹ Zitiert nach *Sellert/Rüping I*, S. 455 f.; *Plöger*, S. 307; *Herbst*, S. 55 f.

⁷⁰ Zitiert nach *Plöger*, S. 307 f.; zu Gedanken, dass die Selbstanklage unzulässig und die Anwendung der Folter eines Staates unwürdig sei, siehe auch *Herbst*, S. 56 f.

b) Abschaffung der Folter

Dieser Stand der Rechtsdogmatik spiegelte sich in den Rechtsordnungen der deutschen Staaten durch die allmähliche Abschaffung der Foltervorschriften, angefangen mit Friedrich II. von Preußen 1740, wider.⁷¹ Die Abschaffung der Folter um der Selbstverteidigung willen blieb jedoch zunächst als Lehrmeinung bestehen.⁷² Ein Recht auf Selbstbelastungsfreiheit wurde im weiterhin geltenden Inquisitionsverfahren positivrechtlich nicht anerkannt.⁷³ Seinen inquisitorischen Charakter bewahrte das Strafverfahren durch die strafbewehrte Aussage- und Wahrheitspflicht des Beschuldigten weiter,⁷⁴ deren Nichterfüllung, etwa durch beharrliches Leugnen, Schweigen oder Lügen, anstelle der Folter nun mit den sogenannten Ungehorsams- oder Lügenstrafen zu ahnden war.⁷⁵ Auf die Erlangung eines Geständnisses war außerdem durch Drohungen, Versprechungen, Lügen, Täuschungen etc. hinzuwirken.⁷⁶ Der Beschuldigte blieb somit bis zu Beginn des 19. Jahrhunderts Objekt der Wahrheitserforschung, auf dessen Mitwirkung gegen sich selbst der Staat sein erzwingbares Recht hatte.⁷⁷

c) Einführung des Anklageprozesses

Auch die Reformbestrebungen im 18. und 19. Jahrhundert, die die Defizite des inquisitorischen Strafverfahrens in Deutschland nach dem Vorbild des französischen *Code d'instruction criminelle* von 1808 durch liberale Verfahrensmaximen, wie Öffentlichkeit, Mündlichkeit, Anklageprozess usw., beheben wollten, brachten keine ausdrückliche positivrechtliche Anerkennung der Selbstbelastungsfreiheit, obwohl die insgesamt schwache Stellung des Beschuldigten im Strafverfahren dabei ebenfalls Erörterung fand.⁷⁸ Ernsthafte prozessuale Bedenken an der Aussagepflicht des Beschuldigten erweckte im Rahmen der Reformen der Grundsatz des Anklageprozesses, der in Art. X § 179 der Frankfurter Reichsverfassung von 1848 verfassungsrechtlich garantiert war.⁷⁹ Eine Mitwirkungspflicht des Beschuldigten,

⁷¹ Prosenjak, S. 178; Peters, S. 67; von Gerlach, FS für Hanack, S. 129; Nothhelfer, S. 6; Kraft, S. 50; Aselmann, S. 28; Helgerth, S. 152; Ebel/Thielmann, S. 302 Rn. 448 (praktiziert wurde sie erneut zwischen 1772 und 1777).

⁷² Prosenjak, S. 177; von Gerlach, FS für Hanack, S. 128 f.

⁷³ Davon ging Friedrich der Große bei seinen Ausführungen zur Abschaffung der Folter nicht aus, ausführlich hierzu Plöger, S. 311 ff.

⁷⁴ Vgl. § 263 der Preußischen Kriminalordnung von 1805, hierzu siehe Plöger, S. 220; Helgerth, S. 152.

⁷⁵ Köbel, S. 229 f.; Schmidt, S. 328; mit zahlreichen Beispielen, Plöger, S. 314 ff.

⁷⁶ M.w.N. Schmidt, S. 328; Reiß, S. 149; von Gerlach, FS für Hanack, S. 129.

⁷⁷ Vgl. Gruber, S. 48; Plöger, S. 221 f., Mahlstedt, S. 31; Köbel, S. 230; Wolff, S. 25.

⁷⁸ Rogall, S. 91 f.; Mahlstedt, S. 32; vgl. Köbel, S. 234.

⁷⁹ Eingehend hierzu Reiß, S. 158 ff.; Bosch, Aspekte, S. 98 ff.; Kraft, S. 52; Mahlstedt, S. 32.

die nach dem geltenden Recht sogar durch rechtliche Zwangsmaßnahmen erzwingbar war, widersprach nach der damaligen Literatur dem Wesen des Anklageprozesses. Denn diese entzöge der Parteistellung des Beschuldigten im Prozess jeglichen Boden.⁸⁰ Im Gegensatz dazu würde dieser entsprochen, indem ihm ein Recht auf Schweigen gewährt wird. Ebenso wenig stehe die Mitwirkungspflicht mit der Unschuldsumutung im Einklang, die ja die Unschuld des Beschuldigten und die Beweispflicht der Anklage voraussetze.⁸¹ Als weitere Errungenschaften der Prozessreform schaffte im Übrigen die Einführung des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung die „innere Rechtfertigung“ der Ermittlungsorgane ab, durch alle denkbaren Mittel auf das Geständnis des Beschuldigten hinzuwirken.⁸²

Eine weitere Aufwertung der Rechtsstellung des Beschuldigten im Strafverfahren kam außerdem durch die Anerkennung seiner Persönlichkeit als rechtliches Schutzgut zustande, als sich im gesamten Staatsgebilde seinerzeit eine gewisse Wandlung vom Absolutismus zum liberalen Rechtsstaat vollzog.⁸³ In diesem Zusammenhang vertrat man vereinzelt die Meinung, dass der Ermittler auf die „perfide Jagdwissenschaft“ durch physischen oder psychischen Zwang sowie auf List oder Überraschungen verzichten solle.⁸⁴

d) Ergebnisse

Im Wege der oben beschriebenen Debatten und Rechtsänderungen war im Ergebnis weder die Wahrheitspflicht des Beschuldigten rechtswirksam angefochten⁸⁵ noch war ein materielles Recht auf Selbstbelastungsfreiheit vollständig begründet. Ein Recht auf Aussageverweigerung, ja sogar Leugnen bzw. Lügen, enthielt abgesehen von § 43 der braunschweigischen StPO vom 22.08.1849⁸⁶ keine der Strafprozessordnungen der deutschen Länder, dagegen manche ausdrücklich die Ermahnung zur Wahrheitspflicht.⁸⁷ Beharrliches Leugnen und nachweisliches Lügen galten als Schuldindiz und rechtfertigten eine Strafschärfung.⁸⁸ Die Aussagefreiheit

⁸⁰ Vgl. *Wessels*, JuS 1966, 170; *Reiß*, S. 150; *Radbruch*, FS für Sauer, S. 121.

⁸¹ Vgl. *Wimmer*, ZStW 50/1930, 545; *Rogall*, S. 95; *Nothhelfer*, S. 6 f.; *Kraft*, S. 52 Fn. 92.; *Mäder*, S. 58; *Aselmann*, S. 30; *Weßlau*, ZStW 110/1998, 36.

⁸² *Kraft*, S. 52; *Aselmann*, S. 31; *Lindner*, S. 1; *Nack*, 20. Strafverteidigertag, S. 242.

⁸³ Vgl. *Henkel*, S. 52 f.; SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 60; *Böse*, GA 2002, 114; *Peters*, S. 67; *Puppe*, GA 1978, 303; *Bosch*, Aspekte, S. 96 f.; *Wolff*, S. 26; *Roxin/Schünemann*, S. 10 Rn. 4; *Aselmann*, S. 30; *Rau*, S. 54; *Fezer*, FS für Stree und Wessels, S. 670 f.

⁸⁴ So *Köstlin* zitierend, *Henkel*, S. 51.

⁸⁵ Vgl. *Sellert/Rüping II*, S. 30 („moralische Pflicht zur Wahrheit“); ebenso *Mäder*, S. 57.

⁸⁶ Hiernach hat der Untersuchungsrichter dem Beschuldigten bei dem ersten Verhör zu eröffnen, „zu keiner Antwort oder Erklärung auf die ihm vorzulegenden Fragen gehalten“ zu sein, zitiert nach *Rüping*, JR 1974, 136.

⁸⁷ Nachweise bei *Rogall*, S. 97; siehe auch *Sellert/Rüping II*, S. 30; *Aselmann*, S. 31; *Mahlstedt*, S. 32; *Köbel*, S. 234.

⁸⁸ *Sellert/Rüping II*, S. 30.

schützte den Beschuldigten lediglich vor der Erzwingung einer Aussage durch Folter.⁸⁹ Es fehlte an einer moralisch-rechtlichen Begründung, die den Beschuldigten von seiner Wahrheitspflicht und den Staat von seinem Auftrag des Betreibens der Strafverfolgung mithilfe des Beschuldigten zu befreien vermochte.⁹⁰

3. Einführung der Reichsstrafprozessordnung von 1877

a) Anerkennung der Selbstbelastungsfreiheit

Den historischen Sieg gegenüber den oben erwähnten Nachteilen errang die Selbstbelastungsfreiheit positivrechtlich durch die RStPO von 1877,⁹¹ wobei dies trotz der grundsätzlichen Anerkennung zu keiner unmittelbaren Positivierung dieses Rechtsprinzips als solchem führte. Der Anerkennung durch die RStPO ging die bereits oben erwähnte wissenschaftliche Debatte darüber voraus, ob die „richtige“ Übernahme des Anklageprozesses nach dem englischen oder französischen Vorbild zu erfolgen habe. Im Zentrum des Streits stand die Frage, ob die Vernehmung des Beschuldigten im zu reformierenden Inquisitionsverfahren fortbestehen und gegebenenfalls welche Funktion ihr zukommen soll. Ein „gemischtes“ System hat der Gesetzgeber hierbei dahingehend angenommen, dass die Vernehmung des Beschuldigten durch den Richter weiter besteht und diese sowohl seiner Verteidigung als auch dem Untersuchungszweck dient.⁹²

aa) Umsetzung in der Reichsstrafprozessordnung

Konkrete Ausformungen der Selbstbelastungsfreiheit befanden sich in den §§ 136 und 54 StPO a.F. Die Abkehr von der inquisitorischen Vernehmung ließ sich bereits an dem ersten Satz des § 136 Abs. 1 StPO a.F. erkennen, wonach dem Beschuldigten bei Beginn der ersten Vernehmung zu eröffnen ist, welche strafbare Handlung ihm zur Last gelegt wird.⁹³ Der Beschuldigte war gem. § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO a.F. ausdrücklich zu befragen, ob er etwas auf die Beschuldigungen erwidern wolle. Entsprechend dem Prinzip des gemischten Systems war ihm bei der Vernehmung gem. § 136 Abs. 2 StPO a.F. die Gelegenheit zur Verteidigung einzuräumen.⁹⁴ Das Auskunftsverweigerungsrecht für die Zeugen im Fall einer

⁸⁹ Aselmann, S. 31.

⁹⁰ Rogall, S. 100 f.; Dingeldey, JA 1984, 408.

⁹¹ Eingehend, Eser, ZStW 86/1974-Beiheft, 140; Helgerth, S. 150; Mäder, S. 58.

⁹² Eingehend Lesch, ZStW 111/1999, 630 ff.; Rogall, S. 93 ff.; Reiß, S. 150 ff.; dem Untersuchungszweck widersprechend Grünwald, StV 1987, 453 f.; Ransiek, StV 1994, 345 f.; Bosch, Aspekte, S. 146; Derksen, JR 1997, 168; Weßblau, ZStW 110/1998, 34; Dencker, StV 1994, 675; Meyer-Mews, JR 2003, 361; Aselmann, S. 42; Roxin, JZ 1993, 427; Bung, StV 2008, 499.

⁹³ Bosch, Aspekte, S. 144; Gruber, S. 54 f.

⁹⁴ Böse, GA 2002, 116.

Selbstgefährdung nach § 54 StPO a.F. bezeichnete der Gesetzgeber außerdem als das „nothwendige Korrelat des Grundsatzes, daß ein Beschuldigter nicht zu einer Aussage wider sich selbst gezwungen werden dürfe“.⁹⁵

Im Einklang mit dem genannten Leitideal des § 136 StPO a.F. ging man davon aus, dass der Richter keineswegs auf die Erlangung eines Geständnisses hinwirken dürfe.⁹⁶ Dass der Gesetzgeber die Anwendung von Drohung, Täuschung, Zwang oder ähnlichen Mitteln, wie erst später durch § 136a StPO, nicht ausdrücklich verbot, führte man darauf zurück, dass dies „selbstverständlich“ war.⁹⁷ Zu dem Schutz der Entscheidungsfreiheit des Beschuldigten zählten nicht zuletzt auch die Abschaffung der Lügenstrafe und die Unterstrafstellung des Aussagezwangs bzw. der Geständniserpressung durch § 343 RStGB.⁹⁸

bb) Motive des Gesetzgebers

Obwohl diese Vorschriften und ihre damalige Lesart in der Literatur einhellig belegen, dass die StPO rechtshistorisch von der Anerkennung der Selbstbelastungsfreiheit ausging bzw. diese voraussetzte, waren die Frage der moralisch-materiellrechtlichen Begründung und die Grenzen dieses Rechtssatzes auch bei der Einführung der StPO noch nicht abschließend geklärt. Einige Anmerkungen des historischen Gesetzgebers geben darüber Aufschluss. Ihm zufolge sollte durch die Einführung des § 136 StPO dem „berechtigten Ansprüche des Beschuldigten auf Schutz gegen ungehörige Zumuthungen“ Rechnung getragen werden.⁹⁹ Dabei lehnten die Väter der StPO die Belehrung des Beschuldigten über ein Aussageverweigerungsrecht mit der Begründung ab – insofern im bewussten Gegensatz zu der oben genannten braunschweigischen Vorschrift –,¹⁰⁰ dass diese die sittliche Pflicht des Beschuldigten, wahrheitsgemäß auszusagen, in Abrede stellen könne.¹⁰¹ Der Gesetzgeber unterstrich außerdem den Untersuchungszweck der Beschuldigtenvernehmung dahingehend, dass die Rechtsstellung des Beschuldigten, anders als im Zivilprozess, nicht mit der der Anklage identisch ist und seine Aussage immer noch eine wichtige Erkenntnisquelle für das Gericht sei.¹⁰²

⁹⁵ Zitiert nach *Dingeldey*, JA 1984, 408; *Kraft*, S. 54; siehe auch *Wimmer*, ZStW 50/1930, 538; *Bringewat*, JZ 1981, 294.

⁹⁶ Vgl. *Wimmer*, ZStW 50/1930, 545 f.; *Reiß*, S. 150; *Bosch*, Aspekte, S. 177; *Köbel*, S. 249.

⁹⁷ *Lindner*, S. 64 f.

⁹⁸ *Schmidt*, S. 443; *Wimmer*, ZStW 50/1930, 545.

⁹⁹ Zitiert nach *Gruber*, S. 56.

¹⁰⁰ *Günther*, JR 1978, 89.

¹⁰¹ Zitiert nach *Eser*, ZStW 86/1974-Beiheft, 140 f.; *Kraft*, S. 54; *Köbel*, S. 246 f.

¹⁰² Zitiert nach *Böse*, GA 2002, 116.

Von einer rechtlichen Wahrheitspflicht ist der Gesetzgeber trotz dieser Vorbehalte wohl nicht ausgegangen.¹⁰³ Zugleich sei die Unterlassung der Belehrung im Interesse des Beschuldigten. Denn er wäre nach der Belehrung dazu geneigt, zu schweigen. Das Schweigen könne jedoch vom Richter, was erfahrungsgemäß der Fall sei, zu dessen Nachteil verwertet werden.¹⁰⁴ Dieser „faded Beigeschmack“ zeigt, dass das anfängliche Verständnis der Aussagefreiheit einer beachtlichen prozessualen Einschränkung unterlegen war.¹⁰⁵

cc) Ergebnisse

Insgesamt lässt sich konstatieren, dass hinter der eher mit Vorbehalten erfolgten Anerkennung der Selbstbelastungsfreiheit durch §§ 136, 54 StPO a.F. immer noch der inquisitorische Geist steckte, dass der Beschuldigte vor Gericht zu seiner eigenen Verantwortung stehen müsse.¹⁰⁶ Dies unterstützte außerdem die damalige Grundhaltung zum Verhältnis zwischen dem Staat und seinen Bürgern, die sich noch nicht mit aller Deutlichkeit dazu entschließen konnten, dass die Interessen des Beschuldigten an der Wahrung seiner Autonomie und Persönlichkeit im Strafverfahren den Interessen des Staates vorgehen.¹⁰⁷ Das Fehlen einer gesetzgeberischen Intention, dem Beschuldigten die umfassende Freiheit zu gewähren, an seiner eigenen Überführung nicht mitwirken zu müssen, zeigt sich im Übrigen bei der Ausgestaltung der Editionsspflicht in § 95 StPO, der den Beschuldigten von der Herausgabepflicht nicht ausdrücklich ausnimmt.¹⁰⁸ Die damalige Literatur verlangte dennoch, dass dem Beschuldigten analog zum Fehlen einer Pflicht zur aktiven Aussage auch keine aktive nonverbale Verhaltensweise auferlegt werden dürfe.¹⁰⁹

b) Zäsur in der Geltung der Selbstbelastungsfreiheit – Drittes Reich

Auf dieser ungünstigen Rechtsauffassung konnte das Dritte Reich seine Ideologie dahingehend aufbauen, dass der Einzelne auch im Strafverfahren zugunsten der Gemeinschaft seine individuellen Interessen aufzugeben habe.¹¹⁰ Dies hatte u.a. zur

¹⁰³ M.w.N. Gruber, S. 57; a.A. Fezer, FS für Stree und Wessels, S. 667 f.

¹⁰⁴ Zitiert nach Eser, ZStW 86/1974-Beiheft, 140 f.; Engelhard, ZStW 50/1939, 342.

¹⁰⁵ M.w.N. Wessels, JuS 1966, 170; Bährle, S. 12; Kraft, S. 54; Aselmann, S. 32; so war das Schweigen des Beschuldigten nach RGSt 55, 20 zu seinem Nachteil verwertbar, zitiert nach Schneider, Jura 1990, 575 Fn. 44.

¹⁰⁶ Von Gerlach, FS für Hanack, S. 131.

¹⁰⁷ Von Gerlach, FS für Hanack, S. 132.

¹⁰⁸ Kölbl, S. 251; für den Wortlaut dieser Vorschrift siehe Anhang: Gesetzestexte.

¹⁰⁹ Kölbl, S. 251 f.; hierzu siehe auch Eidam, S. 132 f.

¹¹⁰ M.w.N. Rüping, Zur Praxis der Strafjustiz im „Dritten Reich“; S. 180 ff.; Sonderegger, S. 15.

Folge, dass die Selbstbelastungsfreiheit in diesem Zeitraum in Deutschland eine Zäsur erlebte.¹¹¹ Ohne das Bedürfnis einer positivrechtlichen Änderung¹¹² führte das Ausmaß der ideologisch motivierten Verneinung der Aussagefreiheit zu Folterungen bestimmter Gruppen von Verdächtigten, etwa Juden oder politisch unerwünschten Personen, was in den Augen der Folterer nach den übergeordneten Prämissen des Nationalsozialismus gerechtfertigt war.¹¹³ Somit kehrte die Folter ab 1933 trotz des gerichtlichen sowie teilweise behördlichen Widerstands gegen ihre Praktizierung nach Deutschland zurück.¹¹⁴ Während die Anwendung der Folter anfangs geheim gehalten wurde, praktizierte die Gestapo sie ab 1937 im Rahmen der sogenannten verschärften Vernehmungen, die in offizieller Absprache mit dem Justizministerium per Erlass bestimmt wurden.¹¹⁵ Die Methode beschränkte sich anfangs auf 25 Stockhiebe.¹¹⁶ Angewandt wurden ferner Nahrungsentzug, Isolationshaft sowie die Zufügung schwerer körperlicher Qualen.¹¹⁷ Mit Beginn des Krieges war das Ausmaß der Folteranwendungen nicht mehr zu bestimmen.¹¹⁸

c) *Wiederkehr der Selbstbelastungsfreiheit – Gründung der Bundesrepublik Deutschland*

Nach dem Zusammenbruch des Dritten Reiches wurde die Geltung der Selbstbelastungsfreiheit in Deutschland rechtspolitisch wieder gesichert.¹¹⁹ Das Grundgesetz vom 23. Mai 1949 stellte die Würde *jedes* Menschen in Art. 1 Abs. 1 GG¹²⁰ als Reaktion auf die menschenverachtende Gewaltherrschaft des Nationalsozialismus absolut¹²¹ an die Spitze der Rechtsordnung und verbot damit, den Beschuldigten durch eine menschenunwürdige Behandlung zwangsweise zur Selbstbelastung zu veranlassen.¹²²

¹¹¹ *Bährle*, S. 10; *Mahlstedt*, S. 34.

¹¹² *Schmidt*, S. 443; *Prosenjak*, S. 181 f.; *Mahlstedt*, S. 34; *Reiß*, S. 147 Fn. 42.

¹¹³ *Prosenjak*, S. 181 f.; *Reiß*, S. 147 Fn. 42; *Ambos*, Jura 2008, 590; *Gruber*, S. 62.

¹¹⁴ *Mahlstedt*, S. 34.

¹¹⁵ *Köbel*, S. 256 (daher „halbrechtlich“); *Sonderegger*, S. 15.

¹¹⁶ *Prosenjak*, S. 179.

¹¹⁷ *Prosenjak*, S. 180; ähnlich *Schmidt*, S. 443; *Erem*, TBBD 2/1998, 197.

¹¹⁸ *Prosenjak*, S. 179.

¹¹⁹ *Schmidt*, NJW 1968, 1213.

¹²⁰ Für den Wortlaut dieser Vorschrift siehe Anhang: Gesetzestexte.

¹²¹ *BK-Zippelius*, Art. 1 Abs. 1 u. 2 Rn. 2; *Maunz/Dürig-Herdeggen*, GG Art. 1 Rn. 1; *StK-GG-Windthorst*, Art. 1 Rn. 1; *GG-Sodan*, Art. 1 Rn. 1.

¹²² *Eser*, ZStW 86/1974-Beiheft, 144 f.; *Nothhelfer*, S. 73.

aa) Einfachgesetzliche Verstärkung

Als bald führte der Gesetzgeber durch das Vereinheitlichungsgesetz von 1950 den § 136a StPO ein, der die Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung des Beschuldigten gegen beispielhaft aufgezählte verbotene Vernehmungsmethoden erneut garantierte.¹²³ Ebenso nahm er die in der Nachkriegszeit lebhaft diskutierte Frage der Zulässigkeit technischer, medizinischer und psychoanalytischer Vernehmungsmethoden zum Anlass einer Gesetzesänderung.¹²⁴ Diese Änderung kam außerdem der allgemeinen Skepsis gegenüber der damaligen polizeilichen Vernehmungspraxis entgegen, die *Radbruch* 1949 mit seiner bekannten Formulierung dahingehend beschrieb, „die Strafrechtspflege heute in der Beletage, in welcher gepflegte Umgangsformen herrschen, die Kriminalpolizei aber in der Kellerwohnung darunter, in der rauere Sitten üblich sind“.¹²⁵

Durch die Einführung des § 136a StPO unterstrich der Gesetzgeber die Geltung der Aussagefreiheit des Beschuldigten erneut. Doch ihre Gewährung bei der polizeilichen Vernehmung war nicht vollständig gesichert. Die Literatur forderte, dass die Hinweispflicht über die Aussagefreiheit des Beschuldigten in § 136 Abs. 1 Satz 1 StPO a.F. klarer geregelt und ihre Geltung bei nichtrichterlichen Vernehmungen des Beschuldigten positivrechtlich gesichert werden müssten.¹²⁶ Dieser Forderung lag auch die Besorgnis zugrunde, dass man zu jener Zeit teilweise annahm, dass bei der polizeilichen Vernehmung das Hinwirken auf ein Geständnis des Beschuldigten zulässig sei.¹²⁷ *Von Gerlach* kommt angesichts dessen zum Schluss, dass das Verständnis, der Beschuldigte habe bei seiner Vernehmung für sein Fehlverhalten Rede und Antwort zu stehen, bis in die Nachkriegszeit vorherrschte und „die Aussagefreiheit daher nur theoretisch existierte“. Es sei daher notwendig gewesen, sie neu zu entdecken.¹²⁸ Insbesondere die Anwaltschaft machte sich für eine Verbesserung der Rechtsstellung des Beschuldigten stark,¹²⁹ die schließlich durch die kleine Strafrechtsnovelle 1964 beim Gesetzgeber¹³⁰ Gehör fand.¹³¹

¹²³ Für den Wortlaut dieser Vorschrift siehe Anhang: Gesetzestexte.

¹²⁴ Vgl. BGH NJW 1952, 152; SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 2; LR-StPO-Gleß, § 136a Rn. 2; Klein, S. 31; Eser, ZStW 86/1974-Beiheft, 144; Mahlstedt, S. 139; Baumann, GA 1959, 33; Jahn, JuS 2005, 1057; Schroeder, S. 156; Popp, NSZ 1998, 95; Bosch, Jura 1998, 240; Erbs, NJW 1951, 386; Reiß, S. 145; Degener GA 1992, 453; Joerden, JuS 1993, 927.

¹²⁵ *Radbruch*, FS für Sauer, S. 126.

¹²⁶ Vgl. *Stree*, JZ 1966, 593; *Schmidt*, NJW 1968, 121; *Gruber*, S. 55.

¹²⁷ M.w.N. *Radbruch*, FS für Sauer, S. 122; *Kraft*, S. 55.

¹²⁸ *Von Gerlach*, FS für Hanack, S. 134.

¹²⁹ *Becker*, Polizei 1965, 97.

¹³⁰ Strafprozessänderungsgesetz v. 19.12.1964, BGBl. 1964 I 1067.

¹³¹ *Stree*, JZ 1966, 593; *Baumann*, JuS 1965, 174.

bb) Völkerrechtliche Anerkennung

Eine rechtliche Positivierung im deutschen Recht erlangte die Selbstbelastungsfreiheit erst durch Art. 14 Abs. 3 lit. g des IPBPR vom 19.12.1966, die durch die Bundesregierung am 9.10.1968 unterzeichnet und am 23.3.1976 in Kraft gesetzt wurde.¹³² Hiernach hat „jeder wegen einer strafbaren Handlung Angeklagte [...] im Verfahren Anspruch [...]“ darauf, dass „er nicht gezwungen werden darf, gegen sich selbst als Zeuge auszusagen oder sich schuldig zu bekennen“.¹³³ Dieser Vorschrift folgte am 14.6.1992 Art. 52 Abs. 5 der Brandenburgischen Verfassung, wonach „niemand gezwungen werden darf, gegen sich selbst oder durch Gesetz bestimmte nahestehende Personen auszusagen“.¹³⁴

4. Historische Würdigung der Selbstbelastungsfreiheit

a) In der höchstrichterlichen Rechtsprechung

Den oben beschriebenen historischen Werdegang des Nemo-tenetur-Grundsatzes würdigt das BVerfG mit der Anmerkung, dass er aus „einer alten und bewährten Rechtstradition“ stamme.¹³⁵ Konkrete Aufschlüsse hinsichtlich des Schutzzumfangs der Selbstbelastungsfreiheit entnahm der Große Senat in der Grundsatzentscheidung in BGHSt 42, 139, wo er sich mit einer der essenziellen Fragen der Aussagefreiheit, nämlich ihrer Anwendbarkeit auf verdeckte Befragung des Beschuldigten, auseinandersetzte. Er verwarf die Ansicht im Schrifttum, dass die Aussagefreiheit entsprechend § 136 Abs. 1 StPO einen Schutz auch vor staatlich veranlasster irrumsbedingter Selbstbelastung durch verdeckte Befragungen des Beschuldigten biete, unter anderem mit der Begründung, dass die Aussagefreiheit dadurch einen Inhalt erhalte, den sie nach der „Rechtstradition“ nicht habe, wobei sich ein gewisser Schutzbedarf des Beschuldigten bei verdeckten Befragungen aus rechtsstaatlichen Überlegungen ergebe.¹³⁶

Im Gegensatz dazu lagen Anzeichen eines zeitlich dynamischen Verständnisses der Aussagefreiheit gleich nach Änderung des § 136 StPO durch die genannte Strafprozessnovelle von 1964 vor. Der BGH gab 1965 seine bis dato vertretene Ansicht, dass das Schweigen des Beschuldigten zu dessen Nachteil gewertet wer-

¹³² BGBl 1973 II S. 1533 ff.; hierzu siehe mehr unten Kap. 3, II.B.4.a).

¹³³ Für den gesamten Wortlaut dieser Vorschrift siehe Anhang: Gesetzestexte.

¹³⁴ Hierzu siehe mehr in diesem Kapitel unter II.B.1.

¹³⁵ BVerfG *Entsch. v. 13.05.2009 – 2 BvL 19/08*; ähnlich auch in der Literatur *Schneider*, GA 1997, 374; *Dallmeyer*, *KritV* 2000, 264; *Lagodny*, *StV* 1996, 172; *Neuhaus*, *NSStZ* 1997, 313.

¹³⁶ BGHSt 42, 139, 153; bestätigt durch BVerfG *NJW* 2000, 3557.

den dürfe,¹³⁷ auf.¹³⁸ Gleichwohl ging der BGH auch nach Einführung der neuen Fassung des § 136 Abs. 1 StPO bei der Frage der Rechtsfolgen einer unterbliebenen Belehrung über die Aussagefreiheit von einer unveränderten Rechtslage aus.¹³⁹ Erst am 27.2.1992 machte er eine Kehrtwende, gab seine in der Literatur¹⁴⁰ scharf kritisierte Rechtsprechung auf und belegte das Unterbleiben der Belehrung des Beschuldigten über seine Aussagefreiheit bei der polizeilichen Vernehmung mit einem Verwertungsverbot.¹⁴¹ Durch die Statuierung einer solchen prozesswirksamen Rechtsfolge gewann die Frage des Zeitpunkts der Belehrungspflicht an Bedeutung. Strafprozessuale Rechtsfiguren im Kontext des Beschuldigten- und Vernehmungsbegriffs, wie Verdächtigter, informatorische Befragung, spontane Äußerungen, finden daher seitdem stärkere Beachtung in Rechtsprechung und Literatur.¹⁴²

b) Literaturmeinungen

Ein Teil der Literatur vertritt entsprechend dem historischen Ausgangspunkt des Nemo-tenetur-Grundsatzes die Ansicht, dass die Aussagefreiheit eines Beschuldigten grundsätzlich auf den Schutz vor Aussagezwang bei offenen Vernehmungen zu begrenzen sei.¹⁴³ Damit wird entgegen der h.M. zum einen seine Geltung bei einer verdeckten Befragung des Beschuldigten¹⁴⁴ und zum anderen bei der Erhebung von Sachbeweisen mit seiner Mitwirkung aus dem Schutzbereich ausgeklammert.¹⁴⁵

Es spricht allerdings vieles gegen die Begrenzung der Aussagefreiheit auf eine offene Vernehmung eines Beschuldigten. Erstens hatte der historische Gesetzgeber der StPO die bevorstehenden technischen Entwicklungen im Bereich der repressiven Tataufklärung nicht im Auge¹⁴⁶ und ging von einem engen Eingriffsbegriff bei

¹³⁷ BGHSt 2, 351, zitiert nach *Schneider*, Jura 1990, 575 Fn. 44; *Schmidt-Leichner*, NJW 1966, 189; m.w.N. auch aus der damaligen Literatur und Rechtsprechung von *Gerlach*, S. 5 Fn. 9.

¹³⁸ BGHSt 20, 281; *Helgerth*, S. 155 (erst dadurch von mittelbarem Zwang befreit); *Schmidt-Leichner*, NJW 1966, 189 ff.; *Stree*, JZ 1966, 594; *Richter II*, StV 1994, 689; *Renzikowski*, FS für Amelung, S. 683 (nun die „vorbehaltslose“ Anerkennung).

¹³⁹ BGHSt 22, 170, 174; BGHSt 25, 325, 330.

¹⁴⁰ *Hiltrup*, Kriminallistik 1968, 82; *Fincke*, NJW 1969, 1014; *Schünemann*, MDR 1969, 102; *Jescheck*, JZ 1970, 206; *Helgerth*, S. 156; *Roschmann*, S. 40 ff.; *von Gerlach*, FS für Hanack, S. 138.

¹⁴¹ BGH JR 1992, 381.

¹⁴² *Moormann*, S. 3; *Bosch*, Aspekte, S. 241; *Fincke*, ZStW 95/1983, 962; *Roxin*, FS für Schöch, S. 823.

¹⁴³ *Lorenz* JZ 1992, 1006; *Lesch*, ZStW 111/1999, 638; *Nothhelfer*, S. 92; a.A. *Sautter*, AcP 1962, 248 ff.

¹⁴⁴ *Verrel*, NSTZ 1997, 415.

¹⁴⁵ *Böse*, GA 2002, 128; ablehnend *Eidam*, S. 132 f.; SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 146; *ders.*, S. 157; *Mahlstedt*, S. 117 f.; *Wolff*, S. 94; *Kölbel*, S. 44; *Theismann*, S. 75.

¹⁴⁶ *Mahlstedt*, S. 58; vgl. *Dencker*, StV 1994, 667.

der Regelung der Beschuldigtenvernehmung aus. Dies ist daran zu erkennen, dass er beim Erlass der StPO als einzige verdeckte Ermittlungsmethode die Postbeschlagnahme kannte (vgl. § 99 StPO a.F.).¹⁴⁷ Bei der derzeitigen Ermittlungspraxis würde der Grundsatz des *Nemo tenetur* in seiner damaligen Reichweite erheblich an Konturen verlieren, wenn seine Anwendbarkeit auf die verdeckte Befragung eines Beschuldigten kategorisch abgelehnt würde.¹⁴⁸ Dabei unterscheidet sich diese von ihrer Zielrichtung sowie Ausgestaltung in der Sache kaum von einer regulären Vernehmung.¹⁴⁹ Zweitens hatte der Gesetzgeber selbst auf die ausdrückliche Verankerung des *Nemo-tenetur*-Grundsatzes verzichtet, der inzwischen als ungeschriebene Norm den Rang eines Grundrechts erlangt hat. Seine gegenwärtige Auslegung ist daher verfassungsrechtlich vorzunehmen.¹⁵⁰ Da der Eingriffscharakter einer heimlichen Informationserhebung seit dem Volkszählungsurteil des BVerfG anerkannt ist,¹⁵¹ ist das enge Verständnis des historischen Gesetzgebers überholt.

5. Zwischenergebnisse

Die Selbstbelastungsfreiheit erlangte ihren ersten Durchbruch durch das Verbot der inquisitorischen Geständnisfolter, wobei es im Anschluss daran bis zu ihrer rechtlichen Anerkennung noch ein weiter Weg war.¹⁵² Ihren positivrechtlichen Niederschlag fand sie im politischen Rahmen des Liberalismus und Konstitutionalismus aus dem Diskurs des Anklagegrundsatzes und der Unschuldsvermutung sowie des Ausbaus des Persönlichkeitsschutzes des Beschuldigten im Strafverfahren.¹⁵³ Einen klaren verfassungsrechtlichen Schutz hat die Selbstbelastungsfreiheit nach den Erfahrungen mit der menschenverachtenden Ideologie des Dritten Reiches zuletzt dadurch erhalten, dass sie unmittelbar der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG zugeordnet wurde.

Die historische Entstehung der Selbstbelastungsfreiheit belegt somit, dass ihr sowohl freiheits- als auch prozessrechtliche Begründungen zugrunde lagen.

¹⁴⁷ Vgl. *Meurer*, FS für Roxin, S. 1288 f.; *Hauck*, NStZ 2010, 22; *Bausch*, S. 157; *Renzikowski*, JZ 1997, 713; *Weßlau*, ZStW 110/1998, 8.

¹⁴⁸ *Grünwald*, StV 1987, 455; *Eidam*, S. 71 f.; *Ransiek*, S. 62; *Mahlstedt*, S. 116; *Lagodny*, 20. Strafverteidigertag, S. 121; vgl. *Lammer*, S. 158; *Dencker*, StV 1994, 667.

¹⁴⁹ *Nack*, 20. Strafverteidigertag, S. 241 f.; ähnlich *Eidam*, S. 98 ff.; *Meurer*, FS für Roxin, S. 1285.

¹⁵⁰ *Köbel*, S. 259 f.; *Meurer*, FS für Roxin, S. 1288; vgl. *Nothhelfer*, S. 88.

¹⁵¹ BVerfGE 65, 1 ff.

¹⁵² *Eser*, ZStW 86/1974-Beiheft, 151; *Dingeldey*, JA 1984, 408; *Verrel*, NStZ 1997, 416.

¹⁵³ Vgl. *Rogall*, S. 103; *Reiß*, S. 146 ff.; *Eser*, ZStW 86/1974-Beiheft, 141 f.; *Rüping*, JR 1974, 136; *Eidam*, S. 131; *Müller*, EuGRZ 2001, 546; *Mäder*, S. 57 f.; *Aselmann*, S. 30; *Schneider*, Jura 1990, 575; vgl. *Eschelbach*, StV 2000, 396.

B. Begründung der Selbstbelastungsfreiheit

Abgesehen von Art. 52 Abs. 5 LVerf. Brandenburg, der inzwischen die Selbstbelastungsfreiheit ausdrücklich verankert (1.), ist ihre verfassungsrechtliche Geltung nun im Rahmen des GG zu begründen. In der Rechtsprechung werden neben der Würdegarantie weitere Grundrechte zur Ableitung der Selbstbelastungsfreiheit herangezogen (2.). Eine Mehrzahl von Begründungsansätzen wird auch von der Literatur angeführt (3.). Außerdem gewann sie durch Art. 14 Abs. 3 lit. g IPBPR menschenrechtlichen Charakter (4.). Die ausdrückliche Anerkennung der Selbstbelastungsfreiheit als eine implizierte Ausprägung des Rechts auf ein faires Verfahren in Art. 6 Abs. 1 EMRK durch den EGMR verfestigte dies. Schließlich bleiben die relevanten Bestimmungen der StPO weiterhin von großer Bedeutung (5.).

1. Brandenburgische Verfassung

Art. 52 Abs. 5 LVerf. Brandenburg ist die erste ausdrückliche positivrechtliche Regelung der Selbstbelastungsfreiheit im Rang einer Verfassungsnorm, allerdings auf Landesebene.¹⁵⁴ Diese Vorschrift bindet daher die Staatsgewalt des Landes in ihrem sachlichen Zuständigkeitsbereich.¹⁵⁵ Für das bundesrechtlich geregelte Strafverfahrensrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG) hat sie dementsprechend keine Bedeutung (vgl. Art. 142 GG).¹⁵⁶ Eine höchstrichterliche Anwendung des Art. 52 Abs. 5 LVerf. Brandenburg auf Landesebene fehlt ebenfalls.

Im Schrifttum findet Art. 52 Abs. 5 LVerf. Brandenburg außer bei der Auslegung der verfassungsrechtlichen Selbstbelastungsfreiheit wenig Beachtung.¹⁵⁷ Böse sieht auch hierin den Beleg für ihren unumstrittenen Kernbestand, nämlich den Schutz vor Aussagezwang im Strafverfahren,¹⁵⁸ während *Mahlstedt* auf die andere Begrenzung im Wortlaut hinweist, dass Art. 52 LV Grundrechte vor einem Gericht regelt.¹⁵⁹ Für *Rogall* zeigt diese Vorschrift, dass das Täuschungsverbot vom Nemo-tenetur-Grundsatz nicht umfasst und sogar die heute als einer seiner bedeutsamen Bestandteile angesehene allgemeine Mitwirkungsfreiheit zunächst „legitimierungsbedürftig“ ist.¹⁶⁰

¹⁵⁴ „Niemand darf gezwungen werden, gegen sich selbst oder durch Gesetz bestimmte nahestehende Personen auszusagen.“

¹⁵⁵ *Kölbl*, S. 270 Fn. 249.

¹⁵⁶ *Roxin/Schünemann*, S. 16 Rn. 11.

¹⁵⁷ *Eidam*, S. 26 Fn. 123; *Rzepka*, S. 387 Fn. 211; *Kraft*, S. 142 Fn. 361; vgl. *Beulke*, S. 78 Rn. 125.

¹⁵⁸ *Böse*, GA 2002, 99.

¹⁵⁹ *Mahlstedt*, S. 62 Fn. 50.

¹⁶⁰ *Rogall*, StV 2008, 220.

2. Verfassungsrechtliche Ableitung in der Rechtsprechung

Der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit ist nach der gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung im verfassungsrechtlichen Rechtsstaatsprinzip verankert.¹⁶¹ Nach dem BVerfG ist sie a) ein notwendiger Ausdruck einer auf dem Leitgedanken der Achtung der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) beruhenden rechtsstaatlichen Grundhaltung,¹⁶² Konkret ist sie b) als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG abzuleiten.¹⁶³ Gleichzeitig ist sie c) eine Ausprägung des ebenfalls verfassungsrechtlich verankerten Rechts auf ein faires Verfahren.¹⁶⁴ Insbesondere durch ihre Begründung mit der Menschenwürdegarantie erhält sie schließlich d) einen absoluten Kernschutz.

a) Würdegehalt der Selbstbelastungsfreiheit

Das Gebot der Achtung der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG¹⁶⁵ ist tragendes Konstitutionsprinzip des gesamten Grundgesetzes und oberster Verfassungswert.¹⁶⁶ Es verlangt grundsätzlich, dass der Einzelne nicht zum bloßen Objekt der Staatsgewalt gemacht wird.¹⁶⁷ Dies gilt ohne Weiteres für den Beschuldigten im Strafverfahren.¹⁶⁸

Nach dem BVerfG wirft allerdings nicht jede Adressierung des Beschuldigten durch strafprozessuale Maßnahmen die Frage einer Verletzung seiner Würde auf.

¹⁶¹ BVerfG NJW 2013, 1058, 1061; BGHSt 52, 11, 17; so auch in der Literatur *Beulke*, S. 78 Rn. 125; *Eisenberg*, S. 183 Rn. 549; *Bosch*, Aspekte, S. 69; *Kretschmer*, HRRS 7-8/2010, 345; *Sowada*, FS für Geppert, 698; hierzu eingehend *Nothhelfer*, S. 11 ff.; vgl. *Mäder*, S. 70; *Roschmann*, S. 15; kritisch *Renzikowski*, FS für Amelung, S. 681.

¹⁶² BVerfG NJW 2013, 1058, 1061; ebenso BGH NJW 1992, 2304, 2305; *Dingeldey* NStZ 1984, 529; *Grünwald*, JZ 1981, 428, m.w.N. im Schrifttum *Mäder*, S. 71 Fn. 129.

¹⁶³ BVerfG NJW 2005, 352; BGHSt 52, 11, 17; so auch die Mehrheit des Schrifttums SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 Rn. 66; *Schlauri*, S. 77; *Eisenhardt*, S. 199; *Lindner*, S. 45; *Salger*, S. 15; *Roschmann*, S. 17; *Günther*, GA 1978, 198; *ders.*, JR 1978, 90; *Bringewat*, JZ 1981, 294; *Dahs/Langkeit*, NStZ 1993, 214; *Renzikowski*, JZ 1997, 710; *Dingeldey* NStZ 1984, 529; *Böse*, GA 2002, 99; *Gericke*, StV 2003, 306; *Kindhäuser*, S. 64; *Gruber*, S. 100; *Moormann*, S. 35; *Soiné*, NStZ 2010, 598; *Lagodny*, StV 1996, 170 f.; *Miebach*, NStZ 2000, 235; *Kiehl*, NJW 1993, 503; *Haas*, GA 1997, 370; *Joecks*, FS für Kohlmann, S. 451; *Schuler*, JR 2003, 266; *Kretschmer*, HRRS 7-8/2010, 345 f.; *Hellmann*, FS für Seeboode, S. 144; *Dierlamm*, FS für Krey, S. 29 f.; *Sowada*, FS für Geppert, 698; m.w.N. *Mäder*, S. 70 Fn. 128; *Bährle*, S. 81 Fn. 72.

¹⁶⁴ BVerfGE NJW 2004, 1005; BGHSt 53, 294, 305; ebenso *Günther*, GA 1978, 198.

¹⁶⁵ Für den Wortlaut dieser Vorschrift siehe Anhang: Gesetzestexte.

¹⁶⁶ BVerfG NJW 2004, 999, 1001; BGHSt 14, 358, 364 f.; *Maunz/Dürig-Herdegen*, GG Art. 1 Rn. 2; *Antoni*, Hömig-GG, Art. 1 Rn. 1 f.; *Mäder*, S. 69.

¹⁶⁷ BVerfG NJW 2004, 999, 1001; BVerfGE, 30, 1, 25; zur sog. Objektformel siehe auch StK-GG-Windthorst, Art. 1 Rn. 23; *Maunz/Dürig-Herdegen*, GG Art. 1 Rn. 36; *Mahlstedt*, S. 75; *Rau*, S. 47.

¹⁶⁸ BVerfG NJW 2004, 999, 1001; BK-Zippelius, Art. 1 Abs. 1 u. 2 Rn. 50.

Er ist gewissermaßen doch ein Objekt des Rechts, dem er sich zu fügen hat. Erst wenn die Subjektqualität des Beschuldigten dabei grundsätzlich infrage gestellt wird, sodass seine Behandlung die Achtung seines ihm als Mensch um seiner selbst willen zukommenden Wertes vermissen lässt, liegt eine Verletzung der Menschenwürde vor.¹⁶⁹ Dies sah das BVerfG in seiner Grundsatzentscheidung zur Mitwirkungspflicht des Gemeinschuldners als gegeben an, wenn diesem ein Zwang zur Selbstbezeichnung auferlegt wird und die dabei erlangten Aussagen als Mittel gegen ihn selbst verwendet werden.¹⁷⁰ Die nötige Veranlassung zur Selbstbezeichnung durch eigenes Verhalten verstößt nach dem BVerfG gegen „die personelle Freiheit der Willensentschließung“.¹⁷¹ Dies verletzt nach einer weiteren Entscheidung des BVerfG außerdem das verfassungsrechtliche „Instrumentalisierungsverbot“ nach Art. 1. Abs. 1 GG,¹⁷² wobei es eine Fortsetzung dieser Rechtsprechung bisher nicht gegeben hat.¹⁷³

Der verfassungsrechtliche Schutz vor Selbstbelastungszwang, also die Selbstbelastungsfreiheit, entspricht nach dem BGH der prozessualen Stellung des Beschuldigten im Strafprozess, der nämlich Beteiligter und nicht Objekt des Verfahrens ist.¹⁷⁴ Dieser Rechtsstellung aus Art. 1 Abs. 1 GG trägt die StPO u.a. dadurch Rechnung, dass sie ihm gem. § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO die Aussage freistellt¹⁷⁵ und ihn gem. § 136a StPO vor die Willensfreiheit beeinträchtigenden Verneh-

¹⁶⁹ BVerfG NJW 2004, 999, 1001; BVerfGE, 30, 1, 25; BVerfG NJW 1985, 1767; siehe außerdem GG-*Sodan*, Art. 1 Rn. 10; BeckOK-GG-*Hillgruber*, Art. 1 Rn. 13.

¹⁷⁰ BVerfG NJW 1981, 1431; ähnlich bereits BVerwG, NJW 1968, 857; zum Schutz vor Selbstbezeichnung als einzelne Ausprägung der Menschenwürde siehe ferner Maunz/Dürig-*Herdegen*, GG Art. 1 Rn. 86; *Eisenberg*, S. 183 Rn. 549; *Rau*, S. 45; *Eisenhardt*, S. 209; *Lammer*, S. 156; *Salger*, S. 14; *Fuhrmann*, JR 1965, 418; *Hiltrup*, Kriminallistik 1968, 82; *von Arnim*, GS für Blumenwitz, S. 270; *Streck*, StV 1981, 362; *Schlüchter/Radbruch* NStZ 1995, 355; *Meyer-Mews*, JR 2003, 364; *Schuler*, JR 2003, 266; *Kühl*, JuS 1986, 117; weitere Nachweise bei *Fischer*, S. 95 Fn. 290; *Nothhelfer*, S. 63 Fn. 418; vgl. *Bosch*, Aspekte, S. 37; *Verrel*, S. 227; *Mäder*, S. 68 f.; mehr hierzu siehe unten Kap. 3, II.B.3.a).

¹⁷¹ BVerfG NJW 1981, 1431; zum Schutz vor Willensbeugung als spezieller Ausprägung der Menschenwürde Maunz/Dürig-*Herdegen*, GG Art. 1 Rn. 85; *Nothhelfer*, S. 63; *Mäder*, S. 71; vgl. *Fischer*, S. 95.

¹⁷² BVerfG *Entsch. v. 13.05.2009 – 2 BvL 19/08*; zum Begriff des Instrumentalisierens als Konkretisierungsversuch des Würdebegriffs siehe eingehend *Hilgendorf*, FS für Puppe, S. 1653 ff.; bei der Auslegung der Selbstbelastungsfreiheit auf die Instrumentalisierung abstellend in der Literatur auch *Weßlau*, ZStW 110/1998, 28; *SK-StPO-Rogall*, Vor. § 133 ff. Rn. 139; *Eidam*, S. 370; *Dierlam*, FS für Krey, S. 35; *Bung*, StV 2008, 498; hierzu mehr siehe unten Kap. 3, II.B.3.b).

¹⁷³ Vgl. BVerfG NJW 2013, 1058.

¹⁷⁴ BGHSt 52, 11, 17; auf das Objektargument abstellend auch *Eser*, ZStW 86/1974-Beiheft, 136; *Dingeldey*, JA 1984, 409; *Müller*, EuGRZ 2001, 547; dabei die Subjektstellung des Beschuldigten hervorhebend *Grünwald*, JZ 1981, 428; *Rüping*, JR 1974, 137; *Lammer*, S. 156; *Bosch*, Aspekte, S. 18; *Dallmeyer*, KritV 2000, 264 f.; *Gruber*, S. 100 f.

¹⁷⁵ BVerfG 55, 144, 150; BGH NStZ 2005, 517, 518; BGHSt 45, 363, 364; für den Wortlaut dieser Vorschrift siehe Anhang: Gesetzestexte.

mungsmethoden schützt. Dies bedeutet jedoch nicht, dass ein Verstoß gegen § 136a StPO gleichzeitig eine Verletzung der Menschenwürde zur Folge hat.¹⁷⁶ Für den Fall der Anwendung oder Androhung von Folter besteht dagegen kein Zweifel an einer solchen Verletzung. Daran ändert es nach der einhelligen Auffassung in der höchstrichterlichen Rechtsprechung nichts, dass sie primär zwecks Rettung eines entführten Kindes angewendet werden sollte.¹⁷⁷

Der verfassungsrechtliche Würdegehalt der Selbstbelastungsfreiheit wirkt sich auf die Bestimmung ihrer Reichweite unmittelbar dahingehend aus, dass ihre Anwendbarkeit auf juristische Personen, die aufgrund ihrer Beschaffenheit den Schutz der grundrechtlichen Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG nicht genießen können, verneint wird.¹⁷⁸

b) Selbstbelastungsfreiheit als Persönlichkeitsschutz

aa) Grundzüge des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG

Art. 2 Abs. 1 GG umfasst zwei eigenständige Rechte: die allgemeine Handlungsfreiheit und das allgemeine Persönlichkeitsrecht,¹⁷⁹ das sich erst in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG begründen lässt.¹⁸⁰ Während die Handlungsfreiheit jede Form menschlichen Handelns ohne Rücksicht darauf, wie gewichtig es für die Persönlichkeitsentfaltung ist, schützt,¹⁸¹ gewährt das allgemeine Persönlichkeitsrecht dem Einzelnen einen Kernbereich der privaten Lebensgestaltung.¹⁸² Der Würdegehalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts wertet bestimmte Aspekte der freien Entfaltung der Persönlichkeit gemäß Art. 2 Abs. 1 dahingehend auf, dass sie staatlichen

¹⁷⁶ BVerfG NStZ 1984, 82.

¹⁷⁷ BVerfG NJW 2005, 656 = BVerfG 2 BvR 1249/04, Beschl. v. 14.12.2004, HRRS 2005 Nr. 4 = OpenJur 2012, 25260; vgl. OLG Frankfurt Beschl. v. 28.02.2007 BeckRS 2007, 03886; LG Frankfurt am Main Ur. v. 04.08.2011 Az. 2-04 O 521/05 Rn. 96 ff. = OpenJur 2011, 94498; *Krack*, NStZ 2002, 120; zur Zulässigkeit der sog. Rettungsfolter siehe eingehend *Saliger*, ZStW 116/2004, 45 ff.; außerdem etwa SK-StPO-*Paeffgen*, Art. 3 Rn. 3; *Benfer/Bialon*, S. 377 Rn. 1402a; *Stockhausen*, Folter im Strafverfahren, S. 145 ff.

¹⁷⁸ BVerfGE 95, 220, 242; insofern abweichend vom Beschluss des BVerfG v. 26.02.1975 – 2 BvR 820/74; zustimmend *von Freier*, ZStW 122/2010, 139 ff.; SK-StPO-*Rogall*, Vor. § 133 ff. Rn. 155; differenziert *Arzt*, JZ 2003, 458; *Meyer-Göfner*, § 136 Rn. 7a; a.A. *Köbel*, S. 315 ff.; *Schuler*, JR 2003, 269; *Eidam*, S. 374; *Weiß*, JZ 1998, 296; vgl. BeckOK-GG-*Hillgruber*, Art. 1 Rn. 6.

¹⁷⁹ BVerfG NJW 1997, 1975, 1976; *Maunz/Dürig-Di Fabio*, GG Art. 2. Rn. 11; StK-GG-*Windthorst*, Art. 2 Rn. 1; *Nothhelfer*, S. 78; für den Wortlaut dieser Vorschrift siehe Anhang: Gesetzestexte.

¹⁸⁰ BVerfG 2 BvR 2500/09 v. 07.12.2011 Rn. 137; *Maunz/Dürig-Herdeggen*, GG Art. 1 Rn. 84; StK-GG-*Windthorst*, Art. 1 Rn. 4.

¹⁸¹ BVerfG NJW 1994, 1577, 1578; BVerfG NJW 1989, 2525; siehe ferner StK-GG-*Windthorst*, Art. 2 Rn. 24.; GG-*Sodan*, Art. 2 Rn. 3; *Maunz/Dürig-Di Fabio*, GG Art. 2 Rn. 12; *Sachs*, Art. 1 Rn. 108; *Mäder*, S. 69; vgl. *Duttge*, JZ 1996, 560.

¹⁸² StK-GG-*Windthorst*, Art. 2 Rn. 68.

Eingriffen schlechthin entzogen, also abwägungsfest sind.¹⁸³ Dagegen gilt der umfassende Schutz der Handlungsfreiheit nur unter dem Vorbehalt der verfassungsmäßigen Rechtsordnung und konkret dem Vorbehalt der im zweiten Halbsatz genannten Schranken.¹⁸⁴ Sie ist dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht subsidiär.¹⁸⁵

Die Rechtsprechung hat die Reichweite dieser beiden Rechte weiter durch Ableitung von Einzelverbürgungen und Fallgruppen konkretisiert.¹⁸⁶ Außerdem gilt Art. 2 Abs. 1 GG als Auffanggrundrecht,¹⁸⁷ auf das zurückgegriffen wird, wenn keine spezielle Grundrechtsnorm einschlägig ist. Dadurch lassen sich „unbenannte Freiheitsrechte“ ableiten.¹⁸⁸

bb) Allgemeine Selbstbestimmung – Schutz vor unzumutbarer Konfliktsituation

In diesem Zusammenhang wird die Selbstbelastungsfreiheit in der Rechtsprechung als eine spezielle Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG angesehen.¹⁸⁹ Nach dem BVerfG stellt die Aussagepflicht einen Eingriff in die Handlungsfreiheit sowie die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts einer Person i.S.v. Art. 2 Abs. 1 GG dar, weil sie dadurch in die „Konfliktsituation“¹⁹⁰ gerät, sich selbst zu bezichtigen, durch Falschaussage ein neues Delikt zu begehen oder Zwangsmitteln ausgesetzt zu werden.¹⁹¹ Von einem Einzelnen dürfe dagegen nur das verlangt werden, was im Rahmen des „allgemeinen Zumutbaren“ liegt, damit „die Eigenständigkeit seiner Person gewahrt bleibt“. Ihm wäre es folglich unzumutbar und zugleich mit seiner Würde unvereinbar, wenn ein Zwang bestünde, durch eigene Aussagen die Voraussetzungen für seine strafgerichtliche Verurteilung oder die Verhängung entsprechender Sanktionen liefern zu müssen.¹⁹²

¹⁸³ BVerfG NJW 1990, 563; BVerfG NJW 1973, 891, 892; siehe außerdem GG-*Sodan*, Art. 2 Rn. 17; *Mäder*, S. 74.

¹⁸⁴ BVerfG BeckRS 2008, 39878; BVerfG NJW 1994, 1577, 1578; BVerfG NJW 1989, 2525; StK-GG-*Windthorst*, Art. 2 Rn. 28; GG-*Sodan*, Art. 2 Rn. 11 ff.

¹⁸⁵ GG-*Sodan*, Art. 2 Rn. 7; vgl. *Nothhelfer*, S. 79.

¹⁸⁶ GG-*Sodan*, Art. 2 Rn. 3 ff.; *Sachs*, Art. 1 Rn. 54 ff.; *Kölbel*, S. 278 ff.

¹⁸⁷ BVerfG NJW 1975, 588; NJW 1984, 419, 421; GG-*Sodan*, Art. 2 Rn. 1; *Maunz/Dürrig-Di Fabio*, GG Art. 2 Rn. 15; *Sachs*, Art. 1 Rn. 10; *Duttge*, JZ 1996, 560.

¹⁸⁸ Vgl. *Sachs*, Art. 1 Rn. 64; *Nothhelfer*, S. 77; *Bährle*, S. 81 f.

¹⁸⁹ So auch *Sachs*, Art. 1 Rn. 71; GG-*Sodan*, Art. 2 Rn. 6; SK-StPO-*Rogall*, Vor. § 133 ff. Rn. 136; *ders.*, S. 137; *ders.*, FS für Kohlmann, S. 468; *Beulke*, S. 78 Rn. 125; *Helgerth*, S. 172 f.; *Weiß*, JZ 1998, 293; *Lagodny*, StV 1996, 170 f.; *ders.*, 20. Strafverteidigertag, S. 120; *Ostendorf*, FS für Roxin, S. 1337; vgl. *Kühl*, JuS 1986, 117; *Bosch*, Aspekte, S. 46; *Mäder*, S. 69; *Bährle*, S. 90; *Wolff*, S. 30 f.; *Hackethal*, S. 120.

¹⁹⁰ BVerfG NJW 1981, 1431; ebenso BGH NStZ-RR 2012, 373; so bereits BVerwG, NJW 1968, 858; *von Gerlach*, S. 1; *Puppe*, GA 1978, 299.

¹⁹¹ BVerfG *Entsch.* v. 13.05.2009 – 2 BvL 19/08.

¹⁹² BVerfG NJW 1981, 1431 = BVerfG 56, 37 ff.; BVerfG NStZ 2002, 379; BVerfG *Entsch.* v. 31.03.2008 – 2 BvR 467/08; BVerfG *Entsch.* v. 13.05.2009 – 2 BvL 19/08;

Der verfassungsrechtlich gebotene Schutz vor einer unzumutbaren Konfliktsituation ist allerdings begrenzt. Die Selbstbelastungsfreiheit bezweckt nicht, jemanden vor Bestrafung zu schützen.¹⁹³ Denn der Verfall der Persönlichkeit stellt nach dem BGH kein verfassungsrechtlich schutzwürdiges Interesse dar.¹⁹⁴ Zur Begehung neuen Unrechts, um der Bestrafung wegen einer bereits begangenen Straftat zu entkommen, berechtigt sie erst recht nicht.¹⁹⁵ Außerdem bezieht sich der Schutz vor der Entstehung einer „inneren Zwangslage“¹⁹⁶ lediglich auf eine strafgerichtliche Verurteilung oder die Verhängung entsprechender Sanktionen.¹⁹⁷ Dementsprechend gewährt die Selbstbelastungsfreiheit dem Beschuldigten keinen Schutz vor einer Aussage- bzw. Mitwirkungspflicht, auch wenn ihm dadurch beachtliche Nachteile – etwa in Gestalt des Widerrufs der Strafaussetzung,¹⁹⁸ der Gefährdung der Erfolgchancen eines Asylgesuches¹⁹⁹ oder materieller Verluste gegenüber privaten Dritten sowie staatlichen Behörden – entstehen würden.²⁰⁰ Darüber hinaus garantiert ihm dieser Grundsatz nur einen Schutz vor dem staatlichen Zwang zur Selbstbelastung. Seine Belastung durch einen Zeugen ist allerdings nach dem BVerfG dem Staat nicht zurechenbar, obschon dem belastenden Zeugnis das Motiv zugrunde liegen kann, dass der Beschuldigte im Strafverfahren gegen den Zeugen diesen seinerseits belastet hatte.²⁰¹

Schließlich bestimmt die Ableitung der Selbstbelastungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG deren Schutzzumfang dahingehend, dass ein Beschuldigter frei von Zwang eigenverantwortlich entscheiden kann, ob und gegebenenfalls inwieweit er im Strafverfahren mitwirken will.²⁰² Die Gewährung einer „autonomen Entscheidung“ setzt voraus, dass er allgemein über seine Aussagefreiheit oder bei

BVerfG BeckRS 2010, 51411; auf die Unzumutbarkeit abstellend auch SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 142; *ders.*, S. 147; *Seebode*, JA 1980, 497; *Günther*, GA 1978, 194; *Nothhelfer*, S. 33; *Mahlstedt*, S. 70; *Puppe*, GA 1978, 299.

¹⁹³ BVerfG *Entsch.* v. 13.05.2009 – 2 BvL 19/08; BVerfG NJW 2005, 353.

¹⁹⁴ BGH NJW 1964, 1139, 1143.

¹⁹⁵ BGH NSTZ-RR 2012, 373; zu den Grenzen der sog. Selbstbegünstigung siehe eingehend *Verrel*, S. 86 ff.; *Köbel*, S. 441 ff.

¹⁹⁶ BVerfG *Entsch.* v. 31.03.2008 – 2 BvR 467/08; bereits *Rogall*, S. 147.

¹⁹⁷ BVerfG BeckRS 2010, 51411; BVerfG NJW 2005, 353; vgl. *Puppe*, GA 1978, 299; *Mäder*, S. 82 und 100; *von Freier*, ZStW 122/2010, 134; *Wolff*, S. 47 ff.; *Köbel*, S. 80 f.; *Eidam*, S. 374; SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 153.

¹⁹⁸ BVerfG NSTZ 1993, 482; hierzu eingehend *Verrel*, S. 59 ff.

¹⁹⁹ BGHSt 36, 328, 332 ff. = BGH NJW 1990, 1426 = StV 1990, 243.

²⁰⁰ BVerfG *Entsch.* v. 13.05.2009 – 2 BvL 19/08; so auch SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 154; *ders.*, S. 165; *Schlauri*, S. 187; vgl. § 138 ZPO; zum Schweigerecht der Prozessparteien bei Selbstbelastungsgefahr BGH NJW 1964, 1469; OLG Düsseldorf *Beschl.* v. 03.05.2006; OLG München NJOZ 2008, 618; LG Karlsruhe BeckRS 2010, 10943; OLG Nürnberg NJW-RR 2005, 446, 467; ausdifferenzierend LAG Hamm BeckRS 2013, 69504; OLG Zweibrücken BeckRS 2009, 10754.

²⁰¹ BVerfG *Beschl.* v. 30.04.2003 – 2 BvR 281/03.

²⁰² BVerfG NJW 2013, 1058, 1061; zu Literaturmeinungen hierzu siehe unten Kap. 3, II.B.3.c)cc).

einer Verständigung über die Tragweite der gerichtlichen Absprache in Kenntnis gesetzt wird.²⁰³ Unklar bleibt allerdings in der Rechtsprechung des BVerfG, ob die Eigenverantwortlichkeit stets eine willentliche und bewusste Selbstbelastung erfordert. In einer vorausgegangenen Entscheidung brachte das BVerfG offen zum Ausdruck, dass die Entscheidungsfreiheit bei einer Wohnraumüberwachung nicht die Kenntnis voraussetzt, dass dem Beschuldigten bei der Kundgabe einer selbstbelastenden Äußerung der Adressat seiner Aussage bewusst sein muss.²⁰⁴ Die Bedeutung einer bewussten Selbstbelastung als Erfordernis der Eigenverantwortlichkeit zeigt sich insbesondere bei der Frage der Zulässigkeit einer verdeckten Befragung des Beschuldigten sehr anschaulich. Der BGH sieht in der Belehrung des Beschuldigten nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO lediglich die Funktion, der inhärenten Zwangswirkung einer offenen Beschuldigtenvernehmung entgegenzuwirken.²⁰⁵ Die Verfassungsmäßigkeit dieser Rechtsprechung hatte das BVerfG in einer alten Entscheidung bestätigt.²⁰⁶

cc) Informationelle Selbstbestimmung

Im Volkszählungsurteil hat das BVerfG aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ein Recht auf informationelle Selbstbestimmung abgeleitet,²⁰⁷ wonach der Einzelne u.a. auch dazu befugt ist, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden, die ihn strafrechtlich belasten könnten.²⁰⁸ Ob sich die Selbstbelastungsfreiheit auch hieraus verfassungsrechtlich begründen lässt, ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung unklar.

Der BGH lehnt eine Ableitung und/oder Verbindung zwischen der Selbstbelastungsfreiheit und dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung zumindest im

²⁰³ BVerfG NJW 2013, 1058, 1061–1071; auf die Autonomie des Beschuldigten abstellend auch *Rüping*, JR 1974, 137; *Rogall*, S. 59.

²⁰⁴ BVerfG NJW 2004, 999, 1005; vgl. BVerfG NJW 1973, 892 f.

²⁰⁵ BGHSt 42, 139, 153; ebenso *Rogall*, S. 180 f.; *Wolter*, GA 1988, 132; *Quentin*, JuS 1999, 139 f.; kritisch *Köbel*, S. 51; *Meurer*, FS für Roxin, S. 1282; *Weßlau*, ZStW 110/1998, 14.

²⁰⁶ BVerfG Beschl. v. 27.04.2000 – 2 BvR 1990/96 = NJW 2000, 3557, vgl. BVerfGE NJW 2004, 999, 1005.

²⁰⁷ BVerfG NJW 1984, 419, 421 ff.; NJW 1990, 563; NJW 1992, 1379; siehe ferner Maunz/Dürig-Di Fabio, GG Art. 2. Rn. 166; *Sachs*, Art. 2 Rn. 72; *Mäder*, S. 74; *Bährle*, S. 82; *Mahlstedt*, S. 86.

²⁰⁸ BVerfG NJW 1997, 2307, 2308; zur Ableitung der Selbstbelastungsfreiheit aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung im Schrifttum Maunz/Dürig-Di Fabio, GG Art. 2 Rn. 187; *Nothhelfer*, S. 82 f.; *Bährle*, S. 82; *Mahlstedt*, S. 101 ff.; *Köbel*, S. 281 ff.; *Meurer*, FS für Roxin, S. 1292; *Renzikowski*, JZ 1997, 714; *Hamm*, StV 2001, 82; *Riepl*, S. 122; vgl. *Ransiek*, S. 52; *Popp*, NSTZ 1998, 96; *Eschelbach*, StV 2000, 393.

Hinblick auf verdeckte Ermittlungen entschieden ab. Nach dem BGH liegt beim verdeckten Mithören eines Telefonats, das zwischen im Auftrag der Polizei handelnden Privatpersonen und Beschuldigten stattfindet, durch einen Polizeibeamten kein Eingriff in den Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung vor, weil der Betroffene davon auszugehen hat, dass sein Telefonat von Dritten abgehört werden kann. Daher treffe die „im Schrifttum vielfach anzutreffende programmatische Wortwahl „Informationseingriff“ nicht zu.²⁰⁹ Diese Auffassung teilt das BVerfG zumindest in Bezug auf die verdeckte Ausforschung eines Zeugnissverweigerungsberechtigten nicht. Im *Sedlmayr*-Fall merkte es obiter dictum an, dass sich „das den Ermittlungsbehörden im Rahmen des erteilten Auftrags zuzurechnende Vorgehen der Vertrauensleute nicht nur als eine rein passive Informationserlangung ohne Eingriffscharakter darstellt, sondern spätestens mit der Nachfrage bei der Zeugin nach ihrer spontanen Äußerung als eine heimliche Befragung einer Aussageperson durch V-Personen und damit als eine Maßnahme, die jedenfalls ohne spezielle gesetzliche Ermächtigungsgrundlage nicht zulässig war“.²¹⁰

c) Selbstbelastungsfreiheit als Ausprägung von Fairness

Nach dem BVerfG ist die verfassungsrechtliche Ableitung der Selbstbelastungsfreiheit schließlich dadurch zu „ergänzen“, dass sie auf den verfassungsrechtlichen Anspruch des Beschuldigten auf ein faires Verfahren gemäß Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG zurückzuführen ist.²¹¹ Die Selbstbelastungsfreiheit ist dementsprechend eine weitere Ausprägung des Fairnessgebots, die dem Beschuldigten die Möglichkeit gibt, auf den Gang und Ergebnis des Verfahrens Einfluss zu nehmen und sich dabei nicht zum bloßen Objekt des Verfahrens degradieren zu lassen.²¹² Die Verfahrensfairness beinhaltet nach dem BVerfG die Forderung, dass der Beschuldigte „autonom darüber entscheiden kann, ob er den Schutz der Selbstbelastungsfreiheit aufgibt“.²¹³

Die gesetzliche Konkretisierung der Selbstbelastungsfreiheit als Ausprägung der Fairness stellt nach der Rechtsprechung erstens die Aussage- und Entschließungsfreiheit des Beschuldigten gem. §§ 136 Abs. 1 Satz 2 und 136a, StPO dar.²¹⁴ Zwei-

²⁰⁹ BGHSt 42, 139, 154; hierzu siehe *Eschelbach*, StV 2000, 393; *Sternberg-Lieben*, Jura 1995, 303; *Mahlstedt*, S. 90; *Meurer*, FS für Roxin, S. 1291; *Renzikowski*, JZ 1997, 715; *Kudlich*, JuS 1997, 700.

²¹⁰ BVerfG NStZ 2000, 489, 490 mit Anm. von *Rogall*; hierzu siehe auch *Mahlstedt*, S. 97; *Meurer*, FS für Roxin, S. 1292 f.; vgl. *KMR-Bockemühl*, § 110a Rn. 3.

²¹¹ BVerfG NStZ 1995, 555; so auch BGHSt 25, 325, 330; BGHSt 52, 11, 17; zustimmend *Ransiek*, S. 7; *von Freier*, ZStW 122/2010, 138; *Roxin* NStZ 1997, 20; *Hamm*, StV 2001, 81; a.A. *Rogall*, S. 137 ff.; vgl. *Bosch*, Aspekte, S. 81 ff.

²¹² BVerfG NStZ 1995, 555; *Steiner*, S. 42; *Wolff*, S. 33.

²¹³ BVerfG NJW 2013, 1058, 1069.

²¹⁴ Vgl. BVerfGE NJW 2004, 1005; BGH NStZ 2000, 495; BGHSt 53, 294, 305.

tens lassen sich die Belehrungsvorschriften in den letztgenannten Vorschriften über die Aussagefreiheit des Beschuldigten sowie über Verständigung gem. § 257c Abs. 5 StPO ebenfalls mit den Fairnessgedanken begründen.²¹⁵ Drittens darf das Gericht die Ausübung des Schweigerechts nicht nachteilig verwerten. Denn diese wäre anderenfalls „illusorisch“.²¹⁶ Viertens sieht das Bundesverfassungsgericht im Fairnessgebot unmittelbar ein Täuschungsverbot begründet,²¹⁷ das jedoch insbesondere hinsichtlich verdeckter Ermittlungsmethoden mit den ebenfalls verfassungsrechtlich anerkannten Interessen der Strafverfolgung in Konflikt gerät. Die Heimlichkeit dieser Methoden als solche verstößt nach höchstrichterlicher Rechtsprechung jedenfalls nicht gegen das verfassungsrechtliche Recht auf ein faires Verfahren.²¹⁸ Auch eine akustische Überwachungsmaßnahme an sich sei mit der Selbstbelastungsfreiheit vereinbar, weil sie keinen Einfluss auf die Freiwilligkeit einer selbstbelastenden Aussage des betroffenen Beschuldigten nehme. Sie schöpfe lediglich ab, was dieser aus freien Stücken aussagt.²¹⁹

Nach dem Bundesgerichtshof sind darüber hinaus die systematischen Grenzen des Rechts auf ein faires Verfahren zu berücksichtigen, die sich aus der Ermächtigungsgrundlage zum Einsatz Verdeckter Ermittler nach §§ 110 ff. StPO ergeben.²²⁰ Das verfassungsrechtlich geltende Täuschungsverbot als Ausprägung eines fairen Verfahrens kann jedoch dem verdeckten Vorgehen der Ermittlungsbehörden Grenzen ziehen, die über das Verbot der Täuschung sowie des unzulässigen Zwangs i.S.v. § 136a StPO hinausgehen und die einfachgesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen beschränken.²²¹ Nach dem Bundesgerichtshof stellt sich in jedem Fall die Frage, ob die Umstände des Einzelfalls zu dem Rückschluss berechtigen, dass das Vorgehen der Ermittlungsbehörden „als unfaire Vernachlässigung der zu achtenden Selbstbelastungsfreiheit“ anzusehen ist.²²²

²¹⁵ BVerfG NJW 2013, 1058, 1071; BGH NJW 1992, 1465; hierzu siehe auch *Kraft*, S. 295; *Ransiek*, S. 56; *Kiehl*, NJW 1993, 503.

²¹⁶ BVerfG NStZ 1995, 555; zu den Grenzen der nachteiligen Verwertbarkeit des Schweigens des Beschuldigten siehe außerdem BVerfG NJW 2005, 1641 f.; hierzu siehe ferner *Rzepka*, S. 182; *Bosch*, Aspekte, S. 81.

²¹⁷ So auch bereits *Lindner*, S. 61.

²¹⁸ BVerfG NJW 2004, 999, 1005; ebenso BGHSt 39, 335, 346.

²¹⁹ BGHSt 53, 294, 306; vgl. BVerfG NJW 1973, 892 f.

²²⁰ BGHSt 53, 294, 306; für den Wortlaut dieser Vorschrift siehe Anhang: Gesetzestexte.

²²¹ BGHSt 53, 294, 310; ebenso *Brunhöber*, ZIS 12/2010, 770.

²²² BGHSt 55, 138, 145.

d) Absoluter Kern der Selbstbelastungsfreiheit

aa) Begrenzung durch das Strafverfahren

Das Gebot der Achtung der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG ist absolut bzw. abwägungsfest.²²³ Somit ist es auch hinsichtlich der Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren verbürgt,²²⁴ in dem als kollidierendes Verfassungsgut die Wahrheitserforschung in Betracht kommt.²²⁵ Im Strafverfahren stehen der Beschuldigte und unter Umständen auch die Zeugen wegen der „strafrechtlichen Auswirkungen“ einer Selbstbelastung mit einer erhöhten Wahrscheinlichkeit unter der Drohung eines „schwerwiegenden Eingriffs“.²²⁶ Ähnlich schwerwiegende Sanktionen in dienst- und berufsrechtlichen Disziplinarverfahren können die absolute Anwendbarkeit auch in solchen Fällen begründen (Strafverfahren i.w.S.),²²⁷ wobei die Einzelheiten einer solchen Anwendbarkeit nicht vollständig abgeklärt und teilweise umstritten sind.²²⁸

Eine eingeschränkte Geltung hat die Selbstbelastungsfreiheit dagegen in anderen Rechtsbereichen.²²⁹ So ist die Strafbarkeit der Verkehrsunfallflucht gem. § 142

²²³ BVerfG NJW 2004, 999, 1002; GG-*Sodan*, Art. 1 Rn. 27; Maunz/Dürig-*Herdegen*, GG Art. 1 Rn. 73; BeckOK-GG-*Hillgruber*, Art. 1 Rn. 10; *Sachs*, Art. 1 Rn. 11; *Antoni*, Hömig-GG, Art. 1 Rn. 2; a.A. *Mahlstedt*, S. 115.

²²⁴ BGHSt 52, 11, 17; *Zerbes*, S. 75; *Meyer-Mews*, JR 2003, 364; *von Armin*, GS für Blumenwitz, S. 280; *Dierlamm*, FS für Krey, S. 31 und 34; vgl. *Sowada*, FS für Geppert, S. 700; kritisch gegenüber der absoluten Geltung *Mahlstedt*, S. 112 ff.; *Helgerth*, S. 169; vgl. *Bosch*, Aspekte, S. 60 ff.; *Lagodny*, StV 1996, 171; *Salditt*, FS für Hamm, S. 603 f.

²²⁵ BVerfG NJW 1981, 1431, 1432; OLG Zweibrücken BeckRS 2009, 10754; vgl. *Fischer*, S. 94; *Nothhelfer*, S. 90 f.; *Kraft*, S. 144; *Bährle*, S. 85; *Mahlstedt*, S. 63 f.; *Hackethal*, S. 120; *Eidam*, S. 368; *Lammer*, S. 156; *Wolff*, S. 468; *Gericke*, StV 2003, 306; für die Einschränkung der Geltung der Selbstbelastungsfreiheit im Ordnungswidrigkeitenrecht *Stürner*, NJW 1981, 1759; dies ablehnend SK-StPO-*Rogall*, Vor. § 133 ff. Rn. 133; *Seebode*, JA 1980, 497; *Bosch*, Aspekte, S. 19; *Rau*, S. 35.

²²⁶ BVerfG NJW 1981, 1431; BVerfG *Entsch. v. 13.05.2009 – 2 BvL 19/08*; vgl. *Fischer*, S. 94; *Rogall*, S. 149 ff.; *Verrel*, S. 143; *Kraft*, S. 146; *Mäder*, S. 99; *Kölbel*, S. 27; *Sautter*, AcP 1962, 246.

²²⁷ BVerfG *Entsch. v. 13.05.2009 – 2 BvL 19/08*; *Pollähne*, StV 2007, 91.

²²⁸ Vgl. OLG Frankfurt NStZ-RR 2009, 295; OLG Hamburg BeckRS 2008, 07963; OLG Oldenburg StV 2007, 88; LG Hamburg BeckRS 2008, 11565; *Gericke*, StV 2003, 305 ff.; *Pollähne*, StV 2007, 88 ff.

²²⁹ BVerfG NJW 1981, 1431; BGH NJW 1964, 1469, 1471; vgl. *Bährle*, S. 82; *Mahlstedt*, S. 102; *Kölbel*, S. 314; *Wefblau*, ZStW 110/1998, 35; SK-StPO-*Rogall*, Vor. § 133 ff. Rn. 130; *Gericke*, StV 2003, 306; *Mäder*, S. 93; zur Überschneidung des Steuerrechts und Strafverfahrensrechts siehe etwa BVerfG 2 BvL 13/07 v. 27.04.2010; BVerfG NJW 2005, 352 ff.; BGH NStZ-RR 2012, 372; *Bährlein/Panaris/Rehmsmeier*, NJW 2002, 1825 ff.; *Aselmann*, NStZ 2003, 71 ff.; *Joecks*, FS für Kohlmann, S. 451 ff.; *Rogall*, NStZ 2006, 41 ff.; *ders.*, FS für Kohlmann, S. 451 ff.; *Hellmann*, FS für Seebode, S. 143 ff.; zur Selbstbelastung im Rahmen der ZPO, BGH NJW 1964, 1469 ff.; BGHSt 37, 340; OLG München NJOZ 2008, 617 f.; *Sautter*, AcP 1962, 240 ff.; *Fritz*, CCZ 2011, 159; zur außerstrafrechtlichen Geltung der Selbstbelastungsfreiheit siehe eingehend *Kölbel*, S. 69 ff.;

nach der gefestigten Rechtsprechung verfassungskonform, auch wenn sich die betreffende Person durch ihr Nichtentfernen bzw. Verweilen am Unfallort der Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung aussetzt.²³⁰ Denn dieser Vorschrift soll nicht das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung des Unfallverursachers, sondern die Wahrung der zwischen Unfallbeteiligten entstehenden privaten Rechtsbeziehungen vorausgehen.²³¹ Dementsprechend soll das Verbot der Unfallflucht ebenfalls nicht gegen die Unantastbarkeit der Menschenwürde verstoßen. Im Übrigen würde „der Staatsbürger nicht entwürdigt, wenn die Rechtsordnung von ihm verlangt, dass er für die Folgen seines menschlichen Versagens einsteht und die Aufklärung der Unfallursachen wenigstens nicht durch die Flucht erschwert oder gar vereitelt“.²³²

Schließlich ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass die Selbstbelastungsfreiheit in einem außerstrafrechtlichen Zusammenhang unter Umständen durch die Annahme eines späteren Verwertungsverbots im Strafverfahren zu schützen ist.²³³

bb) Immanente Grenzen

Die verfassungsrechtlich begründete Absolutheit der Selbstbelastungsfreiheit aufgrund ihres Würdegehaltes darf allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass sie immanente Grenzen hat und nicht jede Zwangsausübung zur Selbstbelastung den Beschuldigten zum bloßen Objekt des Verfahrens macht.²³⁴ Einem solch diffe-

Eidam, S. 163 ff.; *ders.*, wistra 2006, 11 ff.; *Mäder*, S. 122 ff.; *Wolff*, S. 99 ff.; LK-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 906 ff.; *Schäfer*, FS für Dünnebieber, S. 12 ff.; *Streck*, StV 1981, 362; *Reiß*, NJW 1982, 2540, *ders.*, Besteuerungsverfahren S. 181 ff.; *Dingeldey* NStZ 1984, 529; *Verrel*, Teil 1, NStZ 1997, 362; *Schaefer*, NJW-Spezial 2010, S. 120 ff.; zur Frage der Bindung von Privatpersonen an die Selbstbelastungsfreiheit im Zusammenhang der sog. SEC-Ermittlungen im Fall Siemens siehe etwa *Jahn*, StV 2009, 41 ff.; *Wastl/Liutzka/Pusch*, NStZ 2009, 68 ff.

²³⁰ BVerfG NJW 1963, 1195; BGH NJW 1964, 1469, 1471; vgl. *Geppert*, Blutalkohol 1991, 32 f.

²³¹ BVerfG NJW 1963, 1195; a.A. *Roxin*, Isr. L. Rev. 31/1997, 84.

²³² BVerfG NJW 1963, 1195; so auch im Ergebnis BGHSt 11, 353; vgl. OLG Nürnberg BeckRS 2007, 17223; zustimmend *Strack*, in: Mangoldt/Klein/Strack, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 55; *Lammer*, S. 157; StK-StPO-*Joecks*, Einl. Rn. 84; a.A. Maunz/Dürig-*Herdegen*, GG Art. 1 Rn. 86; *Rogall*, S. 163 f.; vgl. Maunz/Dürig-*Di Fabio*, GG Art. 2 Rn. 187 Fn. 3; *Sautter*, AcP 1962, 249 f.; *Seebode*, JA 1980, 498; *Mahlstedt*, S. 71; *Geppert*, Blutalkohol 1991, 36 ff.; *Bosch*, Aspekte, S. 39; zum Meinungsstand im Schrifttum siehe außerdem *Verrel*, S. 93 ff.

²³³ So etwa für den Gläubiger im Konkursverfahren BVerfG NJW 1981, 1431, 1432; siehe auch BVerfG Entsch. v. 13.05.2009 – 2 BvL 19/08; zur Verfassungsmäßigkeit der gesetzgeberischen Abwägung in der Abgabeordnung BVerfG 2 BvL 13/07 v. 27.04.2010; BVerfG Entsch. v. 13.05.2009 – 2 BvL 19/08; dagegen die Verfassungsmäßigkeit der Fahrtenbuchpflicht des Kfz-Halters BVerfG NJW 1982, 568; siehe auch BVerfG NJW 1990, 1349, 1352; BVerwG NJW 1981, 1852; BVerfG NJW 1989, 2679; a.A. SK-StPO-*Rogall*, Vor. § 133 ff. Rn. 139.

²³⁴ BGH NJW 1964, 1469, 1471; siehe auch *Rau*, S. 59 Fn. 86; *Roxin*, FS für Waltoś, S. 243, *Rogall*, S. 158; *Kraft*, S. 176; *Mahlstedt*, S. 117; *Köbel*, S. 285 f.; *Wolff*, S. 41.

renzierenden Ansatz der Rechtsprechung liegt eine sogenannte Mitwirkungslehre zugrunde, wonach der Beschuldigte gegen seinen Willen nicht gezwungen werden darf, an seiner Überführung aktiv mitzuwirken. Solange er jedoch bei seiner Passivität als Beweismittel in Anspruch genommen werden kann, darf gegen ihn Zwang angewendet werden, wenn er seiner Duldungspflicht nicht nachkommt, also der Beweiserhebung Widerstand leistet.²³⁵ So stellt etwa die zwangsweise Veränderung der Haar- und Bartracht eines Beschuldigten zum Zweck seiner Gegenüberstellung mit Zeugen nach dem BVerfG keinen Verstoß gegen die Menschenwürde dar. Er würde dadurch nicht zum „bloßen Schauobjekt“ erniedrigt. Der Beschuldigte müsse eine solche Behandlung „im Interesse überwiegender Belange des Gemeinwohls hinnehmen“. Eine aktive Mitwirkung liege ebenfalls nicht vor.²³⁶ Ähnlich sieht das KG in der Brechmittelgabe keinen Verstoß gegen die Würde des Beschuldigten, weil dadurch keine Verachtung seines Wertes zum Ausdruck komme, der ihm kraft seines Personseins zukomme. Die Behandlung des Beschuldigten bei der Brechmittelgabe als Objekt habe ein legitimes Ziel, das bei der Reichweite der Objektformel zu berücksichtigen sei.²³⁷ Zu demselben Ergebnis gelangt das BVerfG mit der Anmerkung, dass die Sicherstellung der im Magen des Beschuldigten befindlichen Drogenpäckchen einschließlich des Verhältnismäßigkeitsprinzips „keinen verfassungsrechtlichen Bedenken“ begegne.²³⁸

Der Grund für einen ausdifferenzierten Ansatz bei der Erzwingung einer Duldungspflicht liegt nach dem Bundesverfassungsgericht darin, dass „die personale Freiheit der Willensentschließung“ hierdurch „jedenfalls weniger als Nötigung“ berührt wird, als dass er „durch eigene Äußerungen strafbare Handlungen offenbaren“ müsste.²³⁹ Die unmittelbare Zwangsanwendung sei nach dem Bundesgerichtshof außerdem deswegen geboten, weil sonst „die Verwirklichung des staatlichen Strafverfolgungsanspruches in seinem Belieben stünde“. Im Übrigen sei er im Fall

²³⁵ Hierzu ausführlich siehe unten Kap. 3, II.B.5.

²³⁶ BVerfGE 47, 239; so auch im Ergebnis BGH JR 1979, 347, 348; NJW 1979, 1669; siehe hierzu auch BK-Zippelius, Art. 1 Abs. 1 u. 2 Rn. 93; BeckOK-GG-Hillgruber, Art. 1 Rn. 40; Sachs, Art. 1 Rn. 42; Bosch, Aspekte, S. 40; Quentmeier, JA 1996, 217; Roxin, Isr. L. Rev. 31/1997, 83 ff.

²³⁷ KG StV 2002, 124; so auch OLG Bremen, NStZ-RR 2000, 270; hierzu siehe außerdem Theismann, S. 25 ff.; a.A. OLG Frankfurt, NJW 1997, 1647 ff. = StV 1996, 651 ff.; hierzu siehe Verrel, S. 220 f.; Benfer, JR 1998 53 ff.; Binder/Seemann, NStZ 2002, 234 ff.; Grüner, JuS 1999, 122 ff.

²³⁸ BVerfG Beschl. v. 15.09.1999 – 2 BvR 2360/95 = NStZ 2000, 96 = NStZ 2000, 381 mit Anm. Rixen; zustimmend Herbst, S. 148; Schaefer, StV 2004, 212; kritisch Eidam, S. 127; Dallmeyer, KritV 2000, 252 ff.

²³⁹ BVerfG NJW 1981, 1431; kritisch hiergegen Weßlau, ZStW 110/1998 28 f.; vgl. Maunz/Dürig-Herdeggen, GG Art. 1 Rn. 72; Mäder, S. 101; Grüner, JuS 1999, 123; Bausch, S. 170.

seiner Passivität auch nach dem Willen der StPO Objekt des Verfahrens,²⁴⁰ was in mehreren Vorschriften der Strafprozessordnung zum Ausdruck komme.²⁴¹

Immanente Grenzen hat die Selbstbelastungsfreiheit auch hinsichtlich der Beweisfunktion eines Beschuldigten als Aussageperson. Der absolut geschützte Achtungsanspruch eines Einzelnen gemäß Art. 1 Abs. 1 GG würde nach dem BVerfG durch die Heimlichkeit eines staatlichen, gegen ihn zur Erlangung seiner selbstbelastenden Äußerungen gerichteten Vorgehens an sich nicht tangiert. Ist er Objekt eines solchen Vorgehens, so gehe nämlich nicht zwingend eine Missachtung seines Wertes als Mensch einher.²⁴² Ein gewisses „Spannungsfeld“ zwischen den Bedürfnissen einer verfassungsrechtlich gebotenen wirksamen Strafrechtspflege und „der menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde“ ist nach dem BVerfG dennoch gegeben, woraus sich die im Einzelfall zu bestimmenden Grenzen verdeckter Ermittlungstätigkeiten ergeben.²⁴³

e) Ergebnisse

Die oben dargelegte Spruchpraxis zeigt, dass die Rechtsprechung bei der verfassungsrechtlichen Ableitung des Nemo-tenetur-Grundsatzes einen „dreifachen“ Weg geht, der freiheits- sowie prozessrechtliche Kompetenzen aufweist. Seine Folgen sind für die Konkretisierung des Schutzzumfangs der Selbstbelastungsfreiheit nicht unerheblich. Zum einen liefert dieser Ansatz keine einheitlichen Maßstäbe für die Bestimmung des Schutzzinhalts. Denn erwähnt wird in der Rechtsprechung eine Mehrzahl von Anknüpfungspunkten, deren Bedeutung sowie Verhältnis zueinander unklar sind: Schutz der freien Willensentschließung vor Zwang, Instrumentalisierungsverbot, Eigenverantwortlichkeit bzw. persönliche Autonomie, Informationseingriff sowie die Fairness des Verfahrens. Diese Rechtslage führt dazu, dass in der Literatur bei der Bestimmung des Schutzzumfangs der Selbstbelastungsfreiheit einem oder einigen dieser Aspekte verhältnismäßig mehr Gewicht beigelegt wird und andere Aspekte keine Erwähnung finden, am Rande berücksichtigt oder gar als nicht einschlägig betrachtet werden.

Zum anderen stellt sich die dreifache Begründung problematisch dar, wenn es um die Frage der Beschränkbarkeit der Selbstbelastungsfreiheit geht. Zwar hat man in der Rechtsprechung sowie in der Literatur eine überwiegende Einigkeit erreicht, dass ihre außerstrafrechtliche Geltung einschränkbar ist. Im Strafverfahren selbst sorgt diese Frage allerdings immer noch für Spannungen. Diese Debatte erweist sich teilweise als unerheblich, wenn man vor Augen führt, dass die Ableitung der

²⁴⁰ BGH NJW 1979, 1669; vgl. *Eisenhardt*, S. 46; *Reiß*, S. 179; *Fischer*, S. 17.

²⁴¹ Zur Mitwirkungslehre der StPO eingehend siehe unten Kap. 3, II.B.5.

²⁴² BVerfG NJW 2004, 999, 1002; *Sachs*, Art. 1 Rn. 43; vgl. *KMR-Bockemühl*, § 110a Rn. 2.

²⁴³ BVerfG NJW 1985, 1767.

Selbstbelastungsfreiheit aus dem Art. 1 Abs. 1 oder dem Art. 2 Abs. 1 GG belanglos sein kann; denn der tatsächliche Schutzzumfang kann im Ergebnis sowohl auf der Tatbestandsebene bei Art. 1 Abs. 1 als auch bei der Abwägung des Art. 2 Abs. 1 GG in gleichem Maße bestimmt werden.²⁴⁴ Im Übrigen zeichnet sich in der Rechtsprechung spätestens mit der Etablierung eines Täuschungsverbots als Ausprägung des Rechts auf ein faires Verfahren ein zweispuriges Beschränkungskonzept ab, das bei derartigen Eingriffen in die Selbstbelastungsfreiheit auch Strafverfolgungsinteressen berücksichtigt.²⁴⁵

Im Folgenden wird ausschließlich auf die Literaturmeinungen bezüglich der Herleitung und Reichweite der Selbstbelastungsfreiheit im Schrifttum eingegangen. Der extrem breite Umfang der Literaturansichten muss um der Klarheit willen im nächsten Abschnitt separat behandeln werden. Es ist beabsichtigt, dabei das geltende Recht von einer Regelung *de lege ferenda* deutlich zu unterscheiden, was bei den derzeitigen Abhandlungen zur Selbstbelastungsfreiheit im Schrifttum nicht immer der Fall ist.

3. Verfassungsrechtliche Ableitung in der Literatur

Abgesehen von einem kleinen Teil der Literatur stimmt die überwiegende Mehrheit dem Verfassungsrang der Selbstbelastungsfreiheit zu. Umstritten ist jedoch ihre verfassungsrechtliche Ableitung, also die Frage der einschlägigen Verfassungsnorm.²⁴⁶ In Betracht gezogen werden hierbei grundsätzlich folgende Verfassungsprinzipien und Grundrechte: Rechtsstaatlichkeit und/oder als deren Ausprägung das Recht auf ein faires Verfahren, die Unschuldsvermutung, das Gebot auf rechtliches Gehör, der Grundsatz des Anklageprozesses, das Schuldprinzip, die Menschenwürde, das allgemeine Persönlichkeitsrecht, das Recht auf körperliche Fortbewegungsfreiheit und das Recht auf Gewissensfreiheit.²⁴⁷

Im Folgenden werden aus Platzgründen nur die verbreiteten Literaturmeinungen kurz skizziert. Dabei werden die Grundlinien der jeweiligen Begründungsansätze erörtert, mit denen die Autoren ihre Kritik zum Ausdruck bringen und im Ergebnis für einen anderen Schutzzumfang der Selbstbelastungsfreiheit plädieren. Insofern

²⁴⁴ Wolff, S. 40 ff.

²⁴⁵ So auch in der Literatur. Dazu siehe unten Kap. 3, II.B.3.d).

²⁴⁶ Ransiek, S. 47; Köbel, S. 22.

²⁴⁷ Zu sehr unterschiedlich aufgestellten Kombinationen siehe; Rogall, S. 124 ff.; Fischer, S. 95 ff.; Nothhelfer, S. 11; Kraft, S. 143; Rau, S. 37 ff.; Wolff, S. 28; Salger, S. 10 ff.; LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 886; Reiß, S. 140; Seebode, JA 1980, 496; Günther, GA 1978, 195 ff.; Quentmeier, JA 1996, 216; Weßlau, ZStW 110/1998, 1 Fn. 2; Bruns, FS für Schmidt-Leichner, S. 8; Bährle, S. 76; kritisch Lorenz, StV 1996, 173; Aselmann, S. 39; Verrel, S. 5; ders., NSTZ 1997, 365; zu einer überschaubaren Zusammenfassung der verfassungsrechtlichen Ableitung der Selbstbelastungsfreiheit im Schrifttum siehe etwa Möller, JR 2005, 314 ff.; Schlauri, S. 78 ff.; Mäder, S. 75.

beanspruchen diese Ausführungen keine vollständige Darlegung, sondern stellen lediglich eine Zusammenfassung dar.

Angeführt werden in der Literatur zur Begründung der Selbstbelastungsfreiheit zum einen freiheitsrechtliche Argumente, nämlich a) die Degradierung des Beschuldigten zu einem Verfahrensobjekt, wenn Zwang auf ihn ausgeübt wird, b) seine Instrumentalisierung im Strafverfahren oder c) die Tangierung seines Persönlichkeitsschutzes unter verschiedenen Aspekten. Als prozessrechtliche Begründungsnormen lassen sich zum anderen d) das Recht auf ein faires Verfahren sowie e) die Unschuldsvermutung feststellen. In der Literatur vertritt eine Mindermeinung den Standpunkt, dass f) der Selbstbelastungsfreiheit kein verfassungsrechtlich geschützter Wert beizumessen ist. Kritik erfährt die verfassungsrechtliche Ableitung dieses Grundrechtes schließlich g) von einem Teil der Literatur, die einen induktiven Ansatz befürwortet, hinsichtlich der Methodik.

a) Das Argument der Degradierung zum Verfahrensobjekt

Die Ableitung und Konturierung der Selbstbelastungsfreiheit durch Art. 1 Abs. 1 GG findet in der Literatur nicht immer eine kritik- bzw. bedingungslose Zustimmung.²⁴⁸ Eine kategorische Ablehnung erfährt der angeführte Würdegehalt der Selbstbelastungsfreiheit mit der Begründung, dass die Würdegarantie in Art. 1 Abs. 1 GG keine abwehrrechtliche Gewährleistung entfalte, welche aber das Spezifikum der Selbstbelastungsfreiheit sei. Sie nehme lediglich objektiv als oberster Verfassungswert in Gestalt eines Interpretationsmaßstabes an der Konkretisierung einzelner Grundrechte der Verfassung teil.²⁴⁹ Will man dennoch Art. 1 Abs. 1 GG den Charakter eines subjektiven Grundrechts zuweisen, so wird die Unbrauchbarkeit der sogenannten Objektformel für die Auslegung des Art. 1 Abs. 1 GG unterstrichen, was auch für die Selbstbelastungsfreiheit gelte.²⁵⁰

In diesem Zusammenhang wird auch die verbreitete Auffassung in der Rechtsprechung und Literatur beanstandet, dass der Beschuldigte entsprechend der Mitwirkungslehre verfassungs- sowie einfachgesetzlich doch zulässigerweise einer Zwangsanwendung ausgesetzt und dabei augenfällig als Objekt behandelt werden darf.²⁵¹

²⁴⁸ *Renzikowski*, JZ 1997, 714; *Aselmann*, S. 39; *Köbel*, S. 284 f.; m.w.N. *Verrel*, S. 227 Fn. 1326; *Rau*, S. 46 Fn. 70.

²⁴⁹ Stellvertretend *Köbel*, S. 286 f.; *Helgerth*, S. 170; *Salger*, S. 12 f.

²⁵⁰ Vgl. *Rogall*, S. 141; *Fischer*, S. 97; *Lindner*, S. 40 ff.; *Bosch*, Aspekte, S. 38; *Mahlstedt*, S. 76; *Hackethal*, S. 129 ff.; *Wolfslast*, NSZ 1987, 104; *Verrel*, NSZ 1997, 417; *Günther*, GA 1978, 196 f.; *Dallmeyer*, KritV 2000, 264; *Nothhelfer*, S. 77; *Ransiek*, S. 48; zur Kritik der Objektformel im Allgemeinen siehe GG-*Sodan*, Art. 1 Rn. 11; StKG-*Windthorst*, Art. 1 Rn. 23; *Sachs*, Art. 1 Rn. 15.

²⁵¹ Vgl. *Fischer*, S. 97; *Bosch*, Aspekte, S. 39 ff.; *Neumann*, FS für Wolff, S. 384; *Günther*, GA 1978, 196 f.; *Lesch*, JA 1995, 157; *Wolfslast*, NSZ 1987, 104; *Köbel*, S. 285; *Renzikowski*, JZ 1997, 714; *Verrel*, S. 227 ff.; *ders.*, NSZ 1997, 417; *Salger*, S. 13;

Denn dieser differenzierte Ansatz vermöge nicht zu überzeugen, warum bei der Erzwungung des Beschuldigten zu einem aktiven Mitwirken gegen seine Würde verstoßen wird, bei der Erzwungung seiner hiernach bestehenden Duldungspflicht dagegen nicht, obwohl er auch hier zum unfreiwilligen Werkzeug seiner eigenen Überführung reduziert wird und teilweise massive körperliche Eingriffe hinnehmen muss.²⁵²

Während diese Bedenken in einem Teil der Literatur dazu führen, für einen differenzierenden und bedachten Umfang mit der Konkretisierung der Selbstbelastungsfreiheit durch den Aspekt der Menschenwürde²⁵³ sowie eine „Ergänzung durch weitere speziellere Verfassungsnormen und Verfassungsgrundsätze“²⁵⁴ zu plädieren, verlangt ein anderer Teil der Literatur den vollständigen Verzicht auf Art. 1 Abs. 1 GG.²⁵⁵

Nach einer differenzierenden Ansicht in der Literatur lässt sich die Anwendung von Zwang auf den Beschuldigten entsprechend der Mitwirkungslehre ohne eine Verletzung der Menschenwürde dadurch erklären, dass es einen „qualitativen Unterschied“ zwischen „aktiver und passiver Selbstbelastung“ gibt. Die Würdeverletzung liege hiernach erst dann vor, wenn der Beschuldigte gezwungen wird, das fragliche Beweismittel selbst zu „präsentieren“.²⁵⁶

Die Begrenzung der Reichweite der Selbstbelastungsfreiheit mit dem Zwangsschutz stößt nicht überall auf Zustimmung. Bereits die Auferlegung einer Aussagepflicht ist nach *Wulff* menschenunwürdig, weil der Beschuldigte dadurch einer ethischen Überforderung ausgesetzt wird.²⁵⁷ Ebenso würde für *Eidam* eine Pflicht für den Beschuldigten, belastendes Beweismaterial beizubringen, das „humanistische Menschenbild“ des Strafprozesses zerstören, denn „jeder, der Beweise zu eigenen Verurteilung liefern muss, wird vom Staat nicht mehr als gleichrangiges Subjekt mit Fairness behandelt, sondern wie ein willenloses gedemütigtes Objekt“.²⁵⁸

Dass die Objektformel seinem Anwender einen weitreichenden, höchst subjektiven Ermessensspielraum einräumt, in dem der Würdebegriff mit einem im Einzelnen nicht immer offen angesprochenen und eher ethisch begründeten Menschenbild

Hackethal, S. 16; *Aselmann*, S. 47 f.; *Dallmeyer*, JA 2004, 789; *Möller*, JR 2005, 317; *von Freier*, ZStW 122/2010, 130; *Safferling/Hartwig*, ZIS 2009, 784; *Grüner*, JuS 1999, 124.

²⁵² *Verrel*, S. 228 f.; ähnlich *Aselmann*, S. 48; vgl. *Köbel*, S. 285 f.; *Helgerth*, S. 169.

²⁵³ Vgl. *Günther*, GA 1978, 196 f.; *Stürmer*, NJW 1981, 1758; *Nothhelfer*, S. 77; *Renzikowski*, JZ 1997, 714.

²⁵⁴ *Mäder*, S. 80; *Wolff*, S. 46.

²⁵⁵ *Lesch*, JA 1995, 157 Fn. 2; *ders.*, ZStW 111/1999, 640; ähnliche Argumente auch bei *Fischer*, S. 95; *Mahlstedt*, S. 76; *Nothhelfer*, S. 63.

²⁵⁶ *Bährle*, S. 86 ff.

²⁵⁷ *Wolff*, S. 45; a.A. *Renzikowski*, FS für Amelung, S. 681 f.

²⁵⁸ *Eidam*, S. 368; so auch im Ergebnis *Bährle*, S. 87 f.; *Theismann*, S. 124.

ausgefüllt wird,²⁵⁹ zeigt sich hinsichtlich der verbotenen Vernehmungsmethoden in § 136a StPO insbesondere bei der Frage, ob die Täuschung eines Beschuldigten diesen zum Objekt des Verfahrens macht, also gegen seine Würde verstößt.²⁶⁰ Während ein Teil der Literatur dies hinsichtlich der Täuschung des Beschuldigten bei offenen oder verdeckten Befragungen bejaht,²⁶¹ verneinen andere Autoren das.²⁶² Unterstützung erhält die letztgenannte Ansicht vom BVerfG, das die Frage offen lässt, ob ein Verstoß gegen § 136a Abs. 1 StPO in der Alternative des sicherlich eingriffsintensiveren Versprechens eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils stets eine Verletzung der Menschenwürde nach sich zieht.²⁶³ Nach der bejahenden Ansicht degradiert die verdeckte Aushorchung den Verdächtigen zum Objekt des Verfahrens, weil er, ohne es zu wissen, zu einer positiven Mitwirkung an seiner eigenen Überführung veranlasst wird.²⁶⁴

b) *Das Argument der Instrumentalisierung*

Im Rahmen der eben dargestellten Diskussion ist man bemüht, einen Verstoß gegen die Menschenwürde im Fall einer Selbstbelastungspflicht entweder über das den Beschuldigten zum Objekt degradierende Zwangselement oder über die Auferlegung einer herabwürdigenden Pflicht zu begründen. Mit dem Argument der Instrumentalisierung will man den Blick bei dem umstrittenen Würdegehalt der Selbstbelastungsfreiheit vom Eingriffs- auf das Absichtselement und das Ergebnis einer staatlichen Veranlassung zur Selbstbelastung lenken. Das Augenmerk liegt hierbei folglich darauf, dass der Beschuldigte nicht zur eigenen Überführung funktionalisiert bzw. instrumentalisiert wird.²⁶⁵ Die Art und Weise der Zwangsanwendung sei somit irrelevant und könnte auch bei der Berücksichtigung der Würdeverletzung irreführend sein, weil Zwang als solcher von der Rechtsordnung an sich nicht untersagt ist.²⁶⁶

²⁵⁹ Zu den „Vorverständnissen“ des Menschenwürdebegriffs im Allgemeinen siehe Maunz/Dürig-Herdeggen, GG Art. 1 Rn. 7 ff.; darauf auch im Zusammenhang mit der Würdegehaltdebatte der Selbstbelastungsfreiheit hinweisend Kölbl, S. 284; Wolff, S. 42 f.

²⁶⁰ Vgl. Müncheberg, S. 10 f.

²⁶¹ Hilger, NStZ 1985, 570; Wolfslast, NStZ 1987, 103; Bernsmann, StV 1996, 118; Lagodny, StV 1996, 171; Kraft, S. 160 f.; Kleszczewski, StV 2010, 465; Kahlo, FS für Wolff, S. 187; Fezer, NStZ 1996, 290; vgl. Hilland, S. 18.

²⁶² Puppe, GA 1978, 298; Müncheberg, S. 11 ff.; Ransiek, S. 53; Eschelbach, StV 2000, 396; Lindner, S. 41; Renzikowski, FS für Amelung, S. 682; ders., JA 2008, 116; BeckOK-StPO-Monka, § 136a Rn. 15; LR-StPO-Gleiß, § 136a Rn. 39; Krack, NStZ 2002, 120; vgl. Meyer-Göfner, § 136a Rn. 12; Bosch, Aspekte, S. 90.

²⁶³ BVerfG NStZ 1984, 82.

²⁶⁴ Hilger, NStZ 1985, 570; Kretschmer, HRRS 7–8/2010, 346; siehe auch SK-StPO-Wolter, § 110a Rn. 3a f.

²⁶⁵ SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 132; Eisenhardt, S. 46; Mahlstedt, S. 102; im Anschluss daran auch Roxin, StV 2012, 132.

²⁶⁶ SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 132; Weßlau, ZStW 110/1998, 28.

Das Argument der Instrumentalisierung begegnet dennoch ähnlichen Bedenken wie die Objektformel. Denn die Funktion des Beschuldigten als *Beweismittel* gegen sich selbst wird auch hier nicht grundsätzlich infrage gestellt. Insofern ist die Perspektive eines reinen Zweck-Mittel-Verhältnisses untauglich, Wertmaßstäbe zu liefern.²⁶⁷ Es bedarf wie bei der Objektformel einer inhaltlichen Unterfütterung.²⁶⁸ Damit wird wieder der Weg zu subjektiven Bewertungen geöffnet, die die Grenzen der Zweck-Mittel-Relation geradezu beliebig ansetzen können.²⁶⁹ So liegt nach *Bährle* gerade in der „Verfahrensweise“, den Beschuldigten „als Mittel zum Zweck der Wahrheitsfindung staatlicher Ermittlungstätigkeiten dienstbar zu machen“, seine Erniedrigung zum Verfahrensobjekt und somit die Verletzung seiner Würde.²⁷⁰ Solange er staatlich „dazu veranlasst wird, sein Wissen eigenhändig preiszugeben“, sei seine Würde verletzt.²⁷¹ Dabei wird der Beschuldigte auch bei jeder Anwendung von Täuschung zwecks Erlangung selbstbelastender Äußerungen, sei es bei einer offenen oder verdeckten Vernehmung, gegen sich selbst instrumentalisiert.²⁷² Dagegen liegt nach *Rogall* und *Aselmann* im Gegensatz zu *Bährle* sowie *Eidam*, der ebenfalls die Selbstbelastungsfreiheit auf das aus Art. 1 Abs. 1 GG ableitbare Instrumentalisierungsverbot zurückführt, die Instrumentalisierung des Beschuldigten zu Beweis Zwecken im Strafverfahren erst dann vor, wenn „ein bestimmtes besonders verwerfliches Mittel“, nämlich „Zwang“ zur Herbeiführung einer Selbstbelastung herangezogen wird.²⁷³ Dem Staat sei also nur verwehrt, „den Beschuldigten zur Preisgabe von Informationen zu zwingen“.²⁷⁴ Einen allgemeinen Schutz der Entscheidungsfreiheit lasse sich dagegen aus dem *Nemo-tenetur-Grundsatz* nicht ableiten.²⁷⁵

Das Instrumentalisierungsargument bringt auch bei der Mitwirkungslehre keine einheitlichen Ergebnisse hervor. Darauf kann an dieser Stelle aus Platzgründen nicht eingegangen werden.²⁷⁶

²⁶⁷ *Hilgendorf*, FS für Puppe, S. 1664 f.

²⁶⁸ *Köbel*, S. 284 f.

²⁶⁹ Vgl. *Ransiek*, S. 48.

²⁷⁰ *Bährle*, S. 84.

²⁷¹ *Bährle*, S. 87.

²⁷² *Kahlo*, FS für Wolff, S. 187; ähnlich auch *Eidam*, S. 370; *Mahlstedt*, S. 102.

²⁷³ *Aselmann*, S. 46; SK-StPO-*Rogall*, Vor. § 133 ff. Rn. 139; ähnlich *Eschelbach*, StV 2000, 394.

²⁷⁴ SK-StPO-*Rogall*, Vor. § 133 ff. Rn. 132.

²⁷⁵ SK-StPO-*Rogall*, Vor. § 133 ff. Rn. 139.

²⁷⁶ Vgl. *Dallmeyer*, KritV 2000, 256 f.; *Hackethal*, S. 62 f.; *Bährle*, 87; *Rau*, S. 51; *Zaczky*, StV 2002, 126; *Grüner*, JuS 1999, 123.

c) *Das Argument des Persönlichkeitsschutzes*

Unter dem Aspekt des Persönlichkeitsschutzes werden in der Literatur drei Begründungsmodelle angeführt: aa) Schutz des Selbsterhaltungstriebes, bb) Eigenverantwortlichkeit und cc) informationelle Selbstbestimmung.

aa) Selbsterhaltungstrieb

In der Rechtsprechung des BVerfG ist die Frage ungeklärt, welches konkrete persönliche Rechtsgut des Beschuldigten bei einer zwangsweisen Selbstbelastung tangiert würde, auf dessen Verzicht er zugunsten der Strafverfolgung nicht gezwungen werden darf, weil dies ihm unzumutbar wäre. In der Literatur wird als Ursache jenes Zwiespalts der Selbsterhaltungstrieb des Beschuldigten angesehen.²⁷⁷ Die Selbstbelastung sei „wider seinem natürlichen Selbsterhaltungstrieb“,²⁷⁸ weil er dadurch seinen Untergang riskiere.²⁷⁹ Er wäre im Fall einer Selbstbelastungspflicht mit einer „ethischen Überforderung“²⁸⁰ konfrontiert, für die er „erhebliche Selbstüberwindungskräfte“²⁸¹ bräuchte, die aber „sein menschliches Leistungsvermögen [...] häufig allzu stark strapazieren“ würden.²⁸² In diesem Zusammenhang wird außerdem teilweise angeführt, dass er davor zu schützen sei, sich eine „Blöße“ durch Selbstbelastung zu geben.²⁸³

Bei dem Schutz des Selbsterhaltungstriebes gehe es nicht um die pure Erhaltung „biologisch-kreatürliche(r) Existenz“ oder eine zu missbilligende Eigensucht, Selbstliebe oder Rücksichtslosigkeit.²⁸⁴ Durch die Anerkennung des „Selbstverschonungsrechts“ werde auch im Interesse der Allgemeinheit die Einzigartigkeit der Person eines Individuums unterstrichen, die sich durch den Selbsterhaltungstrieb von „den niederen personalen Daseinsformen“ bemerkenswerterweise unterscheide.²⁸⁵ Eine Pflicht, „an der Vernichtung der eigenen Existenz durch belastende Aussagen mitzuwirken“, würde darüber hinaus gegen den „Staatsvertrag“ versto-

²⁷⁷ SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 132; Bosch, Aspekte, S. 32; Salger, S. 14; Roschmann, S. 14; Sautter, AcP 1962, 256; Theismann, S. 79; Lammer, S. 156; Schlauri, S. 93.

²⁷⁸ Günther, GA 1978, 194; ähnlich Degener GA 1992, 455; Kraft, S. 143 f.

²⁷⁹ Günther, GA 1978, 201 f.

²⁸⁰ Puppe, GA 1978, 298; im Anschluss daran Nothhelfer, S. 33; Lindner, S. 46; Wolff, S. 45; kritisch hierzu Pawlik, GA 1998, 378.

²⁸¹ Günther, GA 1978, 194.

²⁸² Günther, GA 1978, 201 f.

²⁸³ Puppe, GA 1978, 298; in diese Richtung auch Verrel, FS für Puppe, S. 1638; Pawlik, GA 1998, 379; Reiß, S. 171 f.; kritisch Mahlstedt, S. 66 ff.

²⁸⁴ Sautter, AcP 1962, 256 ff.

²⁸⁵ Sautter, AcP 1962, 256.

ßen, weil dieser gerade den Zweck habe, „die Erhaltung der eigenen Existenz“, die im Naturzustand gefährdet ist, zu sichern.²⁸⁶

Die bedeutsamste Schlussfolgerung aus dem Selbsterhaltungstrieb hinsichtlich der Reichweite der Selbstbelastungsfreiheit wird dahingehend gezogen, dass Täuschung sowie unbewusste Selbstbelastungen nicht in ihren Schutzbereich fallen, weil sich der Beschuldigte in diesen Fällen im Augenblick des selbstbelastenden Verhaltens in keiner „subjektiv empfundenen Zwangslage“ befinde.²⁸⁷ Eine Mindermeinung stellt hierbei nicht auf das unzumutbare Bewusstsein des Selbstbelastungsmomentes ab, sondern auf das Gesamtergebnis des Strafverfahrens. Dementsprechend sei ihm der Anspruch zu gewähren, sich dem Strafverfahren als Beweismittel zu entziehen, sodass er in keiner Weise gegen seinen Willen zu seiner Verurteilung beiträgt.²⁸⁸ Dieses Ergebnis widerspricht jedoch der auch verfassungsrechtlich unbedenklichen Mitwirkungslehre, die dem Beschuldigten als passivem Beteiligten einer Beweiserhebung doch belastende Folgen seines Daseins zumutet.²⁸⁹ Denn der Selbsterhaltungstrieb gewinne erst dann an rechtlicher Relevanz, wenn dem Beschuldigten eine aktive Mitwirkung zur Selbstbelastung auferlegt würde, wohingegen bei der Passivität des Beschuldigten die Entstehung einer möglichen Konfliktsituation für unbeachtlich gehalten wird, da ihn keine Überforderung in Gestalt eines aktiven Tuns treffe.²⁹⁰

Auch mit einer derart begrenzten Geltungskraft stößt das Argument des Selbsterhaltungstriebes als *ratio* der Selbstbelastungsfreiheit auf Kritik. Diese richtet sich zum einen gegen seine rechtliche Anerkennung als schutzwürdiges Verfassungsgut²⁹¹ sowie seine Brauchbarkeit unter weiteren Gesichtspunkten.²⁹² Zum anderen wird seine begrenzende Wirkung dahingehend beanstandet, dass unbewusste verbale Selbstbelastungen aus dem Schutzbereich der Aussagefreiheit herausgenommen werden.²⁹³ Dabei macht man darauf aufmerksam, dass der Beschuldigte „gravierende Rechtsnachteile“ durch Selbstbelastung auch dann erleiden kann, wenn er dies zur Zeit des Selbstbelastungsakts zunächst gar nicht bemerkt²⁹⁴ und doch objektiv gesehen gegen sich selbst instrumentalisiert²⁹⁵ oder wenn ihm seine Eigen-

²⁸⁶ Böse, GA 2002, 105.

²⁸⁷ SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 141; Puppe, GA 1978, 299; Mäder, S. 102; Lammer, S. 161; Lindner, S. 46; im Ergebnis ebenso Freund, JuS 1995, 395; vgl. Möller, JR 2005, 317; ablehnend etwa Bosch, Aspekte, S. 125 f.

²⁸⁸ Sautter, AcP 1962, 256 ff.

²⁸⁹ Fischer, S. 17.

²⁹⁰ Theismann, S. 79.

²⁹¹ Pawlik, GA 1998, 379 f.; Verrel, S. 230.

²⁹² Vgl. Kölbl, S. 168; Mahlstedt, S. 65; Bosch, Aspekte, S. 33 f.; von Freier, ZStW 122/2010, 129; Möller, JR 2005, 317.

²⁹³ Vgl. Schlauri, S. 95.

²⁹⁴ Eidam, S. 117 f.; darauf hinweisend auch Pawlik, GA 1998, 379.

²⁹⁵ Weßlau, ZStW 110/1998, 25.

verantwortlichkeit entzogen wird.²⁹⁶ Insofern würde die Annahme, dass der Schutzbereich der Selbstbelastungsfreiheit nicht eröffnet ist, weil dem Beschuldigten das Bewusstsein fehlt, dass er sich gegenüber den Ermittlungsorganen selbst belastet, gerade den Weg bereiten, ihn gezielt darüber in Unkenntnis zu lassen und die Ausübung dieses Rechts praktisch auszuschließen. Dabei umfasse dieses Recht denkotwendig auch die Freiheit, auf dieses bewusst zu verzichten.²⁹⁷ Die Unfreiwilligkeit des Beschuldigten im Fall einer verdeckten Befragung liege insofern darin, dass er bei Kenntnis der tatsächlichen Sachlage nicht ausgesagt hätte.²⁹⁸

Die Kritik des Arguments des Selbsterhaltungstriebes stützt sich auf ein Prinzip der Eigenverantwortlichkeit des Beschuldigten, das die besagte Literaturmeinung als primäres Schutzgut der Selbstbelastungsfreiheit betrachtet. Sie stellt somit den Respekt dieser Eigenschaft des Beschuldigten in den Mittelpunkt seines Schutzes vor Selbstbelastung und nicht seine persönliche Empfindung.²⁹⁹ Der „Sinn“ des herkömmlichen Schutzes vor Selbstbelastungszwang liege dementsprechend in der Wahrung der Eigenverantwortlichkeit eines Beschuldigten.³⁰⁰

bb) Eigenverantwortlichkeit

Geht man von einem verfassungsrechtlichen Gebot der Autonomie des Beschuldigten aus, so würde der status negativus der Selbstbelastungsfreiheit nach einer Literaturansicht nicht ausreichend verwirklicht,³⁰¹ wenn sich der staatliche Unterlassungsauftrag in Zwang erschöpfen würde.³⁰² Die Eigenverantwortlichkeit des Beschuldigten für eine belastende Aussage verlange dagegen, Kenntnis und Herrschaft über Bedingungen zu besitzen, unter denen er sich zum Tatvorwurf äußert bzw. auf die Selbstbelastungsfreiheit verzichtet.³⁰³ Dazu gehöre sein Schweigerecht³⁰⁴ sowie die Unverwertbarkeit seiner Ausübung, wengleich der Beschuldigte beim Schweigen keinen Aussagedruck erfährt, da die Freiwilligkeit im Sinn der Selbstbelastungsfreiheit über den Schutz vor willensbeugendem Aussagedruck hin-

²⁹⁶ *Ransiek*, S. 50 f.

²⁹⁷ *Mahlstedt*, S. 102 f.; im Anschluss daran auch *Roxin*, StV 2012, 132.

²⁹⁸ *Bosch*, JA 2007, 905.

²⁹⁹ *Ransiek*, S. 51; *Neumann*, FS für Wolff, S. 380.

³⁰⁰ *Ransiek*, S. 48 ff.; ähnlich *Bosch*, Aspekte, S. 121; *Zerbes*, S. 77.

³⁰¹ *Rzepka*, S. 387.

³⁰² *Bosch*, Aspekte, S. 122; *Engländer*, ZIS 3/2008, 165; *Hauck*, NStZ 2010, 22; *Kretschmer*, HRRS 7–8/2010, 346; *Ransiek*, S. 48; vgl. *Weßlau*, ZStW 110/1998, 14; *Rau*, S. 42.

³⁰³ *Zerbes*, S. 86 f.; ähnlich *Ostendorf*, FS für Roxin, S. 1337; *Eschelbach*, StV 2000, 393; *Meurer*, FS für Roxin, S. 1291; a.A. *Lammer*, S. 160; *Verrel*, S. 147.

³⁰⁴ *Engländer*, ZIS 3/2008, 165 f.; *Müssig*, GA 1999, 126; *Eser*, ZStW 86/1974-Beiheft, 137.

ausgehe.³⁰⁵ Die Freiwilligkeit des Beschuldigten zur Aussage umfasse sowohl das Wissens- als auch das Willenselement einer Selbstbelastung. Folglich schütze der Nemo-tenetur-Grundsatz den Beschuldigten vor „unwissentlicher“³⁰⁶ bzw. „unbewusster“³⁰⁷ sowie „ungewollter“,³⁰⁸ also „unfreiwilliger Selbstbelastung“.³⁰⁹

Außerdem sei die Selbstbelastungsfreiheit in dem hier verstandenen Sinn imstande, weitere Gewährleistungen als status negativus zu generieren,³¹⁰ um „die Wahrung der Selbstbestimmtheit“ des Beschuldigten zu untermauern.³¹¹ Liegt die Begründung der Selbstbelastungsfreiheit darin, dem Beschuldigten eine selbstbestimmte und eigenverantwortliche Entscheidung über seine Mitwirkung im Strafverfahren zu gewähren, so sei es u.a. „notwendig“, ihre Reichweite auf seine Belehrung über den Tatvorwurf sowie das Recht auf Verteidigerkonsultation vor der Vernehmung zu erstrecken.³¹² Nach *Roxin* ergibt sich bereits aus dem Gesamtbild des § 136 StPO, dass diese Vorschrift der Absicherung „einer autonomen Entscheidung“ des Beschuldigten dient, ob er den Ermittlungsorganen sein belastendes Tatwissen offenlegen will.³¹³

Freilich räumen die Vertreter dieses im Grundsatz weit gehaltenen Ansatzes ein, dass die Eigenverantwortlichkeit nicht in einer absoluten Weise zu verstehen ist. Es seien normative und praktikable Maßstäbe zu entwickeln, die eine Beeinträchtigung zu begründen vermögen.³¹⁴ Jedenfalls sei entgegen der h.M. nicht nur Zwang oder Druck unzulässig, sondern auch jedwede Art von Trick oder Täuschung. Denn diese verletze stets „die Selbstbestimmtheit des Beschuldigten“.³¹⁵ Auch § 136a StPO enthalte die Vernehmungsmethoden, die seine Eigenverantwortlichkeit beeinträchtigen, nicht vollständig. Diese Vorschrift bedürfe einer Ausweitung im Wege

³⁰⁵ *Zerbes*, S. 86; *Eser*, ZStW 86/1974-Beiheft, 137; *Bährle*, S. 71.

³⁰⁶ *Haas*, GA 1995, 231; in diese Richtung auch *Eidam*, S. 369 f.; *Beulke*, NStZ 1996, 258; *Mahlstedt*, S. 122; vgl. BVerfG NJW 1973, 892 f.

³⁰⁷ *Wolffslast*, NStZ 1987, 103; *Groth*, S. 40 ff.; a.A. SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 141; *Sternberg-Lieben*, Jura 1995, 308; *Freund*, JuS 1995, 395; *Krey*, JR 1998, 4 f.; *Verrel*, NStZ 1997, 415 f.; vgl. *Meyer-Göbner*, Einl. Rn. 29a; *Möller*, JR 2005, 317.

³⁰⁸ *Zerbes*, S. 87; *Bosch*, Aspekte, S. 144; *Bährle*, S. 71; *Eser*, ZStW 86/1974-Beiheft, 139; vgl. *Renzikowski*, JZ 1997, 714; ausdrücklich ablehnend *Verrel*, S. 278.

³⁰⁹ *Fezer*, StV 1996, 406; *Zerbes*, S. 86; *Bosch*, Aspekte, S. 251; *Fezer*, StV 1996, 78; *ders.*, StV 1990, 1995; ähnlich *Kiehl*, NJW 1993, 501.

³¹⁰ *Rzepka*, S. 387 f.; *Bosch*, Aspekte, S. 142 f.; *Ransiek*, S. 56.

³¹¹ *Bosch*, Aspekte, S. 123.

³¹² *Rzepka*, S. 388; *Ransiek*, S. 56 f.; vgl. *Ellbogen*, NStZ 2010, 465.

³¹³ *Roxin*, StV 2012, 132.

³¹⁴ *Ransiek*, S. 53; *Bosch*, Aspekte, S. 124 f.

³¹⁵ *Ransiek*, S. 49; *ders.*, StV 1994, 345 f.; in diese Richtung auch *Kretschmer*, HRRS 7–8/2010, 347; *Bosch*, Aspekte, S. 122; *Ostendorf*, FS für Roxin, S. 1337; *Engländer*, ZIS 3/2008, 165 f.; *Roxin/Schünemann*, S. 107 Rn. 18.

einer systematischen Auslegung der StPO sowie von verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten zum Schutze der Eigenverantwortlichkeit des Beschuldigten.³¹⁶

Trotz dieser allgemeinen Übereinstimmung werden die Grenzen der Freiwilligkeit einer Aussage insbesondere bei einer verdeckten Befragung des Beschuldigten im Einzelnen unterschiedlich gezogen. Während ein Teil der Literatur allein in der Heimlichkeit einer verdeckten Ausforschung des Beschuldigten die Verletzung seines Grundrechts gemäß Art. 2 Abs. 1 GG sieht,³¹⁷ verneint der andere Teil einen Verstoß gegen das Prinzip der Eigenverantwortlichkeit durch die bloße Heimlichkeit einer staatlichen Veranlassung zur Aussage und verlangt eine „qualifizierte“ Täuschung des Beschuldigten. Auch in diesem Fall besteht keine Einigkeit über die Abgrenzung; letztere wird vielmehr durch mannigfache Abstufungen vorgenommen.³¹⁸

cc) Informationelle Selbstbestimmung

Der Grundsatz der Selbstbestimmung und Autonomie als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gemäß Art. 2 Abs. 1 GG umfasst auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, das sich vornehmlich unter dem Aspekt der Informationsbeherrschung erklären lässt.³¹⁹ Dem Beschuldigten im Strafverfahren gewährt es ein Abwehrrecht, um sich gegen staatliche Informationseingriffe durch Erhebung, Speicherung und Nutzung von Beschuldigtenaussagen zur Wehr zu setzen.³²⁰ Die dadurch begründete Selbstbelastungsfreiheit wird dementsprechend nicht aus der Perspektive eines eher subjektiven Moments des verfassungsrechtlich unzulässigen Eingriffs in die Informationssphäre des Beschuldigten, wie seine Degradierung, Instrumentalisierung oder der Beeinträchtigung seiner Eigenverantwortlichkeit, sondern nach dem Gegenstand der Selbstbelastung als solcher, nämlich der Informationserhebung, definiert.³²¹

Praktische Relevanz hat eine solche Ableitung des Nemo-tenetur-Grundsatzes insbesondere im Hinblick auf die umstrittene Begrenzung der Selbstbelastungsfreiheit auf Zwangsschutz und Würdigung des verdeckten Befragens des Beschuldigten. Vom Standpunkt des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung liege im Gegensatz zum BGH³²² bei der heimlichen Ausforschung des Beschuldigten doch „ein mittelbarer Grundrechtseingriff“ vor, auch wenn die Eigenverantwortlichkeit

³¹⁶ *Bosch*, Aspekte, S. 126 f.; ähnlich auch *Wolff*, S. 70.

³¹⁷ Vgl. *Meurer*, FS für Roxin, S. 1291; *Wagner*, NSTZ 1989, 34, *Kretschmer*, HRRS 7–8/2010, 347; *Ostendorf*, FS für Roxin, S. 1337; *Zerbes*, S. 87; *Weiler*, GA 1996, 106.

³¹⁸ Vgl. *Roxin*, StV 2012, 132; *Hauck*, NSTZ 2010, 22; *Engländer*, ZIS 3/2008, 166 f.

³¹⁹ Stellvertretend dazu eingehend *Müssig*, GA 2004, 97 ff.; *ders.*, GA 1999, 126 ff.; siehe auch *Renzikowski*, JZ 1997, 714.

³²⁰ Vgl. *Böse*, FS für Amelung, S. 566.

³²¹ *Kölbel*, S. 310.

³²² BGHSt 42, 139, 154.

des hierdurch Beschuldigten nicht tangiert werden solle.³²³ Jedenfalls wird die Begrenzung des Schutzzumfangs des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung auf zwangsweise Informationserhebungen abgelehnt.³²⁴ Auch die Täuschung des Beschuldigten verletze sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung.³²⁵ Denn derjenige, der nicht weiß, wem gegenüber er sich in Wahrheit offenbart, entscheidet nicht mehr autonom über eben dieses Recht.³²⁶

In der Literatur wird die Ableitung der Selbstbelastungsfreiheit aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung beanstandet.³²⁷ Dieses Recht ist nach *Mäder* lediglich eine „Weiterentwicklung“ des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aufgrund der Veränderungen bei den Informationstechnologien. Daher vermöge es keine neuen „zentralen bzw. ausschließlichen“ Begründungsansätze für den Nemo-tenetur-Grundsatz zu liefern.³²⁸ Jedenfalls bleibe die Ableitung dieses Grundsatzes aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung eine Erklärung schuldig, warum der Schutzgegenstand, also das Tatwissen einer Person, „eine besondere Wertigkeit“ aufweise und dieser Grundsatz nicht aus der Perspektive, wie in das Tatwissen eingegriffen wird, definiert werden sollte.³²⁹

d) Fairnessgehalt der Selbstbelastungsfreiheit

Die Ableitung der Selbstbelastungsfreiheit aus dem verfassungsrechtlichen Fairnessgebot ist in der Literatur umstritten. Ein Teil der Literatur verneint deren unmittelbare Zurückführung auf das Rechtsstaatsprinzip bzw. den Fairnessgrundsatz, weil ersteres kein subjektives Grundrecht zu begründen vermöge³³⁰ und/oder das Gebot der Verfahrensfairness ebenfalls nicht rechtserzeugend wirke, sondern als Korrektiv des objektivrechtlichen Rechtsstaatsprinzips die bereits bestehenden Rechtspositionen eines Beschuldigten unter bestimmten Umständen verbessere.³³¹ Bei dieser Funktion und seiner allgemeinen Unbestimmtheit sei der Grundsatz der Verfahrensfairness nicht imstande, den Nemo-tenetur-Grundsatz verfassungsrecht-

³²³ *Renzikowski*, JZ 1997, 715; so auch *Hefendehl*, StV 2001, 701.

³²⁴ *Perschke*, S. 56.

³²⁵ *Derksen*, JR 1997, 169; *Kahlo*, FS für Wolff, S. 186; so auch im Ergebnis *Perschke*, S. 119 f.

³²⁶ *Renzikowski*, JZ 1997, 714; in diese Richtung auch *Mahlstedt*, S. 102 f.; im Anschluss daran auch *Roxin*, StV 2012, 132.

³²⁷ *Lorenz* JZ 1992, 1006; *Bosch*, Aspekte, S. 53 ff.; *Lagodny*, StV 1996, 171; *ders.*, 20. Strafverteidigertag, S. 121; *Lesch*, JR 2000, 338; *Böse*, GA 2002, 101 ff.

³²⁸ *Mäder*, S. 78 f.; ähnlich *Rau*, S. 44.

³²⁹ *Verrel*, S. 261; so auch im Ergebnis SK-StPO-*Rogall*, Vor. § 133 ff. Rn. 138; *Eisenhardt*, S. 199; a.A. *Renzikowski*, JZ 1997, 714.

³³⁰ *Wolff*, S. 38; vgl. *Ransiek*, S. 53.

³³¹ *Kölbel*, S. 299 f.; ähnlich *Fischer*, S. 107; *Eschelbach*, StV 2000, 394; *Schneider*, NStZ 2001, 10; *Soiné*, NStZ 2010, 597; a.A. *Ransiek*, S. 6 f., *Fezer*, FS für Stree und Wesels, S. 680.

lich zu begründen oder normative Vorgaben für ihn zu liefern. Das Verhältnis zwischen den beiden Grundsätzen sei eher umgekehrt. Der Nemo-tenetur-Grundsatz konkretisiere nämlich die Erfordernisse eines fairen Verfahrens.³³² Daher solle er bei einem spezielleren Grundrecht gesucht werden. Sei dieses gefunden, so erkläre sich von selbst, dass etwa eine menschenunwürdige Behandlung des Beschuldigten als Beweismittel auch nicht rechtsstaatlich und/oder unfair sei.³³³ Erst dann könne der Fairnessgrundsatz bei der Konkretisierung des Schutzzumfangs der Selbstbelastungsfreiheit als Auslegungshilfe herangezogen werden.³³⁴

Die behandelnde Ansicht geht jedoch davon aus, dass der Fairnessgrundsatz als allgemeines Justizgrundrecht eigenständige Rechtspositionen für den Beschuldigten begründen kann.³³⁵ Dies sei nicht zuletzt dadurch belegt, dass Art. 14 Abs. 3 lit. g IPBPR den Nemo-tenetur-Grundsatz als eine Ausprägung des Rechts auf ein faires Verfahren explizit enthält³³⁶ und der EGMR die Selbstbelastungsfreiheit als impliziertes Teilrecht zum Kernstück des Rechts auf ein faires Verfahren gemäß Art. 6 Abs. 1 EMRK erklärt hat.³³⁷ Manche Autoren unterteilen hinsichtlich des Schutzzumfangs der Selbstbelastungsfreiheit zwischen dem abwägungsfesten Kernschutzzumfang, der auf die Menschenwürde zurückzuführen ist, und dem relativen Schutzzumfang, der sich aus dem Fairnessprinzip ergibt und dementsprechend „Verhältnismäßigkeitsabwägungen“ zugänglich ist. Insbesondere die Frage der Verwertbarkeit von Beschuldigtenaussagen, die durch eine verdeckte Befragung erlangt worden sind, soll sich nach dieser Ansicht an dem letztgenannten messen.³³⁸

Eine solche Zweispurigkeit innerhalb des Schutzzumfangs der Selbstbelastungsfreiheit wird in der Literatur kritisiert. Nach *Roxin* und *Zerbes* lässt sich aus dem Fairnessgrundsatz sogar für die Frage der Zulässigkeit einer verdeckten Veranlassung des Beschuldigten zu selbstbelastenden Äußerungen ein eigenständiges und offenkundig operables Kriterium schlussfolgern, nämlich das Verbot des Vertrauensmissbrauchs³³⁹ bzw. *venire contra factum proprium*.³⁴⁰ Für *Roxin* stellt „die Erlangung von Informationen durch staatlich veranlassten Vertrauensmissbrauch unbestreitbar einen Prototyp unfairen Verhaltens im Strafverfahren“ dar. Dieses

³³² *Wolff*, S. 34.

³³³ *Stürmer*, NJW 1981, 1757 f.; im Anschluss daran auch *Mäder*, S. 70, m.w.N. auf S. 83; *Bährle*, S. 89; a.A. *Rau*, S. 53 f.; *Geppert*, Blutalkohol 1991, 36.

³³⁴ *Bosch*, Aspekte, S. 76 f.; *Nothhelfer*, S. 49 f.; *Schmidt*, S. 85; *Aselmann*, S. 84.

³³⁵ *Roxin*, FS für Geppert, S. 563; *Rau*, S. 53 ff.

³³⁶ *Rzepka*, S. 387.

³³⁷ *Kleszczewski*, StV 2010, 464; *Ostendorf*, FS für Roxin, S. 1337; vgl. *Eidam*, S. 367; *Guder*, S. 224.

³³⁸ *Sowada*, FS für Geppert, S. 700 ff.; so auch im Ergebnis *Mahlstedt*, S. 116 ff.; vgl. *Schneider*, NStZ 2001, 10; *Kramer*, Jura 1988, 524; kritisch *Roxin*, FS für Geppert, S. 563.

³³⁹ *Roxin*, StV 2012, 132.

³⁴⁰ *Zerbes*, S. 170.

Kriterium sei auf alle Fälle heimlichen Veranlassens anwendbar, denen ein Vertrauensmissbrauch vorausgehe, sei es die Abhörung oder das Aushorchen des Beschuldigten.³⁴¹ Auch *Zerbes* sieht in dem widersprüchlichen und die „vorgespülte Vertraulichkeit“ verletzenden Verhalten staatlicher Organe bei verdeckten Ermittlungen einen Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, wobei sie diesen auch auf Lockspitzeleinsätze erstreckt, deren Schwerpunkt auf der Verleitung eines Verdächtigten zur Begehung einer Straftat liegt.³⁴²

e) Unschuldsvermutung

In einer einzigen Entscheidung, soweit ersichtlich, brachte auch das BVerfG die Aussageverweigerung eines Zeugen wegen Selbstbelastungsgefahr mit der Unschuldsvermutung in Zusammenhang. Hiernach sei dieses Recht von der Achtung vor der menschlichen Würde eines Zeugen geprägt, die sich darin mit den rechtsstaatlichen Grundsätzen der Unschuldsvermutung und der Einlassungsfreiheit verbinde.³⁴³ Ein weiterer Zusammenhang lässt sich auch beim BGH finden, der darauf hinweist, dass der Beschuldigte „nicht seine Unschuld beweisen muss“.³⁴⁴ Eine unmittelbare Ableitung der Selbstbelastungsfreiheit aus der Unschuldsvermutung in der Rechtsprechung ist mit diesen beiden Entscheidungen jedoch nicht gegeben.

In der Literatur vertritt man dennoch die Meinung, dass die Selbstbelastungsfreiheit unmittelbar aus der Unschuldsvermutung abzuleiten sei,³⁴⁵ die in Art. 6 Abs. 2 EMRK sowie Art. 14 Abs. 2 IPBPR ausdrücklich verankert ist³⁴⁶ und den Verfassungsrang durch das Rechtsstaatsprinzip gemäß Art. 20 Abs. 3 GG³⁴⁷ oder in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG erhält.³⁴⁸ Hiernach wäre es „inkonsequent“³⁴⁹ bzw. die Unschuldsvermutung „gegenstandslos“,³⁵⁰ wenn man den Beschuldigten, des-

³⁴¹ *Roxin*, FS für Geppert, S. 563.

³⁴² *Zerbes*, S. 170 f.

³⁴³ BVerfG NJW 1975, 103, 104; darauf hinweisend *Bosch*, Aspekte, S. 93 Fn. 318.

³⁴⁴ BGHSt 49, 56, 58.

³⁴⁵ *Arndt*, NJW 1966, 870 f.; *Bährle*, S. 73; *Sautter*, AcP 1962, 255; weitere Nachweise etwa bei *Rogall*, S. 109; *Nothhelfer*, S. 37 Fn. 216; *Rau*, S. 103 Fn. 103; *Stuckenberg*, S. 84 Fn. 304.

³⁴⁶ Zu dem allgemein umstrittenen und ungeklärten Schutzzumfang siehe *SK-Rogall*, Vor. § 133 ff. Rn. 74; *Roxin/Schünemann*, S. 67 Rn. 1; *Nothhelfer*, S. 38 ff.; *Stuckenberg*, ZStW 111/1999, 423; für den Wortlaut dieser Vorschriften siehe Anhang: Gesetzestexte.

³⁴⁷ BVerfG NJW 2013, 1418, 1424; NJW 2012, 2178, 2179; *Nothhelfer*, S. 38.

³⁴⁸ BVerfG NJW 1990, 2741; zur verfassungsrechtlichen Ableitung der Unschuldsvermutung siehe außerdem eingehend *Stuckenberg*, 47 ff.; *Schmidt*, S. 82; *SK-StPO-Paeffgen*, Art. 6 Rn. 176; *LR-StPO-Esser*, Art. 6 Rn. 448; *SK-StPO-Rogall*, Vor. § 133 ff. Rn. 75; zur Verankerung in den Länderverfassungen siehe *Nothhelfer*, S. 37.

³⁴⁹ *Dingeldey*, JA 1984, 409; im Anschluss daran auch *Bährle*, S. 73; weitere Nachweise bei *Böse*, GA 2002, 123 Fn. 212; *Bosch*, Aspekte, S. 93 Fn. 320.

³⁵⁰ *Arndt*, NJW 1966, 870.

sen Unschuld ja vermutet wird, verpflichten würde, sich selbst zu belasten. Dass sein Schweigen nicht zu seinem Nachteil verwertet werden darf, sei ebenfalls auf die Unschuldsvermutung zurückzuführen, die die Beweislast der Anklage aufbürde.³⁵¹ *Arndt* leitet die weiterreichende Schlussfolgerung aus der Unschuldsvermutung gemäß Art. 6 Abs. 2 EMRK dahingehend ab, dass der Beschuldigte nicht nur eine Schweigebefugnis hat, sondern „das Recht, [...] als Beweismittel überhaupt auszuschneiden, als Auskunftsperson nicht existent zu sein“.³⁵²

Diese Ansicht stößt in der Literatur auf schlüssige Kritik. Eine Selbstbelastungspflicht würde zwar von der Schuld des Beschuldigten ausgehen. Würde man ihn aber nur dazu verpflichten, die Wahrheit zu sagen, so könne dies ebenfalls eine Selbstbelastung zur Folge haben, ohne dass dabei die Schuld implizit vorausgesetzt werde.³⁵³ Eine Selbstbelastungsfreiheit gewähre die Unschuldsvermutung dem Beschuldigten außerdem deswegen nicht, weil sie weder ausschließt, dass die Vermutung widerlegt wird, noch Regeln vorschreibt, wie der Nachweis der Schuld zu erbringen ist. Aus ihr sei insofern kein „Beweismittelverbot“ zu folgern³⁵⁴ – auch hinsichtlich der Verwertbarkeit des gesamten Aussageverhaltens des Beschuldigten bei der richterlichen Überzeugungsbildung.³⁵⁵ Insgesamt lassen sich der Unschuldsvermutung „originäre Befugnisse zur Sanktionsabwehr“ nicht entnehmen.³⁵⁶ Freilich indiziere die getrennte Verankerung der beiden Grundsätze in Art. 14 Abs. 2 und 3 lit. g IPBPR ihre unterschiedliche Herkunft.³⁵⁷

Ist die unmittelbare Ableitung der Selbstbelastungsfreiheit aus der Unschuldsvermutung somit widerlegt, so spricht dies nicht dagegen, dass die beiden einen engen sachlichen, sich ergänzenden Zusammenhang aufweisen.³⁵⁸ Braucht der Beschuldigte entsprechend der Unschuldsvermutung seine Unschuld nicht zu beweisen, so verbietet die Selbstbelastungsfreiheit, aus dem Schweigen des Beschuldigten nachteilige Rückschlüsse auf seine Schuld zu ziehen. Dadurch „schütze die Unschuldsvermutung den Beschuldigten vor einer Aussagelast, der Nemo-tenetur-

³⁵¹ *Safferling/Hartwig*, ZIS 2009, 785; in der Richtung argumentiert auch *Schmidt*, S. 84.

³⁵² *Arndt*, NJW 1966, 870; a.A. SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 198.

³⁵³ *Puppe*, GA 1978, 299; *Wolff*, S. 37; *Bosch*, Aspekte, S. 96; *von Freier*, ZStW 122/2010, 135; a.A. *Rüping*, JR 1974, 139.

³⁵⁴ SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 76; *Böse*, GA 2002, 124; *Bosch*, Aspekte, S. 95; *Aselmann*, S. 83; *Salger*, S. 7; *Roschmann*, S. 15; *von Freier*, ZStW 122/2010, 136; vgl. *Rau*, S. 98.

³⁵⁵ *Günther*, JR 1978, 92.

³⁵⁶ *Köbel*, S. 303.

³⁵⁷ *Wolff*, S. 37.

³⁵⁸ Vgl. *Rau*, S. 103; *Bosch*, Aspekte, S. 93; *Hackethal*, S. 121; *Köbel*, S. 303; *Wolff*, S. 36; *von Freier*, ZStW 122/2010, 135; weitere Nachweise bei *Nothelfer*, S. 37 Fn. 215.

Grundsatz vor einem Aussagezwang“.³⁵⁹ Dieser ist „vor dem mittelbaren psychischen Druck, sich durch seine Aussage entlasten zu müssen“, außerdem dadurch geschützt, dass die Beweislast bei der Anklage liegt und der Zweifelsgrundsatz für ihn spricht.³⁶⁰ Den beiden Prinzipien liegt erkennbar der Grundgedanke zugrunde, dass es dem Staat auferlegt ist, den Schuldnachweis zu erbringen.³⁶¹ Daher wird das Verbot der nachteiligen Verwertung des Schweigens teilweise unmittelbar aus den letztgenannten Einzelverbürgungen der Unschuldsvermutung abgeleitet. Denn würden aus dem Schweigen des Beschuldigten für diesen nachteilige Schlüsse gezogen, so wäre die Beweislast der Anklage sowie eines inquisitorisch agierenden Richters untergraben und das Beweismaß „ohne vernünftigen Zweifel“ aufgrund des mangelnden Erklärungswerts des Schweigens nicht eingehalten.³⁶²

f) Verfassungsrechtliche Wertentscheidung

Die Umstrittenheit des Nemo-tenetur-Grundsatzes bezieht sich nicht nur auf seine Ableitung oder Reichweite, sondern auch auf seine Verfassungsmäßigkeit. Die Debatte um ein solch einschneidendes Grundrecht des Beschuldigten wird dabei nicht selten abseits des fachlichen Rahmens geführt.³⁶³

aa) Kritische Betrachtung der Selbstbelastungsfreiheit

Eine Mindermeinung in der Literatur erkennt dem Nemo-tenetur-Grundsatz die Eigenschaft eines Grundrechts des Beschuldigten nicht zu.³⁶⁴ Dem Begriff der Menschenwürde sei nämlich nichts darüber zu entnehmen, dass ein „unumstößliches Selbstbelastungsverbot“ erforderlich ist. Weder die Gedanken der Selbstbestimmung noch das meist angeführte Objektargument sowie die Willensentschließungsfreiheit oder das Prinzip der Eigenverantwortlichkeit würden gegen eine Aussagepflicht sprechen. Es sei nicht offenkundig, dass die Selbstbestimmung unbedingt einen Anspruch auf Freiheit von Selbstbelastung begründe, zumal diese „Entscheidungsbefugnis“ im Hinblick auf ihre „Folgen“ nichts aussage. Man könne sogar behaupten, dass eine freie Selbstgestaltung „auch durch eine Selbsterniedrigung“, wie z.B. bei

³⁵⁹ Böse, GA 2002, 124 f.; ähnlich Gruber, S. 268; Kindhäuser, S. 64; Bosch, Aspekte, S. 93; Nothhelfer, S. 40.

³⁶⁰ Nothhelfer, S. 40; Wolff, S. 36; Hackethal, S. 121; Aselmann, S. 83.

³⁶¹ Wolff, S. 36; so auch im Ergebnis Eidam, S. 368.

³⁶² Rau, S. 102 f.

³⁶³ Hackethal, S. 11.

³⁶⁴ Etwa Fischer, S. 95 ff.; Peters, ZStW 91/1979, 123; hierzu eingehend Mahlstedt, S. 77 ff.; vgl. Verrel, S. 239; Kühl, JuS 1986, 117; ohne auf den Grundrechtscharakter hinweisend, etwa in früheren Entscheidungen des BGH, BGHSt 1, 342, 343; so immer noch Meyer-Goßner, Einl. Rn. 29a; KK-StPO-Diemer, § 136 Rn. 10; Volk, S. 39 Rn. 9.

einem Schwerverbrecher, verwirklicht werden könne.³⁶⁵ Außerdem sei der Beschuldigte in vielerlei Hinsicht zwecks seiner eigenen Überführung doch Objekt einer Beweiserhebung.³⁶⁶ Sei dieses Ziel als legitim zu erachten, so wäre eine Aussagepflicht hierzu ebenso ein geeignetes Mittel. Das Ergebnis wäre auch hier gleich, nämlich die Überführung des Beschuldigten durch seine Inanspruchnahme.³⁶⁷ Man könne hierbei auch anführen, dass die Verwirklichung seines persönlichen Achtungsanspruchs und die Einhaltung seiner Eigenverantwortlichkeit verlangten, dass er für sein eigenes Fehlverhalten einzustehen habe.³⁶⁸ Jedenfalls lasse sich ein Grundrecht namens Schweigerecht, das sogar ein Recht zur Lüge begründe oder eine Wahrheitspflicht des Beschuldigten verneine, „mit der ethischen Gebundenheit des Grundgesetzes“ nicht vereinbaren.³⁶⁹

Zwar sei grundsätzlich nicht zu verkennen, dass ein Beschuldigter ein „unzweifelhaft vorhandenes faktisch-kreatürliches Interesse an seiner Verschonung vor Selbstbezeichnung“ habe. Daraus lasse sich allerdings kein per se anzuerkennendes „eigenständiges“ Recht des Beschuldigten auf Verheimlichung einer von ihm begangenen Straftat ableiten. „Freiheit ohne Verantwortung sei keine wirkliche personale Freiheit, sondern schiere subjektive Willkür“.³⁷⁰ Sonst würde man den Beschuldigten zu einem „empirischen Triebwesen“ degradieren, das lediglich darauf fokussiert ist, seine „Lust zu maximieren und Unlust zu vermeiden“.³⁷¹ Dagegen sei er mit der Terminologie von *Kelsen* als eine Rechtsperson, nämlich als „Konstruktion spezifisch normativer Betrachtung“ anzusehen, die u.a. auch im Strafprozess eine bestimmte Rolle inne habe. Diese Rolle lässt sich nach *Lesch* nicht durch Anerkennung eines vermeintlichen Selbstbelastungstriebes erklären, sondern lediglich durch ein Bündel strafprozessualer Maximen, konkret: Unschuldsvermutung, Verteidigungsfreiheit und das Recht auf eine effektive Mitwirkung und Gestaltung des Verfahrens.³⁷² Erst die Einhaltung dieser Grundsätze legitimiere die Ergebnisse eines Strafverfahrens und könnte sämtliche Proteste dagegen absorbieren. Die Aussagefreiheit des Beschuldigten nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO ergebe sich nach diesem Verständnis insofern nicht aus einer gewissen Freiheit der Selbstbezeichnung, sondern aus dem Erfordernis, dass er als Prozesssubjekt im Verfahren eine reale Chance hat, über die Art und Weise seiner Verteidigung zu bestimmen und

³⁶⁵ *Fischer*, S. 96.

³⁶⁶ *Strack*, in: Mangoldt/Klein/Strack, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 58; *Fischer*, S. 97.

³⁶⁷ *Fischer*, S. 97.

³⁶⁸ *Strack*, in: Mangoldt/Klein/Strack, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 55 f.; *Fischer*, S. 99; *Verrel*, FS für Puppe, S. 1638; *Pawlik*, GA 1998, 381; *Günther*, GA 1978, 197; vgl. *Ransiek*, S. 48; *Bosch*, Aspekte, S. 39; *Mahlstedt*, S. 115.

³⁶⁹ *Peters*, ZStW 91/1979, 123.

³⁷⁰ *Lesch*, JR 2005, 302 ff.; *ders.*, JR 2000, 338; *ders.*, ZStW 111/1999, 637 ff.; vgl. *Ransiek*, S. 51.

³⁷¹ *Pawlik*, GA 1998, 379 f.

³⁷² *Lesch*, JR 2005, 302 f.

dadurch Einfluss auf das Verfahren zu nehmen.³⁷³ Wolle man hier seiner „Entpersonalisierung“ durch die Vernehmungsmethoden des § 136a StPO entgegenwirken, so spreche diese Vorschrift „nicht zwingend für ein generelles Schweigerecht“.³⁷⁴

Sollte dem Beschuldigten aus einem anderen Grund ein Schutz vor Aussagezwang eingeräumt werden, so würde dies die Ausnahme seiner allgemeinen Mitwirkungspflicht darstellen.³⁷⁵ Bei der Begründung einer so ausnahmsweise anerkannten einfachrechtlichen Aussagefreiheit des Beschuldigten und hinsichtlich der daraus zu ziehenden Konsequenzen gehen die Autoren unterschiedliche Wege,³⁷⁶ auf deren Einzelheiten hier aus Platzgründen nicht eingegangen werden kann.

bb) Entgegnung der Kritik

Gegen eine solche verfassungsrechtliche Wertung wird eingewandt, dass der Grundrechtscharakter der Selbstbelastungsfreiheit historisch und positivrechtlich mit dem rechtspolitischen Willen des Verfassungs- und Gesetzgebers im deutschen Recht belegbar ist.³⁷⁷ Damit korrespondiere der international gemeinsame Standard von Menschenrechten, zu dem die Aussagefreiheit des Beschuldigten unstrittig gehört.³⁷⁸ Außerdem sagt die materiellrechtlich begründbare Pflicht eines Beschuldigten, sich mit den strafrechtlichen Folgen seines eigenen Fehlverhaltens abzufinden, nicht unbedingt etwas über die Ausgestaltung des Verfahrens aus, durch das die strafrechtliche Verantwortlichkeit zunächst festzustellen ist.³⁷⁹ Insofern wolle der Nemo-tenetur-Grundsatz dem Beschuldigten die Folgen eigener Tat nicht abnehmen. Im Übrigen werde ihm dadurch kein Freibrief erteilt, seiner Verantwortung zu entkommen.³⁸⁰

Das Abstreiten eines subjektiven Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit mit dem Argument einer gesellschafts- und rechtstreuen Persönlichkeit, also einer gewissen Organisationszuständigkeitshaftung wegen einer bereits eingegangenen Verantwortung für seine Schuld, wie bei *Pawlik*, stellt nach *Hackethal* das naturrechtliche Verhältnis zwischen Bürger und Staat auf den Kopf. Die Abwehrrechte eines jeden Bürgers erklärten sich nicht erst durch den Staat, sondern existierten vorstaatlich

³⁷³ *Lesch*, JR 2005, 303.

³⁷⁴ *Fischer*, S. 96–98; a.A. *Rieß*, GA 1981, 47 f.; vgl. *Ransiek*, S. 48.

³⁷⁵ *Pawlik*, GA 1998, 381; kritisch hiergegen *Müssig*, GA 2004, 97.

³⁷⁶ Vgl. *Strack*, in: Mangoldt/Klein/Strack, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 59; *Peters*, ZStW 91/1979, 123; *Pawlik*, GA 1998, 382; *Lesch*, ZStW 111/1999, 638 ff.; kritisch *Schlauri*, S. 193; *Meurer*, FS für Roxin, S. 1287 f.

³⁷⁷ *Nothhelfer*, S. 73 f.; *Kraft*, S. 141; *Bährle*, 85; SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 133.

³⁷⁸ *Rieß*, GA 1981, 48; *Rogall*, NStZ 2006, 41.

³⁷⁹ *Verrel*, S. 241 ff.; *Wolff*, S. 45; *Hackethal*, S. 161 f.; *von Freier*, ZStW 122/2010, 133; *Eisenhardt*, S. 208 f.; in diese Richtung jetzt auch *Lesch*, JR 2005, 302.

³⁸⁰ *Verrel*, S. 241; im Anschluss daran *Hackethal*, S. 164; so auch *Eisenhardt*, S. 208 f.

und sind gerade dazu gedacht, staatliche Eingriffe abzuwenden.³⁸¹ Außerdem entpuppte sich der Gedanke, dass sich jeder Bürger durch die Statuierung und Anerkennung eines Strafgesetzbuches im Rahmen der gesellschaftlichen Organisationsverwaltung moralisch verpflichte, Missbräuche selbst wiedergutzumachen, bei einer realistischen Betrachtung als eine „bloße Fiktion“, weil ein allgemein anerkannter Verhaltenskodex nicht existiere.³⁸² Zudem widerspreche eine allgemeine Mitwirkungspflicht an der eigenen Überführung dem Schuldgrundsatz, der u.a. fordert, dass die Resozialisierung des Beschuldigten durch seine Übernahme von Verantwortung aus eigenem Willen erfolgen soll.³⁸³

Darüber hinaus ist es fraglich, ob ein sühneorientiertes Würdeverständnis, das zur Kritik der Selbstbelastungsfreiheit herangezogen wird, überhaupt durch Zwang durchsetzbar wäre.³⁸⁴ Gerade die Würdegarantie jedes Menschen in Art. 1 Abs. 1 GG zeigt, wie unangebracht es ist, „die Moralitätsvorstellungen der Mehrheit“ bzw. den Kollektivismusgedanken bei der Bestimmung des Schutzzinhaltes des Art. 1 Abs. 1 GG zu berücksichtigen.³⁸⁵ Schließlich würde man aus dem Standpunkt eines christlichen Naturrechtsdenkens zum Ergebnis kommen, dass die „Ich-Bezogenheit des Menschen“ Vorrang vor der Nächstenliebe habe, weil die Erschwerung der Wiederherstellung der Gerechtigkeit durch die Selbstbelastungsfreiheit des Beschuldigten „nicht so tiefgreifend ist, dass dadurch der Vorrang der Selbsterhaltung“ fragwürdig werde.³⁸⁶

c) Ergebnisse

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass der Streit über die verfassungsrechtliche Wertigkeit der Selbstbelastungsfreiheit in zwei miteinander konfligierende Modelle der Persönlichkeitsentfaltung mündet. Während die kritische Auffassung im Ergebnis, wie bereits der historische Gesetzgeber der RStPO von 1877 ebenfalls unterstrich, die sittliche Pflicht in den Vordergrund stellt und die verfassungsrechtlich schutzwürdige Persönlichkeitsentfaltung darin sieht, dass der Beschuldigte für sein Fehlverhalten einsteht, so befürwortet die gegenteilige Auffassung eine Persönlichkeitsentfaltung durch Eigenverantwortlichkeit bzw. Selbstbestimmung. Dieser philosophische Streit lässt sich im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht lösen.

³⁸¹ *Hackethal*, S. 162 f.

³⁸² *Hackethal*, S. 163 f.; *Neumann*, FS für Wolff, S. 382.

³⁸³ *Eisenhardt*, S. 209.

³⁸⁴ *Mahlstedt*, S. 115.

³⁸⁵ *Wolff*, S. 45.

³⁸⁶ *Sautter*, AcP 1962, 258.

g) *Verfassungsrechtliche Ableitung*

Nimmt man den Grundrechtscharakter der Selbstbelastungsfreiheit an, so ist die Frage, wie dies methodisch begründet werden kann.

aa) Kritik – Vertreter eines induktiven Ansatzes

In der Literatur wird die oben dargelegte verfassungsrechtliche Ableitung und Konkretisierung der Selbstbelastungsfreiheit aus mehreren Gründen infrage gestellt.³⁸⁷ Sie sei grundrecht dogmatisch ein althergebrachter und ungeschriebener Rechtsgrundsatz,³⁸⁸ dessen Reichweite sich korrekterweise durch die Berücksichtigung des Willens des historischen Garanten der Grundrechte, nämlich des Gesetzgebers³⁸⁹ und der ebenso bedeutsamen Rechtspraxis, bestimmen lasse.³⁹⁰ Insofern sei sie kein „neues Freiheitsrecht“,³⁹¹ das sich unbedingt in eine neu geschriebene Verfassung vollständig einfügen müsse.³⁹² Sie verfüge eher über einen sogenannten normgeprägten Schutzbereich.³⁹³ Die verfassungsrechtliche Verortung sei daher nicht „so bedeutsam“³⁹⁴ und trage zur Bestimmung ihres Schutzbereichs nicht bei, sondern werfe erhebliche Abgrenzungsprobleme auf.³⁹⁵ Es sei ohnehin bedenklich, ob einzelnen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts über die verfassungsrechtliche Ableitung der Selbstbelastungsfreiheit eine „fallübergreifende“ Bedeutung zukäme.³⁹⁶ In der Tat sei hierbei „ein bunter Strauß“ von Ableitungsnormen herausgekommen,³⁹⁷ der die Auslegungsprobleme zusätzlich verschärfe. So ist die verfassungsrechtliche Ableitung der Selbstbelastungsfreiheit „nicht mit wünschenswerter Deutlichkeit“ erfolgt, wenn das BVerfG hierbei drei Verfassungsrechtsfiguren – nämlich Handlungsfreiheit, Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts sowie Verstoß gegen die Menschenwürde und, ergänzend, die Verfahrensfairness – gleichzeitig ins Feld führt.³⁹⁸

³⁸⁷ *Schlauri*, S. 77; zum Diskussionstand ausführlich *Kölbel*, S. 150 ff.

³⁸⁸ *Bosch*, Aspekte, S. 22; *Reiß*, S. 141; *Eidam*, S. 367; *Möller*, JR 2005, 314; *Dallmeyer*, KritV 2000, 264; *Grünwald*, StV 1987, 453; *Lorenz* JZ 1992, 1006.

³⁸⁹ *Reiß*, S. 141; ähnlich *Mäder*, S. 95; *Verrel*, S. 8.

³⁹⁰ *Möller*, JR 2005, 314.

³⁹¹ *Eidam*, S. 27; vgl. *Rogall*, S. 139 f.

³⁹² *Dallmeyer*, KritV 2000, 264.

³⁹³ *Lorenz* JZ 1992, 1006.

³⁹⁴ *Dallmeyer*, KritV 2000, 264; *Bosch*, Aspekte, S. 22; *Aselmann*, S. 40; *Eidam*, S. 367; vgl. LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 886; a.A. *Kölbel*, S. 153.

³⁹⁵ *Verrel*, NSTZ 1997, 364; *Eidam*, S. 367; *Lorenz* JZ 1992, 1006; *Reiß*, S. 167 f.; a.A. *Böse*, GA 2002, 128.

³⁹⁶ *Verrel*, NSTZ 1997, 364; *ders.*, S. 9; ähnlich *Moormann*, S. 36.

³⁹⁷ *Lorenz*, StV 1996, 173 Fn. 3; im Anschluss daran auch *Verrel*, NSTZ 1997, 364.

³⁹⁸ *Nothelfer*, S. 78.

Die verfassungsrechtliche Debatte der Selbstbelastungsfreiheit im Schrifttum würde außerdem unübersichtlich und beliebig geführt und sei im Ergebnis unergiebig.³⁹⁹ Man verfolge hierbei nicht selten eigene „kriminalpolitische[...] Wunschvorstellungen“, die nun in die verfassungsrechtliche Hülle der Selbstbelastungsfreiheit eingepackt würden.⁴⁰⁰

Die Kritik an dem deduktiven Ansatz will im Gegensatz zu der oben vertretenen Ansicht weder den Verfassungsrang der Selbstbelastungsfreiheit als subjektives Recht des Beschuldigten grundsätzlich infrage stellen⁴⁰¹ noch will sie bestreiten, dass sich der Schutzzumfang der Selbstbelastungsfreiheit teilweise mit einigen Grundrechten überschneidet und dadurch eine verfassungsrechtliche Konkretisierung erhält.⁴⁰² Dies sei jedoch kein berechtigter Grund dafür, dass man der Selbstbelastungsfreiheit die Eigenständigkeit abspricht und sie aus ihrem historischen und bereits bestehenden einfachgesetzlichen Kontext reißt.⁴⁰³ Die dennoch vorgenommene Ableitung der Selbstbelastungsfreiheit aus den bereits im GG enthaltenen Grundrechten sei als ein Versuch der „am ehesten bruchlosen“ Lokalisierung anzusehen.⁴⁰⁴ Dementsprechend sei sie „keine Norm mit verbindlichem Regelungsgehalt“. Vielmehr setze sie sich teils aus einfachgesetzlichen Bestimmungen, teils aus der Verfassung und teils aus dem Völkerrecht zusammen.⁴⁰⁵ Dass die Inhaltsbestimmung der Selbstbelastungsfreiheit stets unter Berücksichtigung ihrer einfachgesetzlichen Ausformungen zu erfolgen hat, zeige sich in der von der h.M. anerkannten Mitwirkungslehre, die als Einschränkung der Selbstbelastungsfreiheit unmittelbar aus der StPO ableitbar ist.⁴⁰⁶

Aus den oben genannten Gründen befürwortet ein Teil der Kritiker, bei der Bestimmung des Schutzzumfangs der Selbstbelastungsfreiheit im Gegensatz zu einem verfassungsrechtlichen, also deduktiven, einem induktiven Ansatz zu folgen.⁴⁰⁷ „Dem Verlust an verfassungsrechtlicher Wertheöhe“ stehe „ein beträchtlicher Gewinn an Plausibilität und Rechtsklarheit“ der Selbstbelastungsfreiheit gegenüber.⁴⁰⁸ Sollten sich aus den verfassungsrechtlichen Überlegungen dennoch Konsequenzen für die Rechtsstellung des Beschuldigten ergeben, so ließen sich diese unter dem Nemo-tenetur-Grundsatz erst dann subsumieren, wenn sie argumentativ überzeu-

³⁹⁹ *Mahlstedt*, S. 115; *Eidam*, S. 26 f.; *Verrel*, S. 8; *Wastl/Liutzka/Pusch*, NStZ 2009, 70.

⁴⁰⁰ *Verrel*, S. 7; *Eidam*, S. 367.

⁴⁰¹ *Bosch*, Aspekte, S. 22 f.; *Eidam*, S. 367; *Verrel*, NStZ 1997, 364; *Aselmann*, S. 40.

⁴⁰² Vgl. *Weiß*, JZ 1998, 29; *Möller*, JR 2005, 319; *Bosch*, Aspekte, S. 28; *Lorenz* JZ 1992, 1006; *Reiß*, S. 166.

⁴⁰³ *Reiß*, S. 167 f.

⁴⁰⁴ *Dallmeyer*, KritV 2000, 265.

⁴⁰⁵ *Neumann*, FS für Wolff, S. 383; so auch im Ergebnis *Rogall*, StV 2008, 220.

⁴⁰⁶ Vgl. *Rogall*, S. 158.

⁴⁰⁷ *Bosch*, Aspekte, S. 23; *Verrel*, NStZ 1997, 364; *Aselmann*, S. 41 f.

⁴⁰⁸ *Mahlstedt*, S. 116.

gend seien, nicht jedoch wegen „ihrer rechtlichen Geltung oder Begründung“.⁴⁰⁹ Der Ausgangspunkt dieses Ansatzes bilde im Strafverfahrensrecht die systematische Analyse der Bestimmungen der StPO, die unter historischen und teleologischen Gesichtspunkten weiter fortzuführen sei.⁴¹⁰ Erst dann sei sie verfassungsrechtlich zu überprüfen.⁴¹¹ Die induktive Inhaltsbestimmung der Selbstbelastungsfreiheit sei daher nichts anderes als der Versuch, Aufschlüsse aus dem bereits einfachgesetzlich konkretisierten Schutzzumfang zu gewinnen und eine allgemeine Theorie der Selbstbelastungsfreiheit zu begründen. Sei einmal der Schutzzumfang bestimmt worden, so könnten neue Sachverhalte sowie das Gesetzesrecht in dessen Lichte gewürdigt werden.⁴¹²

bb) Entgegnung und Befürworter eines deduktiven Ansatzes

Der oben beschriebene induktive Ansatz bei der Bestimmung des Schutzzinhaltes der Selbstbelastungsfreiheit wird in der Literatur ebenfalls unter verschiedenen Gesichtspunkten kritisiert. Gegen einen strikt an der StPO orientierten Ansatz spricht, dass diese in keiner Vorschrift diesen Grundsatz ausdrücklich umschreibt, sondern lediglich seine Geltung durch unterschiedliche Bestimmungen zum Ausdruck bringt.⁴¹³ Zudem wird darauf hingewiesen, dass seine einfachgesetzliche Regelung historisch gesehen nicht vollständig ist.⁴¹⁴

Methodisch sei daher nicht vertretbar, von der Relevanz einfachgesetzlicher Vorschriften für den Nemo-tenetur-Grundsatz auszugehen und ihre Verfassungsmäßigkeit zunächst bloß anzunehmen. Dieser müsse aber „vorgeflich schon konkretisiert sein“, damit die Schutzbereichsrelevanz jener Vorschriften überhaupt abgeschätzt werden könne.⁴¹⁵ Dies gelte unter dem Gesichtspunkt der allgemeinen Erkenntnis umso mehr, als das Strafverfahrensrecht angewandtes Verfassungsrecht sei.⁴¹⁶ Die verfassungsrechtlichen Bezüge des Nemo-tenetur-Grundsatzes wären daher verfehlt, wenn die „Phänomene des einfachgesetzlichen Rechts“ herangezogen würden, um seine Reichweite zu bestimmen bzw. einzuschränken.⁴¹⁷ Dabei verlangt diese Ansicht aber keinen vollständigen Verzicht auf einfachgesetzliche Bestimmungen.⁴¹⁸

⁴⁰⁹ Neumann, FS für Wolff, S. 383.

⁴¹⁰ Schlauri, S. 77; Reiß, S. 141.

⁴¹¹ Verrel, NSTZ 1997, 364; Bosch, Aspekte, S. 31 („den Blick hin und her wandern zu lassen“); vgl. „unzureichende einfachgesetzliche Umsetzung“, Lorenz, StV 1996, 173.

⁴¹² Reiß, S. 141.

⁴¹³ So zutreffend Mäder, S. 60 f.; Bährle, S. 75.

⁴¹⁴ Rogall, StV 2008, 220.

⁴¹⁵ Köbel, S. 152; so auch Eisenhardt, S. 187.

⁴¹⁶ Mäder, S. 66; Bährle, S. 74 f.; Lagodny, StV 1996, 167.

⁴¹⁷ Rogall, StV 2008, 220; im Ergebnis ebenso Zerbes, S. 74.

⁴¹⁸ Mäder, S. 95; in diese Richtung auch Bährle, S. 75; Köbel, S. 153 f.

Eine über die einfachgesetzlich verankerten Garantien hinausgehende Reichweite sowie eine verfassungsrechtliche Korrektur oder weitgehende Auslegung der StPO sei insofern nicht ausgeschlossen, sondern stets möglich.⁴¹⁹

Die Befürworter eines deduktiven Ansatzes stimmen der Kritik des induktiven Ansatzes teilweise zu, dass „das Gebilde“ des Nemo-tenetur-Grundsatzes meist vor der verfassungsrechtlichen Ableitung bereits vorhanden ist. Man suche dann lediglich nach einem „Sockel“.⁴²⁰ Die dafür als einschlägig erachtete Verfassungsnorm sei damit nicht entsprechend „rechtswissenschaftlichen Standards“ gefunden, sondern basiere auf persönlichen „Vorannahmen“.⁴²¹ Daher plädiert *Köbel* für eine „transparente“ Ableitung. Zwar sei rechtsmethodisch grundsätzlich nicht zu beanstanden, dass die verfassungsrechtliche Suche nach einem Halt für die Selbstbelastungsfreiheit mit einem gewissen vorweggenommenen Inhalt beginnt. Denn andernfalls fehle es an einem Bezugspunkt.⁴²² Dieser müsse allerdings möglichst mit einem geringen und schlichten Aussagegehalt ausgestattet sein.⁴²³ Der weit anzulegende „Wirklichkeitsausschnitt“ bestehe hier in „jeder Verhaltensform, mit der man sich der eigenen Bestrafung wegen einer anderen Tat widersetzt“. Erst jetzt könne herausgefunden werden, was das Grundgesetz dazu zu sagen hat.⁴²⁴

h) Zwischenergebnisse zum verfassungsrechtlichen Inhalt der Selbstbelastungsfreiheit

In Anbetracht der oben dargelegten Rechtsprechung und Literaturmeinungen lässt sich konstatieren, dass der Streit über die verfassungsrechtlichen Wurzeln der Selbstbelastungsfreiheit nach wie vor fort dauert.⁴²⁵ Eine gütliche Lösung zwischen der Rechtsprechung und der Literatur sowie innerhalb der letzteren ist nicht in Sicht. Problematisch ist nicht nur die zutreffende Herleitungsnorm, sondern die Frage der „richtigen“ Kombination.⁴²⁶ In diesem Zusammenhang lässt sich des Öfteren in der Rechtsprechung sowie im Schrifttum beobachten, dass man die Ge-

⁴¹⁹ In diese Richtung offen oder konkludent argumentierend *Bährle*, S. 76; *Helgerth*, S. 173; *Theismann*, S. 75; *Zerbes*, S. 74; *Sautter*, AcP 1962, 252; *Schmidt-Leichner*, NJW 1966, 190 f.; *Roxin*, NStZ 1995, 466; *Popp*, NStZ 1998, 96 f.; *Meurer*, FS für Roxin, S. 1289; *Renzikowski*, JZ 1997, 713; *Weiler*, GA 1996, 106 f.; *Lagodny*, StV 1996, 167 f.; *Nack*, 20. Strafverteidigertag, S. 244; *Engländer*, ZIS 3/2008, 166; *von Freier*, ZStW 122/2010, 121.

⁴²⁰ *Köbel*, S. 262.

⁴²¹ *Köbel*, S. 265; ähnlich *Eisenhardt*, S. 186.

⁴²² *Köbel*, S. 269.

⁴²³ *Köbel*, S. 270.

⁴²⁴ *Köbel*, S. 270 f.

⁴²⁵ *Möller*, JR 2005, 316; *Renzikowski*, FS für Amelung, S. 681; *Köbel*, S. 22.

⁴²⁶ *Wolff*, S. 29.

währleistungen der Selbstbelastungsfreiheit unter einschlägige Grundrechtsnormen stückweise subsumiert oder umgekehrt aus verschiedenen Grundrechten Erfordernisse hinsichtlich der Rechtsstellung des Beschuldigten als Beweismittel schlussfolgert und diese als Selbstbelastungsfreiheit umschreibt.⁴²⁷

Außerdem geht sowohl die Rechtsprechung als auch die h.M. in der Literatur davon aus, dass die Selbstbelastungsfreiheit positivrechtlich nicht nur durch das Grundgesetz, sondern auf mehreren Ebenen verankert ist; nämlich menschenrechtlich in Art. 14 Abs. 3 lit. g IPBPR sowie Art. 6 Abs. 1 EMRK und einfachgesetzlich in der StPO.⁴²⁸ Zu klären bleibt hierbei das Verhältnis zwischen diesen Ebenen, das sich nicht leicht mit dem Verweis auf die Ranghöhe der Verfassung erklären lässt. Denn das Fehlen einer positivrechtlich verbindlichen Definition des Nemo-tenetur-Grundsatzes ebnet den Weg, ohnehin sehr abstrakte verfassungsrechtliche Vorgaben unter der Berücksichtigung des einfachen Rechts zu konkretisieren.⁴²⁹ So nahm beispielsweise der BGH von dem einfachgesetzlich begründeten Prinzip der Offenheit der Beschuldigtenvernehmung ausgehend lange Zeit an, dass die Aussagefreiheit keinen Schutz für den Beschuldigten entfalte, wenn dieser verdeckt befragt werde. Diesen Standpunkt änderte er allerdings, nachdem der EGMR den Schutzzumfang der Selbstbelastungsfreiheit auf eine verdeckte Befragung des Beschuldigten erweitert hatte.⁴³⁰

4. Menschenrechtliche Konventionen

a) Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte

Im Rang eines einfachen Bundesgesetzes i.S.v. Art. 59 Abs. 3 GG regelt Art. 14 Abs. 3 lit. g IPBPR,⁴³¹ dass der wegen einer strafbaren Handlung Angeklagte nicht gezwungen werden darf, gegen sich selbst als Zeuge auszusagen oder sich schuldig zu bekennen. Die Vorschrift verbürgt ein unmittelbares subjektives Recht für den Beschuldigten im Strafverfahren.⁴³²

⁴²⁷ Vgl. Köbel, S. 313.

⁴²⁸ BVerfG NJW 1981, 1431; BGHSt 42, 139, 152; BGHSt 52, 11, 17; Rogall, StV 2008, 220; Roxin, HRRS 5/2009, 187; Sowada, FS für Geppert, S. 697.

⁴²⁹ Vgl. Sowada, FS für Geppert, S. 698 f.

⁴³⁰ Hierzu siehe gleich unten Kap. 3, II.B.4.b).

⁴³¹ Unterzeichnung durch die deutsche Bundesregierung am 09.10.1968, in Kraft getreten am 23.03.1976, BGBl 1973 II S. 1533 ff.; zur Entstehungsgeschichte und zum Ratifizierungsprozess in Deutschland ausführlich LR-StPO-Esser, Einf. Rn. 68 ff.

⁴³² SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 131; Wessels, NJW 1966, 171; Rüping, JR 1974, 137; Rogall, S. 121; Rieß, JA 1980, 294; Rau, S. 36.

aa) Höchststrichterliche Rechtsprechung

Die höchstrichterliche Rechtsprechung erblickt in Art. 14 Abs. 3 lit. g IPBPR die ausdrückliche Gewährleistung des Schweigerechts des Beschuldigten⁴³³ und der gesetzlich verankerten Formulierung der von der Rechtsprechung anerkannten „Kernaussage“ des Nemo-tenetur-Grundsatzes, dass niemand im Strafverfahren gezwungen werden darf, sich selbst (durch eine Aussage) einer Straftat zu bezichtigen und damit zu seiner Überführung beizutragen.⁴³⁴ Der BGH zog diese Vorschrift ausdrücklich heran, um die Ausdehnung der Aussagefreiheit auf die sogenannte irrtumsbedingte staatliche Veranlassung des Beschuldigten zu belastenden Äußerungen aufgrund mangelnder Zwangsausübung abzulehnen. Damit würde die Aussagefreiheit einen Inhalt erhalten, den sie weder nach Art. 14 Abs. 3 lit. g IPBPR noch nach der Rechtstradition habe.⁴³⁵ Die oben erwähnte Übernahme der Rechtsprechung des EGMR hat jedoch dieses Argument gegenstandslos gemacht.

Bemerkenswert ist es in der Rechtsprechung, dass die Entscheidungspraxis des UN-Menschenrechtsausschusses keine Beachtung findet. Diese enthält jedoch durchaus gewisse Vorgaben, die den Schutzzumfang des Art. 14 Abs. 3 lit. g IPBPR konkretisieren.⁴³⁶

bb) Literaturmeinungen

Auch in der Literatur wird Art. 14 Abs. 3 lit. g IPBPR eine begrenzte Bedeutung beigemessen. Hingewiesen wird auf seinen beschränkenden Wortlaut, nach dem das Verbot des Aussagezwangs lediglich für den Beschuldigten im Strafverfahren gilt. Damit sei nicht einmal das Aussageverweigerungsrecht des Zeugen von dieser Vorschrift erfasst, welches jedoch anerkanntermaßen eine Ausprägung der Selbstbelastungsfreiheit ist.⁴³⁷ Außerdem sei ihr Rang als einfaches Bundesgesetz gemäß Art. 59 Abs. 2 GG ungünstig, um sich bei Normkonflikten mit einfachen Gesetzen, geschweige denn mit dem Grundgesetz, durchzusetzen.⁴³⁸ Ähnlich wie in der Rechtsprechung wird Art. 14 Abs. 3 lit. g IPBPR in der Literatur teilweise zur Bestätigung des durch Berücksichtigung weiterer Auslegungsmethoden festgestellten

⁴³³ BVerfG NJW 1981, 1431; BVerfG NStZ 1995, 555; BGH NJW 1992, 1464 f.

⁴³⁴ BGHSt 42, 139, 152; BGHSt 52, 11, 17; ebenso Böse, GA 2002, 99; Rau, S. 56; Fezer, StV 1996, 78; Bährlein/Pananis/Rehmsmeier, NJW 2002, 1825.

⁴³⁵ BGHSt 42, 139, 153; so auch Puppe, GA 1978, 299; vgl. Mahlstedt, S. 122.

⁴³⁶ Etwa die Zwangsdefinition des Ausschusses oben in Kap. 2, III.B.

⁴³⁷ Vgl. Rogall, S. 118; Reiß, S. 142; Wolff, S. 100 f.; Möller, JR 2005, 315 f.; Verrel, NStZ 1997, 365; Grünwald, JZ 1981, 428 Fn. 30; Mäder, S. 635; Rau, S. 56; Bährle, S. 72 f.; Schlauri, S. 81; Peters, ZStW 91/1979, 121, nach dem der Gesetzgeber durch die Regelungen in §§ 136 Abs. 1, 243 Abs. 4 und 55 StPO dem Art. 14 Abs. 3 lit. g IPBPR Genüge getan hat.

⁴³⁸ Bosch, Aspekte, S. 24 ff.; Mäder, S. 65; Rau, S. 56; vgl. Rogall, S. 121 ff.; Ransiek, S. 5.

Ergebnisses herangezogen, dass die Aussagefreiheit lediglich den Schutz vor Zwangsanwendung zur Selbstbelastung gewähre.⁴³⁹ Dagegen wird eingewendet, dass Art. 14 Abs. 3 lit. g IPBPR gerade nach seinem Wortlaut kein allgemeines Prinzip der Selbstbelastungsfreiheit enthalte und daher keine generierbaren Schlussfolgerungen für ein enges Verständnis der Selbstbelastungsfreiheit zulasse. Aus seiner Zwecksetzung, nämlich eine gemeinsame internationale Einigung innerhalb von unterschiedlichen Rechtsordnungen bezüglich der Rolle des Beschuldigten als Beweismittel zu erzielen, ergebe sich eher, dass sich seine Funktion in der Verbürgung eines Minimalgehaltes erschöpft.⁴⁴⁰ Ein beachtlicher Teil der Literatur ist dennoch der Ansicht, dass in dieser Vorschrift der Nemo-tenetur-Grundsatz positivrechtlich enthalten ist, wobei sich nicht immer klar erkennen lässt, was damit über die Frage der Ableitung sowie der Reichweite gesagt wird.⁴⁴¹ Schließlich bemüht sich ein weiterer Teil der Literatur ausdrücklich, den wegen seines Wortlauts begrenzten Schutzzumfang des Art. 14 Abs. 3 lit. g IPBPR durch eine historische und teleologische Auslegung auszuweiten, die vorwiegend auf die Ursprungsnorm, nämlich den 5. Zusatzartikel zur amerikanischen Verfassung, abstellt.⁴⁴²

b) Europäische Menschenrechtskonvention

Die nach Art. 59 Abs. 2 GG als einfaches Bundesgesetz geltende EMRK⁴⁴³ enthält keine ausdrückliche Regelung der Selbstbelastungsfreiheit. Der EGMR hat sie dennoch aus dem allgemeinen Recht auf ein faires Verfahren i.S.v. Art. 6 Abs. 1

⁴³⁹ *Lesch*, JA 1995, 157 Fn. 4; daher kein Täuschungsverbot ableitbar, so *Puppe*, GA 1978, 299; ablehnend gegen eine solche Ableitung *Bosch*, Aspekte, S. 26.

⁴⁴⁰ *Bosch*, Jura 1998, 241; so auch *Mahlstedt*, S. 63; die Begrenzung durch Art. 14 Abs. 3 lit. g IPBPR ablehnend auch *Nack*, 20. Strafverteidigertag, S. 244 f.; *Theismann*, S. 75.

⁴⁴¹ Vgl. *Dingeldey*, JA 1984, 409 („das allgemeine Verbot, einen Beschuldigten zum Beweismittel gegen sich selbst zu machen“); im Anschluss daran *Mäder*, S. 65; *Bährle*, S. 73; auch *Hellmann*, FS für Seebode, S. 144; Gewährleistung des Nemo-tenetur-Grundsatzes im Strafverfahren durch Art. 14 Abs. 3 lit. g IPBPR sehen etwa *Schäfer*, FS für Dünnebieber, S. 11; *Meyer-Goßner*, Einl. Rn. 29a; *Beulke*, S. 78 Rn. 125; *Lindner*, S. 45; *Sternberg-Lieben*, Jura 1995, 309; *Kiehl*, NJW 1993, 503; *Weßlau*, ZStW 110/1998, 1 Fn. 1; *Park*, StV 2001, 589 Fn. 5; *Salditt*, FS für Hamm, S. 595 Fn. 2; *Schuler*, JR 2003, 268; *von Freier*, ZStW 122/2010, 119 Fn. 7; *Rüping*, ZStW 91/1979, 352 sieht in Art. 14 Abs. 3 lit. g IPBPR die Positivierung des Verbots, zur eigenen Überführung beitragen zu müssen; vgl. *Soiné*, NSZ 2010, S. 597 („ausdrückliche gesetzliche Verankerung“ der Selbstbelastungsfreiheit); so auch *Dierlamm*, FS für Krey, S. 29; *Sowada*, FS für Geppert, S. 697; *von Arnim*, GS für Blumenwitz, S. 280 („der wichtigste Ausdruck des Nemo-tenetur-Prinzips“); der Ableitung eines völkerrechtlichen allgemeinen „privilege against self-incrimination“ aus Art. 14 Abs. 3 lit. g IPBPR gegenüber ablehnend LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 891; *Bosch*, Jura 1998, 241; LR-StPO-Gleß, § 136 Rn. 27 (nur die Aussagefreiheit sei hierin gesichert).

⁴⁴² SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 131; *ders.*, S. 116 ff.; im Anschluss daran *Salger*, S. 8 f.; anhand einer „rechtsvergleichenden“ Auslegung gelangt *Schlauri*, S. 172 zu der Auffassung, dass Art. 14 Abs. 3 lit. g IPBPR auch auf Sachbeweise anwendbar ist.

⁴⁴³ Zur Geltung der EMRK eingehend siehe unten Kap. 5, I.B.1.

EMRK abgeleitet.⁴⁴⁴ Im Gegensatz zu Art. 14 Abs. 3 lit. g IPBPR nimmt die diesbezügliche Rechtsprechung des EGMR auch an der Konkretisierung des nationalrechtlichen Schutzzumfangs der Selbstbelastungsfreiheit durch innerstaatliche Gerichte teil.⁴⁴⁵

aa) Höchststrichterliche Rechtsprechung

Die Rechtsprechung des EGMR über die Selbstbelastungsfreiheit hat bis dato hinsichtlich zweier Streitfragen bei diesem Grundsatz im deutschen Recht Beachtung gefunden.⁴⁴⁶ Mit einem einzigen Satz merkte die Zweite Kammer des 2. Senats des BVerfG an, dass die Unterscheidung zwischen dem absoluten Kernbereich der grundgesetzlichen Selbstbelastungsfreiheit und ihrer zum Schutz des Gemeinwohlbelangens einschränkbareren Geltung in einem außerstrafrechtlichen Kontext auch in der Rechtsprechung des EGMR angelegt ist.⁴⁴⁷

Abgesehen von diesem Verweis beeinflusst die Rechtsprechung des EGMR die Bestimmung des Schutzzumfangs der Selbstbelastungsfreiheit im deutschen Recht in einem beachtlichen Ausmaß hinsichtlich der verdeckten Befragung eines Beschuldigten.⁴⁴⁸ Eine lange Zeit war ihre Zulässigkeit nämlich an der bereits oben zitierten Grundsatzentscheidung des Großen Senats zu messen, die die Freiheit von Irrtum aus dem Schutzbereich der Selbstbelastungsfreiheit herausnahm.⁴⁴⁹ Nichtsdestoweniger stöße die verdeckte Ausforschung des Beschuldigten an rechtsstaatliche Grenzen, weil diese einer Verletzung der Aussagefreiheit unter Umständen nahekommen könne.⁴⁵⁰ Damit blieb es dem BGH überlassen, diese Grenze weiter

⁴⁴⁴ EGMR *Funke* ./ FR Urt. v. 25.02.1993 § 44; hierzu siehe auch oben Kap. 2, II.A.4.

⁴⁴⁵ Vgl. *Mahlstedt*, S. 108.

⁴⁴⁶ Siehe auch das Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts vom 29.07.2009 (BGBl I, S. 2274.) und das Gesetz zur Stärkung der Verteidigungsrechte des Beschuldigten im Strafverfahren v. 02.07.2013 (BGBl. 2013 Teil I, 1938 v. 05.07.2013), denen grundsätzlich die Forderungen des Europäischen Ausschusses zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe (CPT), die EU-Richtlinie (2010/64/EU) über das Recht auf Dolmetscherleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren vom 20.10.2010 sowie die EU-Richtlinie (2012/13/EU) über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren v. 22.05.2012 zugrunde gelegt worden sind. Sowohl der CPT-Bericht als auch die beiden Richtlinien nehmen ihrerseits Bezug auf Art. 5 und 6 EMRK in ihrer Auslegung durch den EGMR; zu Gesetzesmotiven siehe BT-Drucksache 16/11644, BT-Drucksache 17/12578; hierzu eingehend siehe *Esser*, FS für Wolter, S. 1338 ff.

⁴⁴⁷ BVerfG 2 BvL 13/07 v. 27.04.2010 Rn. 56.

⁴⁴⁸ Hierzu siehe auch LR-StPO-*Esser*, Art. 6 Rn. 934; *Schmidt*, S. 110 ff.; vgl. *Bosch*, Aspekte, S. 27.

⁴⁴⁹ BGHSt 42, 139, 153.

⁴⁵⁰ BGHSt 42, 139, 154 f.; kritisch etwa *Roxin*, FS für Geppert, S. 556.

zu konkretisieren.⁴⁵¹ Diese Rechtsprechung wurde später auch vom BVerfG für verfassungskonform erklärt.⁴⁵²

Um die genannte Entscheidung des Großen Senats zu hinterfragen, zog der 3. Strafsenat des BGH die Rechtsprechung des EGMR im Fall *Allan* heran.⁴⁵³ Der EGMR beschränke die Aussagefreiheit nicht auf Fälle, in denen der Beschuldigte einem Aussagezwang widerstehen muss.⁴⁵⁴ Sie gewähre darüber hinaus auch die Freiheit, darüber entscheiden zu können, ob er bei einer polizeilichen Befragung aussagen oder schweigen will.⁴⁵⁵ Ebenfalls in Anlehnung an das Urteil im Fall *Allan* brachte der 1. Strafsenat unmissverständlich zum Ausdruck, dass auch Täuschung vom Schutzzumfang der Aussagefreiheit erfasst ist.⁴⁵⁶ In seiner letzten Entscheidung führte der 3. Strafsenat die Selbstbelastungsfreiheit ausschließlich auf das Recht auf ein faires Verfahren gemäß Art. 6 Abs. 1 EMRK zurück, zu dessen Kernbereich sie gehöre. Entsprechend der Rechtsprechung des EGMR im Fall *Allan* sowie *Bykov*⁴⁵⁷ hänge die Frage, „ob die Anwendung einer Täuschung das Schweigerecht in einem solchen Maß missachtet wurde, dass eine Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK gegeben ist, von den Umständen des Einzelfalls ab“. Der aktuellen Rechtsprechung des EGMR, insbesondere dem *Bykov*-Urteil, lasse sich nach dem Senat der Leitsatz entnehmen, dass die Aussagefreiheit erst dann unfair beeinträchtigt wird, wenn der Beschuldigte entweder durch Zwang oder „durch eine psychologischem Druck gleichkommende Täuschung“ zu belastenden Äußerungen gedrängt worden ist.⁴⁵⁸

Im Ergebnis lässt sich konstatieren, dass die Rechtsprechung des EGMR den deutschen Gerichten offenkundig dazu verholfen hat, eine der umstrittensten Fragen der Selbstbelastungsfreiheit zu klären.⁴⁵⁹ Für die Rechtspraxis heißt das, dass geltende Rechtsgrundlagen für die Beurteilung über die täuschungsbedingte staatliche Veranlassung eines Beschuldigten zu selbstbelastenden Äußerungen nicht mehr die analoge Anwendung des § 136a StPO oder das Rechtsstaatsprinzip sind,

⁴⁵¹ Zur Fortführung dieser Rechtsprechung siehe BGHSt 44, 129 ff. = JR 1999, 346 mit Anm. *Hanack*; NSStZ 1999, 147 mit Anm. *Roxin*.

⁴⁵² BVerfG Beschl. v. 27.04.2000 – 2 BvR 1990/96 = NJW 2000, 3557; hierzu siehe *Esser*, JR 2004, 101.

⁴⁵³ EGMR *Allan* ./ *GB* Urt. v. 05.11.2002; vgl. BGHSt 36, 167, 173, der auf die Rechtsprechung des EGMR im Fall *Schenk* Bezug nahm.

⁴⁵⁴ BGHSt 52, 11, 18; Fortsetzung BGH NSStZ 2011, 596, 597; siehe auch *Kühne*, FS für Wolter, S. 1011; *Mahlstedt*, S. 109 f.; *Roxin*, NSStZ-Sonderheft 2009 für Miebach, S. 42.

⁴⁵⁵ BGHSt 52, 11, 18; im Anschluss daran auch BGH NSStZ 2009, 343 ff.; hierzu siehe auch *Engländer*, ZIS 3/2008, 167.

⁴⁵⁶ BGHSt 53, 294, 305.

⁴⁵⁷ EGMR *Bykov* ./ *RU* Urt. v. 10.03.2009.

⁴⁵⁸ BGH NSStZ 2011, 596, 597; ebenso BGHSt 53, 294, 305; kritisch hiergegen *Mahlstedt*, S. 111.

⁴⁵⁹ Vgl. *Volk*, S. 45 f. Rn. 20; *Gaede*, FS für Fezer, S. 26.

sondern unmittelbar der Nemo-tenetur-Grundsatz ist.⁴⁶⁰ Abgesehen von der Frage, wie die verschiedenen Senate des BGH über diesen nun erreichten Standpunkt hinaus den Schutzzumfang der Aussagefreiheit vor Täuschung weiter konkretisieren, deutet das Erfordernis des 3. Senats, die Frage eines Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 1 EMKR durch eine Einzelfallprüfung vorzunehmen, bereits darauf hin, dass das Täuschungsverbot im Vergleich zum Zwangsschutz in einem geschwächtem Umfang gilt. Im Übrigen wirft die Rezeption der EGMR-Rechtsprechung trotz der oben genannten relativen Klarheit einige Fragen auf. So stellt sich die Frage, ob der BGH den EGMR richtig verstanden hat. Des Weiteren bleibt zu klären, ob die neue Rechtsgrundlage bloß ein Etikettenwechsel ist oder ob sie tatsächlich eine Erweiterung des Schutzzumfangs der Aussagefreiheit zur Folge hat. Zwar hat der 3. Senat ebenfalls die Entscheidung des Großen Senats berücksichtigt, die Frage eines Konflikts zwischen diesem und dem EGMR aber offen gelassen.⁴⁶¹

bb) Literatur

Im Schrifttum besteht Einigkeit darüber, dass die Anerkennung der Selbstbelastungsfreiheit als implizierte Teilverbürgung des Art. 6 Abs. 1 EMRK dieser neben ihren grund- und einfachgesetzlichen Stützen eine weitere völkerrechtliche Grundlage verleiht.⁴⁶² Bereits nach der Entscheidung des Großen Senats merkte *Meurer* an, dass „das letzte Wort“ in Karlsruhe und Straßburg noch nicht gesprochen ist.⁴⁶³ Nach dem *Allen*-Urteil war für *Roxin* klar, dass die Aussagefreiheit nicht nur bei offenen Vernehmungen gilt, in denen sich der Beschuldigte aufgrund einer unterbliebenen Belehrung zur Aussage verpflichtet fühlen soll; § 136 StPO sei auch auf verdeckte Befragungen anzuwenden. Er forderte „allein unter Berufung auf die Entscheidung des EGMR [...] ein Verbot der Hörfalle und der Verwertung ihrer Ergebnisse“.⁴⁶⁴ Entsprechend der *Allen*-Rechtsprechung laute nun die menschenrechtliche Vorgabe aus Straßburg: Dem Beschuldigten darf keine Hörfalle durch Täuschung gestellt werden, die ihm faktisch die Möglichkeit nimmt, von seinem

⁴⁶⁰ SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 27.

⁴⁶¹ BGHSt 52, 11, 18; *Gaede*, FS für Fezer, S. 31 f.; vgl. BGHSt 55, 138, 145, der sowohl den BGHSt 42, 139 als auch die Rechtsprechung des EGMR im Fall *Allan* sowie *Bykov* als Maßstab heranzieht. Zum „neuen“ Schutzzumfang der Selbstbelastungsfreiheit bei verdeckter Befragung eines Beschuldigten unter Berücksichtigung der EGMR-Rechtsprechung und der des Großen Senats siehe auch LG Dortmund Ur. v. 13.11.2007 BeckRS 2010, 00996.

⁴⁶² Auf die Verankerung durch Art. 6 Abs. 1 EMRK hinweisend in der Literatur etwa *Eisenberg*, S. 183 Rn. 549; *Kretschmer*, HRRS 7–8/2010, 346; *Roxin*, HRRS 5/2009, 187; *Hellmann*, FS für Seebode, S. 144; *Ostendorf*, FS für Roxin, S. 1337; *Dierlamm*, FS für Krey, S. 29; *Sowada*, FS für Geppert, 698; *Kleszczewski*, StV 2010, 464; vgl. *Müder*, S. 62; *Aselmann*, S. 38 f.; *Rau*, S. 55; *Mahlstedt*, S. 62.

⁴⁶³ *Meurer*, FS für Roxin, S. 1282; so auch *Eidam*, S. 61.

⁴⁶⁴ *Roxin*, NSTZ-Sonderheft 2009 für Miebach, S. 42 f.

Wahlrecht, auszusagen oder nicht, Gebrauch zu machen.⁴⁶⁵ Bei einem solchen Vorgehen sei die Umgehungsabsicht der Polizei für jede verdeckte Befragung ohne Weiteres anzunehmen. Nach diesen Maßstäben ist für *Roxin* entgegen dem 3. Senat in NSTz 2011, 596 das Schweigerecht des Beschuldigten, etwa auch durch die Stellung einer einfachen Abhörfalle durch eine Privatperson, verletzt gewesen, weil die Umgehungsabsicht eindeutig vorlag.⁴⁶⁶

Nach dem *Bykov*-Urteil des EGMR, das der 3. Senat seiner oben erwähnten Entscheidung zugrunde legte, ist nun auch der letztgenannten Literaturansicht bewusst, dass die Rechtsprechung des EGMR keine derart weitreichenden Gewährleistungen für die Aussagefreiheit enthält.⁴⁶⁷ Schon vor diesem Urteil verwies man im Schrifttum bei einem Vergleich zwischen dem *Allen*-Urteil und der Rechtsprechung des BGH hinsichtlich der verdeckten Befragung eines inhaftierten Beschuldigten im Gegensatz zu der gerade aufgeführten Literatur nur auf „bemerkenswerte Gemeinsamkeiten“.⁴⁶⁸ Während der EGMR die Selbstbelastungsfreiheit als Teilgarantie des Rechts auf ein faires Verfahren gemäß Art. 6 Abs. 1 EMRK zur Würdigung heranziehe, sei in der Rechtsprechung des BGH § 136a StPO als Bewertungsmaßstab anerkannt, der schließlich den *Nemo-tenetur*-Grundsatz flankiere.⁴⁶⁹ „Allzu große Unterschiede“ konnte auch *Rogall* nicht feststellen.⁴⁷⁰ „In der Sache“ vermöge er keine über den Schutzzumfang des deutschen Rechts hinausgehenden Garantien aus dem *Allen*-Urteil zu entnehmen, den dieses für die sogenannten Zellengenossenfälle habe.⁴⁷¹ Der BGH gelange zu demselben „Schutzniveau für den Beschuldigten“, jedoch auf eigenem Weg.⁴⁷² Man liege daher mit der Behauptung falsch, die Entscheidung des Großen Senats durch das *Allen*-Urteil sei überholt.⁴⁷³ Dieses Urteil habe dennoch bei den deutschen Gerichten insofern ein „Trauma“ ausgelöst und „durch seine Existenz“ für „viel Unheil“ gesorgt. Ein allgemeines Täuschungsverbot aus der Rechtsprechung des EGMR in den Schutzzinhalt der Aussagefreiheit zu transplantieren, ist daher in der Tat unbegründet.⁴⁷⁴ Spätestens im *Bykov*-Urteil habe die Rechtsprechung des EGMR belegt, dass die verdeckte staatliche Veranlassung des Beschuldigten zu belastenden Äußerungen dadurch, dass er über die Absicht und Identität des

⁴⁶⁵ *Eisenberg*, JR 2011, 409.

⁴⁶⁶ *Roxin*, StV 2012, 131.

⁴⁶⁷ *Roxin*, FS für Geppert, S. 558 schlägt deshalb die Entwicklung eines anderen Kriteriums vor, nämlich das Verbot des Vertrauensmissbrauchs, welches alle Arten von unzulässigen Hörfällen umfasse. Hierzu siehe oben Kap. 3, II.B.3.d).

⁴⁶⁸ *Guder*, S. 181.

⁴⁶⁹ *Guder*, S. 182.

⁴⁷⁰ *Rogall*, StV 2008, 221; so auch *Sowada*, FS für Geppert, S. 701.

⁴⁷¹ *Rogall*, HRRS 6/2010, 291; so bereits *Renzikowski*, JR 2008, 165.

⁴⁷² *Guder*, S. 223; *Sowada*, FS für Geppert, S. 701; *Verrel*, FS für Puppe, S. 1641 f.; *Kühne*, FS für Wolter, S. 1014.

⁴⁷³ SK-StPO-*Rogall*, § 136a Rn. 33; a.A. *Meyer-Mews*, NJW 2007, 3143.

⁴⁷⁴ *Rogall*, HRRS 6/2010, 291.

Befragenden aktiv getäuscht oder sein diesbezüglich bestehender Irrtum ausgenutzt wird, nicht „automatisch“ die Selbstbelastungsfreiheit verletzt. Die Voraussetzung des hierbei vom EGMR angeführten Entlockens gehe über eine einfache Täuschung hinaus⁴⁷⁵ und verlange ein qualifiziertes Druckmoment.⁴⁷⁶

c) Zwischenergebnisse

Art. 14 Abs. 3 lit. g IPBPR fungiert im deutschen Recht als einzige Positivierung des Nemo-tenetur-Grundsatzes, wobei auch diese Vorschrift ihn nicht vollständig wiedergibt.⁴⁷⁷ Keinen weiteren Beitrag leistet diese Vorschrift derzeit bei der Bestimmung des Schutzzumfangs der Selbstbelastungsfreiheit. Der Versuch, einen erweiterten Schutzzumfang der Selbstbelastungsfreiheit bezüglich einer verdeckten Befragung des Beschuldigten anhand der Heranziehung der EGMR-Rechtsprechung zu begründen, muss im Augenblick als gescheitert betrachtet werden. Nicht zu übersehen ist jedoch, dass der EGMR die Straßburger Standards erhöhen kann.⁴⁷⁸ Für das geltende Recht wird nachfolgend die Rechtsprechung des BGH, die aus der systematischen Auslegung der Aussagefreiheit des Beschuldigten innerhalb der StPO beachtliche Konsequenzen zieht, näher beleuchtet.

5. Systematik der StPO – Wechselwirkung zwischen Verfassung und StPO

Die Strafprozessordnung geht von der „selbstverständlichen“ Geltung des Nemo-tenetur-Grundsatzes aus. Darüber besteht kein Streit.⁴⁷⁹ Bei der Frage des „Wie“, also inwiefern die StPO dadurch an der Konkretisierung der Selbstbelastungsfreiheit teilnimmt, lassen sich jedoch in der Rechtsprechung keine klaren Linien erkennen. Häufig verweist sie darauf, dass die StPO diesen Grundsatz durch §§ 55 Abs. 1, 114b Abs. 1 Nr. 2, 115 Abs. 3, 128 Abs. 1, 136 Abs. 1, 136a, 163a Abs. 3, 4 sowie 243 Abs. 5 zum Ausdruck bringt.⁴⁸⁰ Aus der StPO lassen sich nach dem

⁴⁷⁵ Sowada, FS für Geppert, S. 689.

⁴⁷⁶ Zerbes, S. 93.

⁴⁷⁷ Kölbl, S. 22; vgl. Rau, S. 35 (bestätigt die Geltung nur „mittelbar“); Hellmann, FS für Seebode, S. 144 (völkerrechtliche Grundlage).

⁴⁷⁸ Darauf zutreffend hinweisend Renzikowski, FS für Amelung, S. 684.

⁴⁷⁹ BVerfG Beschl. v. 16.11.1998 – 2 BvR 510/96 = NJW 1999, 779; so auch Bosch, Aspekte, S. 18; LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 886; Mäder, S. 58.

⁴⁸⁰ Vgl. BVerfG NJW 2013, 1058, 1069; BGHSt 53, 294, 305; so auch die h.M. in der Literatur, SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 66; ders., S. 104; StK-StPO-Joecks, Einl. Rn. 83; Meyer-Göfner, Einl. Rn. 29a; Bosch, Aspekte, S. 18; Reiß, S. 144 f.; Nothhelfer, S. 9; Rau, S. 36; Eidam, S. 1; Kölbl, S. 22; Helgerth, S. 157 ff.; Salger, S. 4; Schäfer, FS für Dünnebier, S. 11; Guradze, FS für Loewenstein, S. 152; Kühl, JuS 1986, 117; Schneider, Jura 1990, 575; Degener GA 1992, 443 ff.; Rüping, JR 1974, 137; Dingeldey, JA 1984, 408; Stree, JZ 1966, 593; Bährlein/Panaris/Rehmsmeier, NJW 2002, 1825; Matt, GA 2006, 324; Bruns, FS für Schmidt-Leichner, S. 8; Möller, JR 2005, 315; Soiné, NSTZ 2010, 597; Lesch, JA 1995, 157; Esser, JR 2004, 98; Safferling/Hartwig, ZIS 2009, 784;

BGH dementsprechend „allgemeine Grundsätze über Benutzung des Beschuldigten gegen sich selbst“ entnehmen.⁴⁸¹

Bei näherer Betrachtung lässt sich diesen Grundsätzen zum einen ein allgemeines Recht entnehmen, dass niemand im Strafverfahren gegen sich selbst bei der Erhebung eines Beweismittels aktiv mitwirken muss. Hierdurch wird a) die Mitwirkungslehre einfachgesetzlich begründet. Zum anderen muss niemand gegen sich selbst aussagen. Insbesondere für den Beschuldigten stellt dieser Anspruch b) die einfachgesetzliche Grundlage für die Aussagefreiheit dar.

Im Folgenden ist auf die Einzelheiten der beiden Rechte einzugehen, die trotz der Klarheit ihrer allgemeinen Ausformulierung doch mehrere Abgrenzungsfragen aufwerfen.

a) Die Mitwirkungslehre der StPO

Die Mitwirkungslehre wird vom BGH gelegentlich auch dadurch zum Ausdruck gebracht,⁴⁸² dass der Beschuldigte nicht verpflichtet ist, an der eigenen Überführung oder an der Untersuchungshandlung eines Strafverfolgungsorgans oder eines Sachverständigen aktiv mitzuwirken.⁴⁸³ In Übereinstimmung mit dem verfassungsrechtlich verbürgten Nemo-tenetur-Grundsatz umfasst die Mitwirkungslehre der StPO aus freiheitsrechtlicher Perspektive die Freiheit des Beschuldigten, selbst darüber zu befinden, ob er an der Aufklärung des Sachverhalts aktiv mitwirken will oder nicht.⁴⁸⁴ Folglich hat er das Recht auf Passivität, wobei dieses nur eingeschränkt gilt. Denn seine Beweisfunktion als Augenscheinobjekt darf unabhängig von seinem Willen beansprucht werden, sofern er bei der Beweiserhebung passiver Beteiligter bleibt. Das Gesetz kann ihm dabei eine Duldungspflicht auferlegen, die im Weigerungsfalle unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsprinzips er-

Mäder, S. 60; Aselmann, S. 42; Bährle, S. 67 f.; Soiné, NStZ 2010, 598; Schuler, JR 2003, 266; von Arnim, GS für Blumenwitz, S. 270; Dierlamm, FS für Krey, S. 29.

⁴⁸¹ BGHSt 34, 39, 44 f.

⁴⁸² BGHSt 34, 39, 44; kritisch hierzu Fischer, S. 15 f.; weitere Nachweise bei Verrel, S. 233 Fn. 1356; vgl. Aselmann, S. 44.

⁴⁸³ BGHSt 34, 39, 46.

⁴⁸⁴ BGHSt 49, 56, 58; BGHSt 42, 139, 152; BGHSt 40, 66, 71; BGHSt 34, 39, 44; KG NJW 1979, 1668; vom weiten Verständnis der Selbstbelastungsfreiheit ausgehend auch BVerfGE NJW 2004, 1005; NJW 2005, 1641 f.; BVerfG NJW 1981, 1431; BVerfG Entsch. v. 27.06.2005 – 2 BvR 2428/04 Rn. 33; so auch die h.M. in der Literatur SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 72; ders., S. 55 ff. und 158 ff.; Eisenhardt, S. 46; Kraft, S. 177; Aselmann, S. 44; Moormann, S. 36; Lammer, S. 159 f.; Kölbl, S. 43 ff.; Wolff, S. 92; Theismann, S. 80; Neumann, FS für Wolff, S. 376 ff.; Schmidt, NJW 1962, 665; Wolfslast, NStZ 1987, 103; Seebode, JA 1980, 496; Quentmeier, JA 1996, 215; Schneider, GA 1997, 374; Roxin, Isr. L. Rev. 31/1997, 83 ff.; Soiné, NStZ 2010, 598; Grüner, JuS 1999, 124 f.; Geppert, Blutalkohol 1991, 36; von Arnim, GS für Blumenwitz, S. 287; weitere Nachweise bei Verrel, S. 198 Fn. 1158; Mäder, S. 100 f. Fn. 301; die Mitwirkungslehre ablehnend Sautter, AcP 1962, 249 ff.

zwingbar ist. Nach dem BGH liegt insofern den „strafprozessualen Eingriffsermächtigungen gegenüber dem Beschuldigten (z. B. §§ 81, 81a, 102, 133 ff., 163a Abs. 3, § 163b Abs. 1 StPO) die Erwägung zugrunde, dass ein Beschuldigter lediglich gezwungen werden kann, den Augenschein an sich zu dulden“.⁴⁸⁵ Die Achtung der Würde des Beschuldigten sowie seine Subjektstellung im Strafverfahren werden daher „nur innerhalb des angegebenen Rahmens vom Gesetz“ gewährt, „das ihn unerlässlichen Untersuchungen und Beschränkungen“ unterwerfen kann, wie etwa einer Blutentnahme gem. § 81a StPO.⁴⁸⁶ Aus dem Schutzbereich der Selbstbelastungsfreiheit scheiden somit ebenfalls Selbstbelastungen aus, solange diese nach §§ 94 ff., §§ 102 ff. StPO durch eine Beschlagnahme und/oder Durchsuchung eines bereits von dem Beschuldigten geschaffenen oder sonst existierenden Beweismittels herbeigeführt werden. Denn hier wird nicht bezweckt, die Entstehung neuer Erkenntnisse zu provozieren oder in irgendeiner Weise eine staatliche Veranlassung zu einer ungewollten Selbstbelastung vorzunehmen.⁴⁸⁷ Ausgenommen hiervon sind nach dem BGH die vom Beschuldigten zum Zweck seiner Verteidigung gefertigten Unterlagen. Ihre Beschlagnahme und Verwendung gegen ihn im Strafverfahren würde sein Recht auf Selbstbelastungsfreiheit verletzen.⁴⁸⁸

aa) Abgrenzungskriterium: Passivität – Aktivität

Die oben definierte Selbstbelastungsfreiheit im weiteren Sinn gewährt dem Beschuldigten keinen umfassenden Schutz vor Selbstbelastung, sondern knüpft die relative Reichweite an das Kriterium der aktiven Mitwirkung, also Aktivität. Es ist daher für die Bestimmung ihres Schutzzumfangs essenziell festzustellen, wann der Beschuldigte bei der Beweiserhebung ein passives Verhalten zutage legt, bei dem er zu einer aktiven Mitwirkung gezwungen werden darf, bzw. wann er bei der Beweiserhebung einen aktiven Beitrag leistet, wo ihm ein Weigerungsrecht zusteht.⁴⁸⁹ Dies liegt nach dem BGH jedenfalls vor, wenn der Beschuldigte an einem Test, einer Tatrekonstruktion, an Schriftproben, der Vorbereitung eines Gutachtens oder an

⁴⁸⁵ BGHSt 34, 39, 46.

⁴⁸⁶ BGHSt 5, 332, 334; kritisch gegen eine solche einfachgesetzliche Bestimmung des Nemo-tenetur-Grundsatzes *Bosch*, Aspekte, S. 279; a.A. *Verrel*, S. 233; für den Wortlaut der Vorschrift siehe Anhang: Gesetzestexte.

⁴⁸⁷ So ausdrücklich für den Fall der umstrittenen online-Durchsuchung nach § 102 StPO BGH StV 2007, 61 ff.; die Zulässigkeit der online-Durchsuchung ablehnend BGH 1 BGs 184/2006, Beschl. v. 25.11.2006, HRRS 2007 Nr. 466, BGH Beschl. v. 31.01.2007 StB 18/06; siehe auch BVerfG 1 BvR 370/07 v. 27.02.2008.

⁴⁸⁸ BGH NJW 1998, 1964; zur Erweiterung des Schutzes der Menschenwürde und des Rechts auf den unantastbaren Kernbereich der privaten Lebensgestaltung durch Unverwertbarkeit von Tagebuchaufzeichnungen eines Beschuldigten siehe BGHSt 19, 325; NJW 1964, 1139; BGHSt 34, 397 = NJW 1988, 1037; BVerfGE 80, 367 = NJW 1990, 563.

⁴⁸⁹ Kritisch gegenüber diesem Abgrenzungskriterium *Mahlstedt*, S. 74 f.; *Dencker*, StV 1994, 673; *Bosch*, Aspekte, S. 279; *Verrel*, S. 211; *Weßlau*, ZStW 110/1998, 28; SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 142; *Reiß*, S. 174 ff.; *Aselmann*, S. 47; *Köbel*, S. 48.

einer Stimmprobe teilnehmen soll.⁴⁹⁰ Nichts anderes gilt, wenn der Beschuldigte zur Anfertigung und/oder Herausgabe von Unterlagen verpflichtet würde, die einen selbstbelastenden Inhalt hätten (vgl. §§ 95 ff. StPO).⁴⁹¹ Er verhalte sich allerdings nicht aktiv, wenn er sich zur Vorbereitung und Durchführung einer Gegenüberstellung, die er ja passiv zu dulden habe, zu jenem Ort begibt und diejenige Körperhaltung einnimmt, die eine Identifizierung seiner Person erlaubt. Das Weigerungsrecht des Beschuldigten gelte „selbstverständlich“ für dieses Verhalten nicht. Ergo darf er etwa zur Einnahme jener Körperhaltung gezwungen werden.⁴⁹² Dasselbe gilt, wenn dem Beschuldigten zu Vergleichszwecken am Tatort eine durchsichtige Strumpfmassage übergezogen und er frontal und seitlich zur Kamera positioniert oder mit einer bestimmten Kopf- und Armhaltung vor die Kamera gebracht wird.⁴⁹³

Es wird in der Literatur sehr kontrovers diskutiert, ob das Recht des Beschuldigten auf Passivität unter dem Aspekt der Erheblichkeit des geleisteten Beitrags zur eigenen Überführung eingeschränkt werden kann.⁴⁹⁴ Die Literaturansichten bekunden nicht nur ihre Zustimmung oder Ablehnung zu dem vom BGH vertretenen Standpunkt; sie entwerfen ihrerseits Konzepte, die die Abgrenzung zwischen Passivität und Aktivität plausibel und widerspruchsfrei zu definieren versuchen.⁴⁹⁵ Für weitere Diskussionen in der ohnehin sehr uneinheitlichen Literatur sorgte die Abgrenzungsfrage erneut beim Einsatz von Brechmitteln zur Erlangung von Drogenpäckchen im Magen eines Beschuldigten.⁴⁹⁶ Das BVerfG sowie ein Teil der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung sahen keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken in der Anwendung einer solchen Beweisgewinnungsmethode, wobei eine gesonderte Auseinandersetzung mit der Frage der Abgrenzung in den Entscheidungen ausblieb.⁴⁹⁷ Das OLG Frankfurt bewertete das Erbrechen des Beschuldigten ausdrücklich als aktives Verhalten, zu dem er nicht gezwungen

⁴⁹⁰ BGHSt 34, 39, 46; BGHSt 40, 66, 71 f.

⁴⁹¹ BVerfG NJW 2005, 1641 f.; vgl. BGH NJW 1998, 1964; für den Wortlaut dieser Vorschrift siehe Anhang: Gesetzestexte.

⁴⁹² BGH JR 1979, 347, 348; bestätigt durch BVerfGE 47, 239; kritisch hiergegen *Wolfs-last*, NStZ 1987, 103; *Eidam*, S. 141; *Verrel*, S. 210; *Hackethal*, S. 135; *Odenthal*, NStZ 1985, 435; wobei man auch in der Literatur von keiner strenggenommenen Passivität ausgeht, hierzu siehe *Eidam*, S. 141 f.; *Verrel*, S. 211–225; zu sog. Vorbereitungshandlungen siehe auch BayObLGSt 1979, 104; *Seebode*, JA 1980, 497.

⁴⁹³ BGH NStZ 1993, 47 f.

⁴⁹⁴ Stellvertretend siehe etwa *Eidam*, S. 145.

⁴⁹⁵ Konkretisiert wurde der Ansatz der Passivität – Aktivität dahingehend, dass als Abgrenzungskriterium auf „Produzieren“ (*Rogall*, StV 2008, 221; *Kraft*, S. 182; *Zerbes*, S. 77; *Sternberg-Lieben*, Jura 1995, 309), „Präsentieren“ (SK-StPO-*Rogall*, Vor. § 133 ff. Rn. 142; *Bährle*, S. 87), „Erzeugen“ (*Kölbel*, S. 46 f.) oder das Beweismittel gegen sich selbst „führen“ (*Reiß*, S. 178 f.) abgestellt wird; die Unterlassungsdogmatik des Strafrechts heranziehend *Eidam*, S. 147 f.; vgl. *Bosch*, Aspekte, S. 279.

⁴⁹⁶ Vgl. *Hackethal*, S. 117; *Neumann*, FS für Wolf, S. 373.

⁴⁹⁷ BVerfG Beschl. v. 15.09.1999 – 2 BvR 2360/95 = NStZ 2000, 96 = NStZ 2000, 381 mit Anm. *Rixen*; OLG Bremen, NStZ-RR 2000, 270; KG, StV 2002, 124.

werden dürfe.⁴⁹⁸ Die ablehnende Literaturansicht, die auch den im Ergebnis übereinstimmenden gerichtlichen Entscheidungen zugrunde liegen dürfte, stützt sich dabei auf die Überlegung, dass es bei der Abgrenzung zwischen Passivität und Aktivität nicht auf das bloße physische Erscheinungsbild eines Verhaltens nach außen ankomme, sondern darauf, ob dem fraglichen Verhalten zunächst eine Handlungsqualität zukomme. Bei einem willkürlichen und willensunabhängigen Verhalten sei dies nicht der Fall.⁴⁹⁹ Dadurch bezieht man sich außerdem auf die gefestigte Rechtsprechung des BGH, wonach das Recht des Beschuldigten auf Passivität grundsätzlich nicht verbietet, dass das Gericht bei seiner Überzeugungsbildung „vom Willen nicht steuerbare Ausdrucksvorgänge eines Beschuldigten, z.B. starke Schweißbildung, Erröten, Sprechstörungen oder andere Orientierungs-, Anstrengungs- und Verlegenheitsreaktionen“, in die Beweiswürdigung einfließen lässt,⁵⁰⁰ wenngleich er auch hier zu seiner eigenen Überführung dem Äußerer nach aktiv mitwirkt.

bb) Umfang des Rechts auf Passivität

Die oben aufgeführte Rechtsprechung zeigt, welche Einschränkungen der Beschuldigte bei der Ausübung seines Rechts auf Passivität hinzunehmen hat. Die Zulässigkeit der Berücksichtigung seiner körperlichen Ausdrucksvorgänge legt die Vermutung nahe, dass im Mittelpunkt der Grenzen des Rechts auf Passivität die Entscheidungsfreiheit des Beschuldigten steht, ob er sich als Beweismittel gegen sich selbst im Dienst der Strafverfolgung zur Verfügung stellen will. Kann er darüber nicht verfügen, weil dies, wie unwillkürliche körperliche Ausdrucksvorgänge, außerhalb seines Dispositionsbereichs liegt, so ist die Aktivität bei seiner Inanspruchnahme als Beweismittel nicht mehr der entscheidende Gesichtspunkt. Mit den Worten von *Grünwald* stellt der Nemo-tenetur-Grundsatz den Beschuldigten davon frei, dass ihm „die Qual, zwischen der Mitwirkung an der eigenen Überführung und dem Hinnehmen anderer Übel wählen zu müssen, erspart“ bleibt.⁵⁰¹ Daher verbiete er nur die Anwendung der willensbeugenden Gewalt, nämlich *vis compulsiva*, und die Androhung mit Zufügung eines erheblichen Übels. Dagegen bestünde keine vergleichbare Qual, wenn sein Wille durch *vis absoluta* gebrochen werden kann, also die Erzwingbarkeit des erwünschten Verhaltens ohne sein Zutun

⁴⁹⁸ OLG Frankfurt, NJW 1997, 1647 ff. = StV 1996, 651 ff.; vgl. OLG Karlsruhe NSTz 2005, 400; so auch *Eidam*, S. 138, 155 f.; *Dallmeyer*, KritV 2000, 260; *Mahlstedt*, S. 73; vgl. *Verrel*, S. 223; *Aselmann*, S. 47.

⁴⁹⁹ SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 142; *Theismann*, S. 118 f.

⁵⁰⁰ BGHSt 44, 316; BGHSt 5, 332, 335; so auch *Aselmann*, S. 44; *Mahlstedt*, S. 118; *Verrel*, S. 207; *Peters*, ZStW 87/1975, 669.

⁵⁰¹ *Grünwald*, JZ 1981, 428.

physisch möglich ist.⁵⁰² Dieser Ansatz ist allerdings im Schrifttum äußerst umstritten,⁵⁰³ und die Rechtsprechung hat sich hierzu bis jetzt nicht deutlich positioniert.

(1) Praktische Bedeutung – Aspekt der Erzwingbarkeit

Unstreitig ist, wie bereits erwähnt, dass die Selbstbelastungsfreiheit im weiteren Sinne stets verbietet, dass der Beschuldigte gegen seinen Willen zu einer aktiven Mitwirkung, etwa Beteiligung an einer Blutentnahme, gezwungen werden darf.⁵⁰⁴ Der Umfang der Freiheit von Zwangsanwendung bei der Willensbildung ist jedoch bei einer solchen Beweiserhebung praktisch auf null reduziert, weil er unter Drohung einer zwangsweisen Blutentnahme nach § 81a StPO entscheiden muss,⁵⁰⁵ ob er in diese nicht doch einwilligt. Das würde die Ermittlungsorgane außerdem von der Pflicht der Einholung einer richterlichen Anordnung nach § 81a Abs. 2 StPO entbinden.⁵⁰⁶ Führt man sich außerdem vor Augen, dass der Beschuldigte nicht selten einem Irrtum über sein Weigerungsrecht unterliegt und die Frage der Erforderlichkeit von dessen Belehrung darüber in der Rechtsprechung umstritten ist,⁵⁰⁷ so ist mehr als fragwürdig, ob vom Recht auf Passivität überhaupt die Rede sein kann.⁵⁰⁸ Dennoch hat die Rechtsprechung bei der faktischen und rechtlichen Erzwingbarkeit eines aktiven belastenden Verhaltens, etwa einer Speichelprobe, keinen Zweifel an der grundsätzlichen Geltung der Freiheit der aktiven Mitwirkung.⁵⁰⁹ Daher dürfen weder aus seinem Hinauszögern noch der Verweigerung einer freiwilligen Mitwirkung an der Entnahme einer Speichelprobe prozessuale Nachteile,

⁵⁰² *Grünwald*, JZ 1981, 428 f.; auf physische Erzwingbarkeit abstellend auch *Schmidt*, NJW 1962, 664; *Reiß*, S. 179; ähnlich *Grüner*, JuS 1999, 124 f.; *Mäder*, S. 101 ff.

⁵⁰³ Die Willensbildungsfreiheit als entscheidenden Gesichtspunkt ablehnend *Eisenhardt*, S. 47; kritisch gegen *Grünwalds* Ansatz *Bosch*, Aspekte, S. 280 ff.; *Verrel*, S. 212 f.; *Mäder*, S. 103; *Dallmeyer*, KritV 2000, 260; *Eidam*, S. 139 ff.; *Hackethal*, S. 137 ff.; *Neumann*, FS für Wolff, S. 380 f.; *von Freier*, ZStW 122/2010, 131.

⁵⁰⁴ BGHSt 34, 39, 46; BGHSt 40, 66, 71 f.

⁵⁰⁵ So auch *Reiß*, S. 174; *Bosch*, Aspekte, S. 279; *Mahlstedt*, S. 72; *Weßlau*, ZStW 110/1998, 31; *Verrel*, S. 77.

⁵⁰⁶ OLG Hamm Beschl. v. 02.11.2010, BeckRS 2010, 29288; für den Wortlaut der Vorschrift siehe Anhang: Gesetzestexte.

⁵⁰⁷ Vgl. OLG Hamm Beschl. v. 02.11.2010, BeckRS 2010, 29288; LG Münster Urt. v. 10.01.2013 BeckRS 2012, 22392; verneinend OLG Köln Beschl. v. 27.10.2011 BeckRS 2011, 26765; LG Saarbrücken NSTZ-RR 2009, 55 f.; bejahend OLG Karlsruhe NSTZ 2005, 400; *Köbel*, S. 47.

⁵⁰⁸ Ein Teil der Literatur findet daher nicht überzeugend, dass dem Beschuldigten keine aktive Mitwirkungspflicht auferlegt werden darf, wenn das Beweisergebnis rechtlich erzwingbar ist, so *Reiß*, S. 173; *Kraft*, S. 181; *Schlauri*, S. 180 ff.; dies für den Brechmittel-einsatz bejahend auch *Mahlstedt*, S. 73; a.A. *Eidam*, S. 143.

⁵⁰⁹ BGHSt 49, 56, 59.

etwa die Annahme eines Tatverdachts gegen den Betroffenen, des Beschuldigtenstatus oder eines belastenden Beweisanzeichens, gegen ihn entstehen.⁵¹⁰

Die Mitwirkungsfreiheit eines Beschuldigten hat auch bei einem Atemalkoholtest faktische Grenzen, den er unter Berufung auf dieses Recht zunächst verweigern kann. Denn für ihn bleibt im Ergebnis der Schutz des Rechts auf Passivität wirkungslos, wenn er im Weigerungsfall mit einer zwangsweise durchführbaren Blutentnahme konfrontiert wird. Außerdem herrscht auch hier in der Rechtsprechung Unklarheit, ob er über die Freiwilligkeit und die Nichterzwingbarkeit einer Atemprobe zu belehren ist,⁵¹¹ damit eine mögliche Einwilligung rechtsgültig zustande kommt. Nach der ablehnenden Ansicht ist eine Belehrung aus dem Grund entbehrlich, weil der Beschuldigte im Weigerungsfall zur Feststellung der Atemalkoholkonzentration einer alternativen Maßnahme, nämlich der Blutentnahme, unterzogen werden kann,⁵¹² bei der die Willensbildungsfreiheit des Beschuldigten im Gegensatz zu einer Atemalkoholprobe auch bei seiner Passivität überwunden werden kann.⁵¹³ „Beim Verdacht von Alkoholgenuss kommt der Betroffene [also] nicht mehr aus der Sache raus.“⁵¹⁴

Anders liegt es bei der Erhebung einer Stimmprobe, die eigentlich vergleichbar mit der Atemprobe ebenfalls eine aktive Mitwirkung des Beschuldigten erfordert und daher sein Weigerungsrecht auslöst. Allerdings steht hier keine alternative Beweiserhebungsmethode zur Verfügung, bei der er sich passiv verhalten kann und die unmittelbare Zwanganwendung daher zulässig wäre. Begrenzt man hier die Willensbildungsfreiheit des Beschuldigten, ob er an seiner eigenen Überführung aktiv mitwirken will oder nicht, nur auf den Schutz vor Zwanganwendung, so käme man zu dem Ergebnis, dass die Erhebung einer Stimmprobe durch Täuschung zulässig wäre. Denn hier liegt keine willensbeugende physische oder psychische Zwangsausübung auf die Entscheidungsfreiheit des Beschuldigten vor.⁵¹⁵ Mit dieser Frage beschäftigten sich BGHSt 34, 39 und 40, 66.

(2) Schutz vor Täuschung

Um die genannte Entscheidungsfreiheit des Beschuldigten wirksam zu gewährleisten, ist nach dem BGH der Schutzzumfang des Verbots einer erzwungenen

⁵¹⁰ BVerfG NJW 1996, 1587 f.; 1996 3071 f.; BGH NSTZ 2004, 392 ff.; BGHSt 49, 56, 59; siehe auch *Pollähne*, StV 2007, 90 f.; vgl. BVerfG NJW 2005, 1641 f.

⁵¹¹ Bejahend AG Frankfurt a.M. Ur. v. 18.01.2010 – 998 BeckRS 2010, 12332; verneinend OLG Brandenburg Beschl. v. 16.04.2013 BeckRS 2013, 11469.

⁵¹² AG Michelstadt Ur. v. 22.11.2011 BeckRS 2012, 03987.

⁵¹³ So auch *Bährlein/Pananis/Rehmsmeier*, NJW 2002, S. 1826; ebenso *Kraft*, S. 177 f.; *Grüner*, JuS 1999, 124; a.A. *Mahlstedt*, S. 117.

⁵¹⁴ AG Michelstadt Ur. v. 22.11.2011 BeckRS 2012, 03987; so auch im Ergebnis *Verrel*, NSTZ 1997, 418; *Eidam*, S. 139; vgl. BGH NSTZ 1993, 47.

⁵¹⁵ *Renzikowski*, JR 2008, 166; vgl. *Derksen*, JR 1997, 169.

Stimmprobe dahingehend auszuweiten, dass sie auch nicht durch eine ausdrückliche oder konkludente Täuschung erhoben werden darf.⁵¹⁶ Eine solche Täuschung liegt nach dem BGH jedoch nicht bereits dann vor, wenn die Polizei dem Tatopfer ermöglicht, durch die geöffnete Tür des Vernehmungsraums das Gespräch zwischen dem Vernehmungsbeamten und dem Beschuldigten anzuhören und dessen Stimme dabei zu identifizieren. Die bloße Ausnutzung eines bestehenden Irrtums sei einer Täuschung nur in Ausnahmefällen gleichzustellen.⁵¹⁷ Eine unzulässige Täuschung sei jedoch in dem Fall zu bejahen, dass ein Gespräch zwischen dem inhaftierten Beschuldigten und dem Leiter der JVA arrangiert und der Beschuldigte zum Sprechen veranlasst wurde, damit sein nicht öffentlich gesprochenes Wort zu einer Stimmvergleichung auf Tonträger fixiert wird.⁵¹⁸

Diese Rechtsprechung bezüglich des Schutzes der Selbstbelastungsfreiheit des Beschuldigten vor Täuschung stimme nach dem BGH auch mit der Entscheidung BGHSt 39, 335, überein, nach der die Stellung einer bloßen Abhörfalle die Willensentschießungs- und Betätigungsfreiheit solange nicht unzulässig beeinträchtigt, als sich die Täuschung in der bloßen Ausnutzung des Irrtums des Beschuldigten über die Identität des Befragenden und dessen Absicht erschöpft.⁵¹⁹ Eine Täuschung wäre nach den beiden Entscheidungen erst dann erheblich, wenn dem Beschuldigten bewusst wahrheitswidrig vorgespiegelt würde, dass er keine Beweismittel gegen sich selbst liefere, sei es durch Aussagen oder eine Stimmprobe, oder sein eventuell rechtlich schutzwürdiges Vertrauen, dass er nicht als Beweismittel gegen sich selbst herangezogen wird, durch ein vermeintlich reguläres Gespräch missbraucht wird. Das Recht auf Passivität begründet nach dem BGH jedoch keinen Anspruch für den Beschuldigten, seine Stimme als Beweismittel gegen sich selbst den Ermittlungsbehörden grundsätzlich vorzuenthalten. Mit anderen Worten könne und müsse das Strafprozessrecht dem Täter das Risiko, an seiner Stimme wiedererkannt zu werden, nicht generell und für alle Widererkennungssituationen abnehmen, solange er sich gegenüber Dritten äußert.⁵²⁰

Die Selbstbelastungsfreiheit gewährt insofern dem Beschuldigten keinen Anspruch, sich als Aussageperson dem Strafverfahren vollständig zu entziehen bzw. verbietet den Ermittlungsorganen nicht, ihn durch verdeckte Ermittlungen als Aussageperson gegen sich selbst in Anspruch zu nehmen, sei es bei der Erhebung einer Stimmprobe oder durch Veranlassung zu selbstbelastenden Äußerungen.⁵²¹ Dürfen

⁵¹⁶ BGHSt 34, 39, 46; BGHSt 40, 66, 71 f.

⁵¹⁷ BGHSt 40, 66, 72; so auch *Schneider*, GA 1997, 377; a.A. *Beulke*, StV 1990, 183; *Eisenberg*, NStZ 1994, 598.

⁵¹⁸ BGHSt 34, 39, 46.

⁵¹⁹ BGHSt 39, 335, 348.

⁵²⁰ BGHSt 40, 66, 71; *Sternberg-Lieben*, Jura 1995, 309.

⁵²¹ Vgl. *Verrel*, NStZ 1997, 415 f.; *Mäder*, S. 101; *Aselmann*, S. 45 f. Eine Mindermeinung in der Literatur leitet dennoch aus dem Nemo-tenetur-Grundsatz einen solchen Anspruch für den Beschuldigten zumindest als Aussageperson ab und betrachtet jegliche un-

sich die Ermittlungsorgane den Irrtum des Beschuldigten zunutze machen,⁵²² so ist die generelle Feststellung des 5. Senats in seiner vom Großen Senat revidierten Entscheidung hinfällig, dass „Gerichte und andere Strafverfolgungsbehörden das Verbot, den Beschuldigten zur aktiven Mitwirkung an seiner Überführung zu zwingen, nicht dadurch umgehen dürfen, dass sie sich den Beweis heimlich verschaffen“.⁵²³

cc) Ausscheiden als Beweismittel

Bei einer genaueren Betrachtung der Rechtsprechung des BGH ergeben sich jedoch Konstellationen, in denen der BGH der ausdrücklichen Erklärung des Beschuldigten, sich zur Sache nicht einlassen zu wollen, einen rechtlich schutzwürdigen Stellenwert zugesprochen hat. So hat der BGH im Gegensatz zu seiner oben genannten Rechtsprechung, dass unwillkürliche Ausdruckweisen des Beschuldigten der freien richterlichen Würdigung entgegen seinem Willen zugänglich sind, anerkannt, dass Mimik und Gestik eines vollständig schweigenden Beschuldigten in der Hauptverhandlung unverwertbar sind.⁵²⁴ Dagegen erachtet der BGH die Erfassung des unwillentlichen und unbewussten Aussageverhaltens des Beschuldigten durch psychoanalytische Methoden auch unter dem Aspekt der Selbstbelastungsfreiheit für zulässig.⁵²⁵

Eine erhöhte Schutzwürdigkeit der Entscheidung des Beschuldigten, sich als Beweismittel dem Strafverfahren zu entziehen, hat der BGH außerdem bei verdecktem Veranlassen eines Beschuldigten festgestellt, der von seinem Schweigerecht ausdrücklich Gebrauch macht. Dabei scheint diese Respektspflicht nach der derzeitigen Rechtsprechung des BGH keinen absoluten Vertrauenstatbestand hinsichtlich der Durchführung verdeckter Ermittlungen gegen den Beschuldigten begründen zu können.⁵²⁶

wissentliche und unwillentliche Selbstbelastung des Beschuldigten in dem Sinn, dass er den Adressaten seiner Aussage kennt und in die Verwendung des Beweismittels gegen sich selbst einwilligt, als Verletzung dieser umfangreichen Dispositionsfreiheit, so etwa *Haas*, GA 1995, 231 ff.; ähnlich *Eidam*, S. 369 f.; siehe auch *Park*, StV 2001, 589.

⁵²² Vgl. *Bosch*, Aspekte, S. 84.

⁵²³ BGH NSTZ 1995, 411.

⁵²⁴ BGH StV 1993, 459; so auch *Miebach*, NSTZ 2000, 235; siehe auch *Roschmann*, S. 120, 129, 142; *Eisenhardt*, S. 30; *Kühl*, JuS 1986, 118; *Schneider*, Jura 1990, 575; *Volk*, FS für Böttcher, S. 215; a.A. *Peters*, ZStW 87/1975, 669; *Verrel*, S. 207; vgl. *Dahs/Langkeit*, NSTZ 1993, 214 f.; *Nack*, StV 2002, 518.

⁵²⁵ Hierzu siehe ausführlich unten Kap. 3, III.C.5.

⁵²⁶ BGHSt 52, 11, 19; zur Erweiterung des Schutzes des unantastbaren Kernbereichs der Gestaltung des Privatlebens durch Unverwertbarkeit eines heimlich akustisch aufgenommenen „Selbstgesprächs“ des Beschuldigten BGH NJW 2005, 3295; BGHSt 57, 71 ff.

b) Die Reichweite der Aussagefreiheit nach der StPO

Das Grundgesetz gewährt jedem das Recht, sich nicht belasten zu müssen.⁵²⁷ Erlegt der Staat jemandem eine Auskunftspflicht oder Mitwirkungspflicht auf, so hat er zur Einhaltung der verfassungsrechtlichen Vorgaben gesetzliche Vorkehrungen zu treffen, dass der Betroffene nicht in eine Konfliktsituation der Selbstbelastung gerät.⁵²⁸ Diesem Gebot trägt die StPO dadurch Rechnung, dass sie den Aussagepersonen bei ihren Vernehmungen grundsätzlich das Recht freistellt, die Aussage wegen der Gefahr einer Selbstbelastung zu verweigern.

Die Einzelheiten dieses Rechts hängen allerdings aa) vom Status der in der StPO anerkannten Aussagepersonen und bb) von der Frage ab, was unter dem Begriff der Vernehmung zu verstehen ist.

aa) Aussagepersonen der StPO

Nach dem BVerfG reicht dieser Schutz gegen Selbstbeziehung am weitesten für Auskunftspersonen in einem Verfahren, darunter u.a. Zeugen (vgl. § 384 Nr. 2 ZPO) und insbesondere Beschuldigte in einem Strafverfahren.⁵²⁹ Die Rechtsstellung des Beschuldigten ist hierbei dadurch gekennzeichnet, dass er sich gem. §§ 136, 163a, 243 Abs. 4 StPO jeglicher Aussage entziehen darf, also ein Schweigerecht hat.⁵³⁰

(1) Zeuge

Den Zeugen trifft dagegen gem. § 48 Abs. 1 Satz 2 StPO eine allgemeine staatsbürgerliche Zeugnispflicht,⁵³¹ zu deren Erfüllung er nach Maßgabe des § 70 StPO durch Verhängung von Ordnungsgeld oder Haft gezwungen werden darf. Bei seiner Vernehmung ist er außerdem nach § 57 Abs. 1 dazu verpflichtet, wahrheitsgemäß auszusagen. Er kann sich durch unrichtige oder unvollständige Aussagen wegen Meineids oder Falschaussage nach §§ 153 und 154 StGB strafbar machen.⁵³² Diese Grundsätze gelten verfassungsrechtlich als unbedenklich.⁵³³ Den verfassungsrechtlichen Schutz vor Selbstbezeichnungen hat er allerdings trotz der staats-

⁵²⁷ BGHSt 49, 56, 58; BGHSt 45, 363, 364; siehe auch *Helgerth*, S. 173; *Ransiek*, S. 61.

⁵²⁸ BVerfG *Entsch. v. 13.05.2009 – 2 BvL 19/08 Rn. 75.*

⁵²⁹ BVerfG *NJW 1981, 1431; Mäder*, S. 96.

⁵³⁰ BVerfG *Entsch. v. 27.04.2010 – 2 BvL 13/07.*

⁵³¹ BVerfG *NJW 1975, 103; NJW 1981, 1431, 1432; BGH NJW 1964, 1469, 1471; OLG Stuttgart BeckRS 2012, 04214.*

⁵³² Hierzu siehe etwa BGHSt 10, 8 ff.; *Katzenberger/Pitz*, *ZJS 6/2009*, 666; *Heinrich*, *JuS 1995*, 1116.

⁵³³ BVerfG *NJW 1975, 103.*

bürgerlichen Pflicht nicht gänzlich aufzugeben.⁵³⁴ Wenn die Rechtsordnung sogar von den bereits einer Straftat bezichtigten Beschuldigten nicht verlangt, sich durch eine Aussage zu belasten, dann ist ein entsprechender Schutz erst recht für einen Zeugen geboten, der sich als außenstehender Dritter im Interesse der Wahrheitsfindung zur Verfügung stellt.⁵³⁵ Der Schutzbedarf des Zeugen im Strafverfahren ist nach dem BVerfG außerdem zwingend, wenn er sich bei der Erfüllung seiner Aussagepflicht unweigerlich der Gefahr einer Selbstbelastung aussetzen würde. Obgleich er in solchen Fällen formell als Zeuge vernommen wird, wird er sich materiell als potenziell Beschuldigten sehen. Daher ist seine Lage der eines Beschuldigten sehr ähnlich, welcher der drohenden Sanktion lediglich näher steht.⁵³⁶

Um ihn in den Genuss des verfassungsrechtlichen Schutzes des Nemo-tenetur-Grundsatzes gelangen zu lassen, gewährt ihm § 55 Abs. 1 StPO ein Aussageverweigerungsrecht, wonach er zur Beantwortung solcher Fragen nicht verpflichtet ist, die eine Selbstbelastungsgefahr nach sich ziehen würden.⁵³⁷ Auch die oben genannte Zwangsanwendung scheidet aus, solange für ihn eine Selbstbelastungsgefahr besteht. Denn „niemand darf im Strafverfahren gezwungen werden, gegen sich selbst auszusagen“.⁵³⁸ Der Zeuge hat aber nach § 56 StPO die Selbstbelastungsgefahr auf Verlangen glaubhaft zu machen. Weitere gesetzliche Schutzvorkehrungen sind Belehrungspflichten gem. §§ 55 Abs. 2 ff. StPO und das Recht auf Verteidigerbeistand bei der Zeugenvernehmung nach § 68b StPO,⁵³⁹ wobei die StPO in §§ 163a Abs. 5, 52 Abs. 1, 55 Abs. 2 die Belehrung des Zeugen über sein Aussageverweigerungsrecht wegen Selbstbelastungsgefahr bei der polizeilichen Vernehmung nicht vorschreibt.⁵⁴⁰ Dagegen ist er nicht verpflichtet, einer polizeilichen Ladung zur Vernehmung Folge zu leisten, wohl aber einer staatsanwaltlichen nach § 161a Abs. 1 StPO.⁵⁴¹ Nichts anderes gilt für den Beschuldigten.⁵⁴²

In Anbetracht dieser Ausführungen lässt sich eindeutig konstatieren, dass die Rechtsstellung der zwei Auskunftspersonen der StPO im Strafverfahren, nämlich des Beschuldigten und des Zeugen, unterschiedlich geregelt ist. Daher sind sie voneinander streng zu trennen.⁵⁴³

⁵³⁴ Vgl. *Mäder*, S. 95.

⁵³⁵ BVerfG NJW 1981, 1431, 1432; BGH NJW 1964, 1469, 1471.

⁵³⁶ BVerfG NJW 1975, 103.

⁵³⁷ BVerfG NJW 1975, 103; NJW 1981, 1431, 1432; BGH NJW 1992, 2305; für den Wortlaut der Vorschrift siehe Anhang: Gesetzestexte.

⁵³⁸ BVerfGE 38, 105, 113; NJW 2000, 3776.

⁵³⁹ BVerfG NJW 1975, 103, 104 f.

⁵⁴⁰ OLG Stuttgart BeckRS 2012, 04214; *Meyer-Gößner*, Einl. Rn. 79; a.A. *Salger*, S. 76.

⁵⁴¹ *Lesch*, JA 1995, 159.

⁵⁴² *Dahs*, S. 205 Rn. 287.

⁵⁴³ BGHSt 10, 8, 10; OLG Oldenburg NStZ 1995, 412; für weitere prozessuale Unterschiede zwischen Aussageverweigerungsrecht und Schweigerecht BGH NJW 1992, 2305;

(2) Beschuldigter

In der polizeilichen Vernehmungspraxis ist die rechtliche Stellung einer Auskunftsperson außerdem entscheidend dafür, ob die Polizei Informationsrechte zu erfüllen, insbesondere die Belehrung über die Aussagefreiheit und das Recht auf Verteidigerkonsultation gem. §§ 136 Abs. 1 StPO, 163 Abs. 4 StPO oder §§ 55 Abs. 2, 163 Abs. 3 StPO zu erteilen hat.⁵⁴⁴ Dabei steht der Auskunftsperson das allgemeine Grundrecht der Selbstbelastungsfreiheit im Grundsatz weiter zu.⁵⁴⁵ Die polizeiliche Belehrung einer Auskunftsperson gem. §§ 55 Abs. 2, 163 Abs. 3 StPO über das Aussageverweigerungsrecht wegen einer möglichen Selbstbelastung kann die Belehrungspflicht nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO nicht ersetzen. Denn die beiden Belehrungspflichten haben eine unterschiedliche Reichweite im Hinblick auf die Selbstbelastungsfreiheit. Dazu kommt, dass diese Belehrung keinen Hinweis auf das Recht zur Verteidigerkonsultation enthält.⁵⁴⁶

Eine ungerechtfertigte Rollenzuweisung durch Strafverfolgungsbehörden ändert somit den gesetzlich geregelten Schutzzumfang der Selbstbelastungsfreiheit für den Beschuldigten maßgeblich.⁵⁴⁷ Es ist daher nach den Maßstäben zu fragen, die dazu dienen, die Eigenschaft einer Auskunftsperson sachgerecht zu begründen und eine missbräuchliche Rollenzuweisung durch die Ermittlungsorgane zu vermeiden.⁵⁴⁸ Eine selbstbelastungsgefährdete Auskunftsperson soll somit dadurch geschützt werden, dass die Erlangung der Eigenschaft des schweigeberechtigten Beschuldigten klar definiert wird. Daran fehlt es allerdings in der StPO bewusst,⁵⁴⁹ und die Maßstäbe sind durch Rechtsprechung und Schrifttum zu bestimmen.⁵⁵⁰

siehe auch *Helgert*, S. 67 f.; *Bosch*, Aspekte, S. 154; *Mäder*, S. 98; *von Heintschel-Heinegg*, JA 2008, 151.

⁵⁴⁴ Vgl. OLG Frankfurt NSTz 1988, 425, 426.; siehe auch *Rogall*, S. 44 f.; *Lesch*, JA 1995, 157 f.; *Rieß*, JA 1980, 297; *Bosch*, Aspekte, S. 153; *Klein*, S. 12.

⁵⁴⁵ Aus diesem Grund kommt es etwa bei der Folge des Nemo-tenetur-Grundsatzes, dass die Verweigerung einer aktiven Mitwirkung an der Sachaufklärung dem Betroffenen nicht als belastendes Beweisanzeichen entgegengehalten werden darf, nicht darauf an, ob dieser als Beschuldigter anzusehen war, hierzu siehe BGH NSTz 2004, 392; BGHSt 49, 56 ff.; LG Arnberg BeckRS 2010, 22183; für die prozessualen Folgen des Erlangens der Beschuldigteneigenschaft vgl. *Jahn*, JuS 2007, 963; *Mikolajczyk*, ZIS 2007, 565.

⁵⁴⁶ BGH NSTz 2007, 655; OLG Oldenburg NSTz 1995, 412.

⁵⁴⁷ *Bosch*, Aspekte, S. 153; siehe auch *Bruns*, FS für Schmidt-Leichner, S. 1; *Mäder*, S. 95.

⁵⁴⁸ *Kraft*, S. 301 ff.; *Bosch*, Aspekte, S. 129.

⁵⁴⁹ Nachweise bei *Klein*, S. 7; *Roxin*, FS für Schöch, S. 823.

⁵⁵⁰ Vgl. *Eisenberg*, S. 170 Rn. 505; *Jahn*, JuS 2007, 962; *Mikolajczyk*, ZIS 2007, 565; *Lesch*, JA 1995, 158; *Bosch*, Aspekte, S. 155; *Kraft*, S. 298; *Gruber*, S. 23; *Moormann*, S. 5; *Klein*, S. 7; *Roxin*, JR 2008, 16; *von Heintschel-Heinegg*, JA 2008, 151.

(3) Folgen der fehlerhaften Rollenzuweisung

Prozessrechtlich gewinnt die Frage einer zeitlich korrekten Erfüllung der Belehrungspflichten gem. § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO insbesondere deshalb große Bedeutung, weil die rechtswidrig unterlassene Belehrung einer Auskunftsperson – trotz ihrer zu bejahenden Beschuldigteneigenschaft – über ihre Aussagefreiheit und ihr Recht auf Verteidigerbeistand bei der polizeilichen Vernehmung regelmäßig ein Verwertungsverbot für deren Aussagen nach sich zieht.⁵⁵¹ Das gilt jedoch nicht für einen Beschuldigten, der sein Schweigerecht kennt und fälschlicherweise für einen Zeugen gehalten wird.⁵⁵² Haben dagegen die Strafverfolgungsorgane bei der Zeugenvernehmung bzw. der sogenannten informatorischen Befragung einer Auskunftsperson, die sich erst im Nachhinein als Beschuldigter erweist, sachgemäß selbstbelastende Aussagen erlangt, die dieser ohne Belehrung nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO gemacht hat, so sind diese gerichtsverwertbar. Diese Aussagen dürfen ihm außerdem bei folgenden polizeilichen, staatsanwaltlichen sowie richterlichen Vernehmungen vorgehalten werden, obwohl er nun schweigeberechtigt ist.⁵⁵³ Da er die ohne Garantie der Belehrungspflichten zustande gekommenen Aussagen nicht aus der Welt schaffen kann, kommt es bei dem Schutzzumfang der Aussagefreiheit für den Beschuldigten maßgeblich auf den korrekten Zeitpunkt des Anfangs der Beschuldigteneigenschaft an.⁵⁵⁴ Angesichts der Bedeutung der Sache und dem Fehlen verbindlicher Normen wundert es nicht, dass der Beschuldigtenbegriff immer noch nicht die erwünschte Klarheit in der Rechtsprechung erhalten hat und in der Literatur umstritten ist.⁵⁵⁵ Eine gewisse Übereinstimmung zwischen verschiedenen Ansätzen wird heute dennoch für gegeben gehalten.⁵⁵⁶ Auf die Einzelheiten dieser Ansätze wird ausführlicher bei den Darstellungen über die Ergänzenden Schutzrechte gegangen.⁵⁵⁷

bb) Vernehmungsbegriff der StPO

Ist die Rechtsstellung einer Aussageperson nach den erwähnten Theorien bestimmt, so stellt sich die Frage nach dem zweiten gesetzlichen Kriterium der Aussagefreiheit nach der StPO, nämlich dem Vorliegen einer Vernehmung.

⁵⁵¹ Grundsatzentscheidung BGHSt 38, 214 = NJW 1992, 1463 = StV 1992, 212; siehe auch unten Kap. 3, VI.C.3.a).

⁵⁵² BGH 1 StR 531/04, Beschl. v. 13.01.2005 = HRRS 2005 Nr. 270 Rn. 8; BGHSt 47, 172, 173 f.; OLG Karlsruhe NZV 1994, 123.

⁵⁵³ BGH NSTZ 1983, 86; OLG Köln Beschl. v. 09.01.2001 Ss 477/00 Rn. 24.

⁵⁵⁴ BayObLG NZV 2003, 435 f.

⁵⁵⁵ Stellvertretend zu den vertretenen Theorien *Lesch*, JA 1995, 158 ff.

⁵⁵⁶ Vgl. OLG Karlsruhe NZV 1994, 122; BayObLG NSTZ 1997, 99; *Rieß* JA 1980, 297; *Bosch*, Aspekte, S. 155; *Roxin*, FS für Schöch, S. 823.

⁵⁵⁷ Siehe unten Kap. 3, V.A.2.b).

(1) Offener Vernehmungsbegriff

Nach der gefestigten Rechtsprechung des BGH liegt den §§ 136, 136a StPO das Bild einer offenen Vernehmung zugrunde, in der der Vernehmende, entsprechend der herkömmlichen Bedeutung jenes Wortes in der gesamten StPO, in amtlicher Eigenschaft der betreffenden Person gegenübertritt und sie nach ihrem Tatwissen fragt („formeller Vernehmungsbegriff“).⁵⁵⁸

In Anbetracht dieses Vernehmungsbegriffs scheidet die mittelbare Veranlassung eines Beschuldigten durch ein offenes Verhalten von Ermittlungsbehörden aus dem Anwendungsbereich der §§ 136, 136a StPO aus – etwa wenn die Polizei seine Ehegattin über eine bevorstehende Verhaftung mit der Intention informiert, dass sie ihn anruft und aus dem Inhalt des Telefonats durch eine bereits angeordnete Abhörung tatrelevante Angaben gewonnen werden können.⁵⁵⁹ Die Voraussetzung der Gezieltheit einer förmlichen Befragung, welche außerdem die Entgegennahme der Spontanäußerungen eines Beschuldigten rechtfertigen soll, ist nach der Rechtsprechung des BGH auch auf die Mittelbarkeit der Veranlassung zurückzuführen. Daher kommt es hierbei nicht darauf an, dass der Beschuldigte den Ermittlungsorganen spontan Angaben gemacht hat. Dementsprechend ist es für das Vorliegen einer Vernehmung ebenso wenig erheblich, wenn in der Kausalitätskette der dazu führenden Ursachen behördliches Mitwirken, etwa durch indirekte Veranlassung einer schriftlichen Erklärung an die Behörden,⁵⁶⁰ die Gewährung eines zu überwachenden Gespräches des festgenommenen Beschuldigten mit seiner Freundin⁵⁶¹ oder bloße Eröffnung des Tatvorwurfs nach § 136 Abs. 1 Satz 1 StPO,⁵⁶² faktisch nicht ausgeschlossen ist.

(2) Verdeckte Abschöpfungen

Der offene Vernehmungsbegriff führt auch dazu, dass §§ 136, 136a StPO keine unmittelbare Anwendung finden, wenn die Ermittlungsorgane das Tatwissen einer Auskunftsperson durch verdeckte Ermittlungspersonen abschöpfen bzw. sie zu

⁵⁵⁸ BGHSt 55, 138, 143; BGHSt 42, 139, 146; BayObLG NZV 2003, 435; so auch die h.M. SK-StPO-Rogall, § 136 Rn. 13; KMR-Pauckstadt-Maihold, § 136 Rn. 1 und 6; Eisenberg, S. 172 Rn. 510; Kindhäuser, S. 66; StK-StPO-Joecks, Einl. Rn. 80; Meyer-Goßner, § 136a Rn. 4; BeckOK-StPO-Monka, § 136a Rn. 4; Verrel, S. 280 f.; Klein, S. 27; Beulke, S. 73 Rn. 115; Volk, S. 38 Rn. 8; Joerden, JuS 1993, 928; Sternberg-Lieben, Jura 1995, 306; Quentin, JuS 1999, 139; Weßlau, ZStW 110/1998, 7 f.; Kudlich, JuS 1997, 698; Mahlstedt, S. 139; Schneider, NSZ 2001, 9; Kramer, Jura 1988, 523; Krey, JR 1998, 4; Renzikowski, JZ 1997, 713.

⁵⁵⁹ BGHSt 33, 271, 223 f.; zustimmend SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 23; Volk, S. 46 Rn. 22; vgl. Bosch, Aspekte, S. 209; a.A. LR-StPO-Gleß, § 136 Rn. 16.

⁵⁶⁰ BGHSt 42, 139, 146.

⁵⁶¹ BGH Urt. v. 30.04.1987 – 4 StR 30/87 = BGHR StPO § 136a Abs. 1 Aussage 1.

⁵⁶² BGH Beschl. v. 22.05.2013 4-StR 121/13 = HRRS 2013 Nr. 613.

tatrelevanten Äußerungen veranlassen, sei es bei einer staatlichen Inszenierung des vermeintlich privaten Telefongesprächs eines V-Mannes mit dem Beschuldigten,⁵⁶³ Aushorchung eines auf freiem Fuß befindlichen Beschuldigten durch einen Verdeckten Ermittler,⁵⁶⁴ eines Inhaftierten durch einen V-Mann⁵⁶⁵ oder ebenfalls durch einen Verdeckten Ermittler.⁵⁶⁶ Daher lehnt der BGH den in der Literatur und teilweise von erstinstanzlichen Gerichten⁵⁶⁷ gelegentlich vertretenen funktionalen bzw. materiellen Vernehmungsbegriff ab,⁵⁶⁸ nach dem jede mittelbare oder unmittelbare Herbeiführung einer Aussage seitens der Ermittlungsorgane eine Vernehmung darstellt.⁵⁶⁹ Die Rechtsprechung führt das Prinzip des formellen Vernehmungsbegriffs außerdem darauf zurück, dass die StPO selbst in §§ 110a ff. den Einsatz Verdeckter Ermittler ausdrücklich vorsieht und den der V-Leute über §§ 161, 163 StPO rechtfertigt. Der Auftrag dieser verdeckten Ermittlungspersonen wäre undurchführbar, dürften sie eine Auskunftsperson stets nur nach dem Muster einer offenen Vernehmung befragen und doch keine Äußerung zum Tatvorwurf veranlassen.⁵⁷⁰ Ein Prinzip der Offenheit der Beschuldigtenvernehmung lasse sich aus dem Umkehrschluss, dass die StPO lediglich eine offene Vernehmung in §§ 133 ff. regelt, daher nicht ableiten.⁵⁷¹

Die derzeit geltenden verfassungsrechtlichen sowie europäischen Vorgaben eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens widersprechen dem Standpunkt des BGH nicht.⁵⁷² Denn es besteht erstens Einigkeit darüber, dass sich ein Prinzip der Offenheit staatlichen Handelns im Strafverfahren verfassungsrechtlich nicht begründen lässt.⁵⁷³ Dementsprechend macht die Heimlichkeit einer Ermittlungsmaßnahme sie

⁵⁶³ BGHSt 42, 139, 145 f.; BGH NStZ 2011, 596, 597; vgl. BGHSt 14, 358; BGHSt 31, 308; 39, 335; BverfG 2 BvR 2438/08 v. 15.10.2009 Rn. 10; hierzu siehe auch *Kraft*, S. 312; *Meurer*, FS für Roxin, S. 1282; zustimmend *König*, Kriminalistik 1997, 183.

⁵⁶⁴ BGHSt 52, 11, 15 f.

⁵⁶⁵ BGHSt 44, 129, 134.

⁵⁶⁶ BGHSt 55, 138, 143.

⁵⁶⁷ LG Stuttgart NStZ 1985, 569 f.

⁵⁶⁸ So ausdrücklich BGH NStZ 1995, 410; BGHSt 42, 139, 146; BayObLG NZV 2003, 435; hierzu siehe auch *Kramer*, Jura 1988, 523; *Klein*, S. 27.

⁵⁶⁹ LR-StPO-Gleiß, § 136 Rn. 12; *Seebode*, JR 1988, 428; *Dencker*, StV 1994, 667; *Derksen*, JR 1997, 168; *ders.*, StV 1994, 674; *Ransiek*, S. 61; *Popp*, NStZ 1998, 95; *Bernsmann*, StV 1996, 117; zum Diskussionstand eines materiellen Vernehmungsbegriffs eingehend *Mahlstedt*, S. 51 f.

⁵⁷⁰ BGHSt 42, 139, 146; ähnlich auch *Verrel*, S. 162; *Müssig*, GA 2004, 89; a.A. *Roxin*, NStZ-Sonderheft 2009 für Miebach, S. 44.

⁵⁷¹ BGHSt 42, 139, 149; wiederholt BGHSt 52, 11, 16; eingehend hierzu *Mahlstedt*, S. 57 ff.; siehe auch *Soiné*, NStZ 2010, 597; *Bosch*, Aspekte, S. 211 f.; a.A. *Dencker*, StV 1994, 674; *Bernsmann*, StV 1996, 117; *Derksen*, JR 1997, 169; *Roxin*, NStZ-Sonderheft 2009 für Miebach, S. 44.

⁵⁷² Hierzu mehr siehe oben Kap. 3, II.B.2.b) aa) und 4.b)aa).

⁵⁷³ BGHSt 39, 335, 346; vgl. BGHSt 42, 139, 150; so auch *Mahlstedt*, S. 61; LK-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 936.

nicht per se unzulässig.⁵⁷⁴ Zweitens verbietet weder der verfassungsrechtlich noch menschenrechtlich begründete Schutzzumfang der Selbstbelastungsfreiheit eine verdeckte Befragung des Beschuldigten.⁵⁷⁵ „Die Grenzen strafprozessual und rechtsstaatlich zulässigen Handelns der Polizei sind erst dort überschritten, wo zu der Heimlichkeit des Vorgehens der Gebrauch unlauterer, von der Rechtsprechung missbilligter Mittel hinzukommt.“⁵⁷⁶ Diesen Maßstab hat der BGH unter Berücksichtigung der Straßburger Vorgaben eines fairen Verfahrens nach Art. 6 EMRK dahingehend umformuliert, dass die Aussagefreiheit erst bei einer verdeckten Befragung vor einer unfairen Beeinträchtigung zu schützen ist.⁵⁷⁷

Außerdem stellt sich die Frage, ob und inwiefern die einfachgesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen zum Einsatz von verdeckten Ermittlungspersonen §§ 136 sowie 136a StPO in ihrem Anwendungsbereich verdrängen und eine verdeckte Befragung des Beschuldigten zulassen. Ihrer systematisch verengenden Auslegung will man aus den bereits genannten Gründen entgegenhalten, dass Sinn und Zweck dieser Vorschriften eine analoge Anwendung gebieten.⁵⁷⁸ Die Rechtsprechung hat sich dieser Meinung bis jetzt nur hinsichtlich des § 136a StPO angeschlossen; hinsichtlich der analogen Anwendung des § 136 StPO auf verdeckte Befragungen aber nicht.⁵⁷⁹ Denn Sinn und Zweck dieser Vorschrift sei es nicht, einem Beschuldigten zum Bewusstsein zu bringen, dass er den Adressaten seiner belastenden Äußerungen bei einer staatlich veranlassten Befragung kennt. Sie bezwecke dagegen, ihn bei einer offenen Vernehmung vor der irrtümlichen Annahme zu schützen, dass er wegen der amtlichen Eigenschaft des Vernehmenden die Pflicht habe, auszusagen.⁵⁸⁰ Diese Auslegung des § 136 StPO, welche letztendlich faktisch zu einer Einengung

⁵⁷⁴ BVerfG NJW 2004, 999, 1005; BGHSt 39, 335, 346; BGH StV 2007, 61; vgl. BGHSt 42, 139, 150; Krey, S. 75; Soimé, NStZ 2010, 597; Bosch, Jura 1998, 238; Renzikowski, JZ 1997, 715; Müssig, GA 2004, 99 f.; vgl. Lagodny, StV 1996, 170; a.A. Hefendehl, StV 2001, 703.

⁵⁷⁵ BGHSt 55, 138, 145; BGH NStZ 1995, 410 f.; so auch die h.M. SK-StPO-Rogall, § 136 Rn. 15; Freund, JuS 1995, 395; Weßlau, ZStW 110/1998, 22; eine abweichende Literaturansicht vertritt den Standpunkt, dass jede gezielte heimliche Veranlassung des Beschuldigten an sich mit dem Nemo-tenetur-Grundsatz unvereinbar ist, so Dencker, StV 1994, 674; Fezer, NStZ 1996, 290; Meurer, FS für Roxin, S. 129; Müssig, GA 2004, 101; Roxin, NStZ-Sonderheft 2009 für Miebach, S. 44.

⁵⁷⁶ BGHSt 39, 335, 347; BGH NStZ 1995, 410 f.; kritisch Bosch, Aspekte, S. 224.

⁵⁷⁷ BGH NStZ 2011, 596, 597; ebenso BGHSt 53, 294, 305; kritisch hiergegen Mahlstedt, S. 111.

⁵⁷⁸ Vgl. Volk, S. 39 Rn. 9; Roxin, NStZ 1995, 465; Lindner, S. 184; Klein, S. 28 f.

⁵⁷⁹ SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 24.

⁵⁸⁰ BGHSt 42, 139, 147 ff.; OLG Celle NStZ 1991, 404; zustimmend Meyer-Göfner, § 136 Rn. 7; BeckOK-StPO-Monka, § 136 Rn. 7; KK-StPO-Diemer, § 136 Rn. 11; Verrel, S. 120; ders., FS für Puppe, S. 1639; Popp, NStZ 1998, 95; Weßlau, ZStW 110/1998, 11; Volk, S. 39 Rn. 9; a.A. Bernsmann, StV 1996, 117; Derksen, JR 1997, 169; Ostendorf, FS für Roxin, S. 1335; Jahn, JuS 2007, 1147.

der verfassungsrechtlich garantierten Aussagefreiheit des Beschuldigten führt, wurde weder verfassungs- noch menschenrechtlich infrage gestellt.⁵⁸¹

(3) Ergebnisse

Angesichts der Tatsache, dass das Grundrecht auf Selbstbelastungsfreiheit faktisch durch ein einfaches Gesetz bestimmt wird, erfährt der formelle Vernehmungsbegriff in der Literatur beachtliche Kritik. Dieser verkenne nämlich dieselbe Absicht der Ermittlungsorgane bei offenen Ermittlungen wie bei verdecktem Veranlassen, tatrelevante Informationen von einer Aussageperson zu erlangen, ihre funktionale Äquivalenz und die Gefahr eines faktischen Leerlaufens der Beschuldigtenrechte entgegen §§ 136, 136a StPO.⁵⁸² Erforderlich sei daher ein Schutz des Beschuldigten vor irrtumsbedingter Veranlassung zu einer Selbstbelastung durch eine verdeckte Befragung.⁵⁸³ Dies steht auch mit der oben dargelegten Literaturansicht im Einklang, welche die Selbstbelastungsfreiheit primär als verfassungsrechtliches Erfordernis zur Wahrung der Eigenverantwortlichkeit des Beschuldigten als Verfahrenssubjekt betrachtet wissen will.⁵⁸⁴

6. Zwischenergebnisse zu den Begründungsansätzen

Fasst man die Ergebnisse der Ausführungen über die Begründung der Selbstbelastungsfreiheit zusammen, so fällt auf, mit welcher Komplexität der hierbei in der Rechtsprechung und Literatur entstandene Streit unter mehreren Aspekten mit zahlreichen Abgrenzungsfragen geführt wird. Zwar ist die Rechtsprechung bemüht, eine gewisse Kohärenz und somit Rechtssicherheit zu gewährleisten. Bei den mehrstufigen Rechtsgrundlagen, die aus Grundgesetz, menschenrechtlichen Konventionen und der StPO bestehen, und bei der Mehrzahl von verfassungsrechtlichen Anknüpfungspunkten scheint dies allerdings nur bedingt der Fall zu sein. Auch die Literatur macht von der akademischen Freiheit ausgiebig Gebrauch, die neben einer beachtlichen Meinungsvielfalt ebenfalls eine gewisse Unsicherheit mit

⁵⁸¹ Vgl. BVerfG NJW 2013, 1058, 1061.

⁵⁸² BGH NStZ 1995, 411; auf den Umgehungsaspekt abstellend auch LR-StPO-Gleiß, § 136 Rn. 93; *Beulke*, S. 296 f. Rn. 481d; *Lindner*, S. 184; *Bosch*, Aspekte, S. 142; *Eidam*, S. 84 f. und 91 ff.; *Kraft*, S. 312 f.; *Bernsmann*, StV 1996, 116; *Roxin*, NStZ 1995, 467; *ders.*, StV 2012, 132; *Pawlik*, GA 1998, 385; *Nack*, 20. Strafverteidigertag, S. 246; *Odenthal*, NStZ 1995, 580; *Weiler*, GA 1996, 113; *Müssig*, GA 2004, 93; *Eisenberg*, JR 2011, 409 f.; *Kudlich*, JuS 1997, 700; *Hefendehl*, StV 2001, 703; *Hilger*, NStZ 1985, 570.

⁵⁸³ So die Kernaussage der verbreiteten abweichenden Literaturansicht, LR-StPO-Gleiß, § 136 Rn. 28; *Roxin*, NStZ 1995, 465; *ders.*, NStZ 1997, 18; *Bosch*, Aspekte, S. 141 f.; *Nack*, 20. Strafverteidigertag, S. 243 ff.; *Salger*, 56 f.; *Klein*, S. 35 ff.; *Kraft*, S. 295 ff.; *Kretschmer*, HRRS 7–8/2010, 347; ähnlich auch *Haas*, GA 1995, 230 ff.; ablehnend SK-StPO-Rogall, § 136 Rn. 16; *Meyer-Goßner*, § 136 Rn. 7; *Verrel*, S. 149 f.

⁵⁸⁴ Hierzu siehe oben Kap. 3, II.B.3.c)bb).

sich bringt. Allerdings darf der Streit um die Deutung der Selbstbelastungsfreiheit über ihre lediglich von einer Mindermeinung bezweifelte verfassungsrechtliche Geltung nicht hinwegtäuschen. Er hat dennoch zur Folge, dass diese keinen klaren Schutzzumfang hat. Es stellt sich die Frage, ob sich aus den genannten verfassungs-, menschen-, und einfachrechtlichen Aspekten der Selbstbelastungsfreiheit zumindest eine Definition ableiten lässt.

C. Definition der Selbstbelastungsfreiheit

Abgesehen von Art. 14 Abs. 3 lit. g IPBPR sowie Art. 52 Abs. 5 der brandenburgischen Verfassung,⁵⁸⁵ welche nur eine begrenzte Definition der Selbstbelastungsfreiheit enthalten,⁵⁸⁶ fehlt in der Rechtsordnung eine allgemeine Definition:⁵⁸⁷ ein Umstand, der ihre ohnehin schwer erfassbare Reichweite noch unklarer macht.⁵⁸⁸

1. Uneinheitliche Begriffe

Die höchstrichterliche Rechtsprechung geht dennoch von verschiedenen Umschreibungen der Selbstbelastungsfreiheit aus, wobei sich diese nicht immer decken.⁵⁸⁹ Die grundlegende Frage ist hierbei, wie relevant diese Definitionen für die Bestimmung des Schutzzumfangs sind und ob sie abschließende Tatbestandsmerkmale der Selbstbelastungsfreiheit enthalten. Dasselbe gilt für die in der Rechtsprechung verwendeten unterschiedlichen Begriffe, die das Recht des Beschuldigten beschreiben, sich nicht selbst zu belasten: so etwa „der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit“,⁵⁹⁰ „das Verbot des Selbstbelastungszwangs“⁵⁹¹ oder „die Aussage- und Entschließungsfreiheit“.⁵⁹² Es wäre allerdings verfrüht, aus deren semantischer Bedeutung verbindliche Aussagen über den Schutzzumfang der Selbstbelastungsfreiheit zu schlussfolgern,⁵⁹³ auch wenn diese bereits über gewisse Anhaltspunkte dazu verfügen.⁵⁹⁴

⁵⁸⁵ Vgl. *Rau*, S. 56; *Mahlstedt*, S. 122.

⁵⁸⁶ Hierzu siehe oben Kap. 3, II.B.1.

⁵⁸⁷ Vgl. *Kraft*, S. 142; *Rau*, S. 34; *Aselmann*, S. 75.

⁵⁸⁸ *Kölbel*, S. 144; *Kraft*, S. 29; *Zerbes*, S. 72; *Verrel*, NStZ 1997, 365.

⁵⁸⁹ *Verrel*, S. 5.

⁵⁹⁰ BVerfG *Entsch. v. 13.05.2009 – 2 BvL 19/08*; BVerfG *Entsch. v. 07.10.2008 – 2 BvR 578/07*.

⁵⁹¹ BVerfG *Entsch. v. 27.04.2010 – 2 BvL 13/07 = wistra 2010, 34*.

⁵⁹² BVerfG *NJW 2013, 1058, 1061*. Dasselbe Verhalten lässt sich auch in der Literatur beobachten. Dazu siehe stellvertretend *Rau*, S. 32.

⁵⁹³ Vgl. *Kölbel*, S. 100.

⁵⁹⁴ *Ebd.*; siehe m.w.N. *Rau*, S. 31.

Die in der Rechtsprechung gebrauchten Definitionen der Selbstbelastungsfreiheit lassen sich bei näherer Betrachtung unter zwei Aspekten voneinander unterscheiden: ihrem Gegenstand, der sich entsprechend der Beweisfunktion des Beschuldigten wiederum auf seine Aussage und sein nonverbales Verhalten bezieht, und ihrer Ausdrucksweise im Zusammenhang mit der staatlichen Unterlassungspflicht, die entweder in Gestalt einer Verbots- oder Gebotsnorm erfolgt.

Während die Frage des sachlichen Gegenstands der Selbstbelastungsfreiheit im weiteren Sinn bereits oben erörtert wurde,⁵⁹⁵ gilt es hier, ihren zweiten Bestandteil näher zu eruieren. Denn die beiden genannten Aspekte sind als Tatbestandsmerkmale für die Bestimmung des Schutzzumfangs der Selbstbelastungsfreiheit von großer Bedeutung. Dabei wird die Freiheit des Beschuldigten grundsätzlich negativ definiert, wohl um den Abwehrrechtscharakter der Selbstbelastungsfreiheit⁵⁹⁶ zu unterstreichen. So ist zunächst davon die Rede, „nicht gehalten“ zu sein, „zur eigenen Überführung tätig zu werden“,⁵⁹⁷ „nicht Zeuge gegen sich selbst sein zu brauchen“⁵⁹⁸ oder „nicht [...] zu eigener Überführung beitragen zu müssen“.⁵⁹⁹ Über ein einfaches Prädikat hinaus wird ergänzend gelegentlich die Formulierung verwendet, dass er dazu „nicht verpflichtet ist“.⁶⁰⁰

2. Aus der Eingriffsperspektive – die Bedeutung des Zwangselements

Zu der Tatbestandsumschreibung kommen echte Merkmale erst dann hinzu, wenn der Rechtssatz nicht aus der Perspektive des Beschuldigten, sondern aus der der staatlichen Organe definiert wird, und zwar dergestalt, dass die Definition über den Verletzungshergang, also die verbotene Eingriffsmodalität, vorgenommen wird. Genau an der Stelle kommt der Begriff des Zwangs ins Spiel, dessen Tatbestandsqualität in der Rechtsprechung sowie in der Literatur äußerst umstritten ist. Danach lautet der Rechtssatz in seiner geläufigsten Rohform, dass „niemand gezwungen werden darf, sich selbst zu belasten“,⁶⁰¹ wobei sich der letzte hier allgemein formulierte Nebensatz je nach dem oben genannten sachlichen Gegenstand

⁵⁹⁵ Hierzu siehe oben Kap. 3, II.B.5.a).

⁵⁹⁶ Dies hervorhebend BVerfG Entsch. v. 13.05.2009 – 2 BvL 19/08; so auch BGHSt 45, 363, 364; siehe ferner *Eser*, ZStW 79/1967 571; SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 135; *ders.*, S. 60; *Dallmeyer*, KritV 2000, 264; LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 886; *Bährle*, 90; *Schneider*, Jura 1990, 575.

⁵⁹⁷ BGHSt 49, 56, 58.

⁵⁹⁸ BGHSt 25, 325, 330 f.; das Wort „brauchen“ wird auch verwendet in BGHSt 45, 367, 368; BGH NJW 1992, 1463, 1464 f.

⁵⁹⁹ BGH NSTz 2009, 705; das Wort „müssen“ verwendet auch BVerfG Entsch. v. 27.06.2005 – 2 BvR 2428/04 Rn. 33; BGHSt 52, 11, 16 f.

⁶⁰⁰ BGH NSTz 2005, 518; NSTz 2009, 705; BGHSt 52, 11, 16 f.; so etwa auch in der Literatur *Meyer-Goßner*, Einl. Rn. 29a; *Sternberg-Lieben*, Jura 1995, 308; *Kudlich*, JuS 1997, 699.

⁶⁰¹ BVerfG Beschl. v. 21.04.2010 = BeckRS 2010, 49081.

der Selbstbelastungsfreiheit teilweise nur auf Aussagen⁶⁰² oder nonverbale Verhaltensweisen⁶⁰³ beziehen kann.

Hier scheint die Rechtsprechung die Definition aus der schlichten Übersetzung der lateinischen Ausdrucksweise der Selbstbelastungsfreiheit, nämlich „nemo tenetur se ipsum accusare“, gewonnen zu haben,⁶⁰⁴ auf die sie regelmäßig in Klammern hinweist. Damit geht auch die Anmerkung des BGH einher, dass der Nemo-tenetur-Grundsatz nach dem „herkömmlichen“ Verständnis die Freiheit von Aussagezwang, jedoch keine Freiheit von Irrtum umfasse.⁶⁰⁵ Allerdings bleibt hier eine ausdrückliche Auseinandersetzung mit der Bedeutung des Begriffs „teneri“ aus, das im Rechtssatz für das Zwangselement stehen soll.

In der Literatur wird die Thematik nur am Rande behandelt. *Kudlich* untermauert die Position des BGH dahingehend, dass der Begriff „teneri“ semantisch auf „ein deutliches Element des Zwanges und des Müssens“ hindeute und der Vernehmungsbegriff des § 136 StPO vom BGH zutreffend auf offene Befragungen begrenzt worden sei. Daher verletze „nicht irgend eine Form der Kausalität“ den Nemo-tenetur-Grundsatz, sondern eine Verhaltensweise, die jedenfalls erst mit dem offenen Auftreten staatlicher Organe in ihrer amtlichen Eigenschaft einhergeht.⁶⁰⁶ Gegen diese Lesart des *teneri*-Begriffes wenden sich *Roxin* und *Nack*. Nach *Nack* ist die Übersetzung des Worts „tenetur“ durch „gezwungen“ unzutreffend. Korrekter sei stattdessen „angehalten“.⁶⁰⁷ Wird dementsprechend dadurch ein allgemeines Rechts- und Pflichtverhältnis umschrieben und nicht eine spezifische Eingriffsmodalität, so ergibt sich nach *Roxin* bereits aus der „schlichten Übersetzung“ des Nemo-tenetur-Grundsatzes, dass sich dessen Schutz insgesamt auf staatliche Manipulationen erstreckt, welche auch verdeckte Veranlassungen des Beschuldigten zu Tataußerungen umfassen.⁶⁰⁸ Bemerkenswert ist hier, dass sich der BGH bei der Übernahme der EGMR-Rechtsprechung ausdrücklich auf die Definition des Nemo-tenetur-Grundsatzes berief, in der keine Rede mehr vom Zwangselement war. Bevorzugt hatte er dagegen die Definition, nach der „niemand verpflichtet ist, zu seiner eigenen Überführung beizutragen, insbesondere sich selbst zu belasten“.⁶⁰⁹

⁶⁰² BVerfGE 38, 105, 113; BVerfGE 55, 144, 150; BVerfG NJW 1989, 2679, 2680; BVerfG Beschl. v. 16.11.1998 – 2 BvR 510/96 = NJW 1999, 779; BVerfG NSTz 2002, 378; so auch BGHSt 45, 367, 368; BGH NJW 1992, 1464 f.; siehe auch *Renzikowski*, JZ 1997, 710.

⁶⁰³ BVerfG Entsch. v. 27.04.2010 – 2 BvL 13/07.

⁶⁰⁴ Vgl. *Köbel*, S. 142.

⁶⁰⁵ BGHSt 42, 139, 153.

⁶⁰⁶ *Kudlich*, JuS 1997, 699.

⁶⁰⁷ *Nack*, 20. Strafverteidigertag, S. 245; vgl. *Mahlstedt*, S. 62, der das Wort „teneri“ als „nicht verpflichtet“ übersetzt; *Kindhäuser*, S. 64 Fn. 23, verwendet sowohl das Wort „gehalten“ als auch „gezwungen“.

⁶⁰⁸ *Roxin*, NSTz 1995, 466; a.A. *Kudlich*, JuS 1997, 699; hierzu siehe auch Kap. 3, IV.B.

⁶⁰⁹ BGHSt 52, 11, 16 f.; ebenso BGH NSTz 2009, 343, 344 = StV 2009, 225 f.

3. Aus der Perspektive der Freiheit

Während in der Rechtsprechung die Selbstbelastungsfreiheit im Hinblick auf die Beweisfunktion des Beschuldigten als Aussageperson im Regelfall mit der Statuierung eines Zwangsverbots formuliert wird, bedarf sie bezüglich nonverbaler Verhaltensweisen des Beschuldigten weiterer Differenzierungen. Zum einen betont die Rechtsprechung, dass das Zwangsverbot nur dann gilt, wenn die Mitwirkung *aktiv* erfolgt. D.h. „niemand darf gezwungen werden, sich durch eigene Aussage zu bezichtigen oder zu seiner Überführung *aktiv* mitzuwirken“.⁶¹⁰ Damit scheidet die Zwangsanwendung bei Passivität des Beschuldigten zur Erzwingung einer Duldungspflicht aus. Zum anderen zieht die Rechtsprechung die Grenzen der Mitwirkungslehre dadurch, dass sie die *ratio* des Zwangsverbots zur aktiven Mitwirkung in den Vordergrund stellt und eine positive Definition vornimmt,⁶¹¹ etwa „das Recht [...], nicht *gegen seinen Willen* zu seiner Überführung beitragen zu müssen“⁶¹² oder „die Freiheit, darüber zu entscheiden, ob er an der Aufklärung des Sachverhalts *aktiv mitwirken will* oder nicht“.⁶¹³

Gerade diese universellen Definitionen des Nemo-tenetur-Grundsatzes, die ihrem Wortlaut nach allgemein die Mitwirkungsfreiheit eines Beschuldigten am Strafverfahren gegen sich selbst beschreiben, lassen beachtliche Interpretationsspielräume zu, wenn es um die Frage geht, welche Tragweite die Selbstbelastungsfreiheit hat bzw. welche Art von Eingriffen die Ermittlungsorgane zu unterlassen haben. So versteht ein Teil der Literatur in Übereinstimmung mit der BGH-Rechtsprechung, die inzwischen allerdings durch die Übernahme der europäischen Vorgaben überholt ist, die Willensfreiheit unter der Berücksichtigung des Zwangselements nur im Sinn eines Verbots der Zufügung oder Androhung eines Nachteils, der auf die Willensbildungsfreiheit einwirkt. Hingegen lässt sich der Nemo-tenetur-Grundsatz aus der Perspektive der Freiheit dahingehend auslegen, dass er dem Beschuldigten eine allgemeine Willensfreiheit im Sinn einer wissentlichen und willentlichen Entscheidung darüber gewährt, ob dieser an seiner eigenen Überführung aktiv mitwirken will, und gleichzeitig den Ermittlungsorganen verbietet, diese Freiheit zu beeinträchtigen. Die engen und weiten Auslegungen der Selbstbelastungsfreiheit in Rechtsprechung und Schrifttum⁶¹⁴ sind daher auf diese unterschiedlichen Ausgangspunkte zurückzuführen.

⁶¹⁰ BVerfG NJW 2013, 1061; NJW 2004, 1005; auf die Aktivität abstellend auch BGH NSTz 2009, 705; BGHSt 34, 39, 46; BGHSt 40, 66, 71; BGHSt 45, 367, 368; BGHSt 49, 56, 58; in der Literatur etwa *Meyer-Göfner*, Einl. Rn. 29a; *Volk*, S. 39 Rn. 9; *Park*, StV 2001, 589; *Sternberg-Lieben*, Jura 1995, 308; *Geppert*, Blutalkohol 1991, 36.

⁶¹¹ Nach *Bosch*, Aspekte, S. 277, lassen sich die Grenzen der Zwangsanwendung bei der Mitwirkungslehre im Gegensatz zur Aussagefreiheit trotz der Heranziehung des Willenselements nicht klar formulieren. Es bedürfe stets einer Einzelfallabwägung.

⁶¹² BGHSt 45, 363, 364; BGHSt 49, 56, 58.

⁶¹³ BGHSt 34, 39, 46; BGHSt 42, 139, 152.

⁶¹⁴ Hierzu siehe oben Kap. 3, II.B.3.

4. Zwischenergebnisse zur Definition

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die überkommene Definition der Selbstbelastungsfreiheit durch das Verbot des Selbstbelastungszwangs, insbesondere nachdem ihr Schutzzumfang auf gewisse verdeckte Abschöpfungen des Tatwissens eines Beschuldigten erweitert wurde, nicht mehr über die ausschließliche Geltungskraft verfügt. Die Schwierigkeiten einer auf der Willensfreiheit basierenden Definition bestehen darin, dass die Selbstbelastungsfreiheit hierbei zur Lösung von Abgrenzungsproblemen eine weitere Unterfütterung benötigt, weil kaum bestritten wird, dass die Willensfreiheit für dieses Recht keinen Selbstzweck darstellt.

Hat die vorliegende Arbeit bis hierher die Selbstbelastungsfreiheit im Allgemeinen eruiert, so gebieten ihre Ziele, diese Ausführungen damit bewenden zu lassen und sich im Rahmen der Untersuchung diesem Thema ausführlicher zu widmen. Auch hier wird für eine einheitliche Behandlung der Aussagefreiheit ihr Schutzzumfang entsprechend dem bereits im Einführungskapitel vorgestellten Konzept unter den vier Gesichtspunkten Schutz vor Aussagezwang (Teil III.), Umgehungsverbot (Teil IV.), Ergänzende Schutzrechte (Teil V.) und Beweisverwertungsverbote (Teil VI.) erörtert.

III. Schutz vor Aussagezwang

Da der Schutz vor Aussagezwang insbesondere die Rechtsstellung eines Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung betrifft, ist zunächst auf die Besonderheiten des Polizeigewahrsams (A.) einzugehen, um die anschließenden Darlegungen über den Umfang der Aussagefreiheit (B.) sowie die Reichweite des tatsächlichen (C.) sowie rechtlichen (D.) Zwangsverbots auch aus der Perspektive der Rechtswirklichkeit würdigen zu können.

A. Besonderheiten des Polizeigewahrsams

Über die Umstände der polizeilichen Vernehmungspraxis bestehen kaum flächendeckende, überregionale, verlässliche und aktuelle Untersuchungen.⁶¹⁵ Dennoch versucht die Literatur hin und wieder, selbige stückweise zu erfassen, wobei insgesamt von einem Dunkelfeld und beachtlichen Nachweisschwierigkeiten ausgegangen wird.⁶¹⁶

⁶¹⁵ Eisenberg, S. 207 f. Rn. 627.

⁶¹⁶ Kinzig, ZStW 115/2003, 794.

Fest steht, dass grobe Beeinträchtigungen der Aussagefreiheit, etwa durch Folter oder körperliche oder verbale Misshandlungen, keinen Bestandteil der polizeilichen Ermittlungspraxis darstellen, wobei Einzelfälle nicht ausgeschlossen werden können.⁶¹⁷ Dies hat auch das CPT während ihrer fünf Besuche in Deutschland von 1991 bis 2010 festgestellt.⁶¹⁸ Im Einklang damit weisen die Länderstatistiken über Gewaltausübung und Aussetzung sowie Zwang und Missbrauch des Amtes durch Polizeibedienstete von 2009 bis 2010 eine hohe Anzahl von Einstellungen der eingegangenen Fälle nach § 170 Abs. 2 StPO und eine sehr geringe Anzahl von Anklageerhebungen auf, wobei sich die Angaben nicht ausdrücklich auf die Vernehmungspraxis beziehen. Laut diesen ausgenommen waren die Statistiken über Hamburg. Danach waren in dem besagten Zeitraum insgesamt fünf Verfahren wegen Aussageerpressung (§ 343 StGB) anhängig.⁶¹⁹ Beanstandet hat das CPT allerdings die Praxis, dass eine polizeiliche Vernehmung bis zu zwölf Stunden fortgesetzt werden kann, sofern beim Beschuldigten keine Anzeichen von Ermüdung festzustellen sind. Es empfahl, konkrete Vorgaben bezüglich der Ausgestaltung einer polizeilichen Vernehmung aufzustellen, etwa wie lang sie höchstens fortgesetzt werden darf und wie oft dabei eine Pause einzulegen ist.⁶²⁰

Wie häufig und welche weiteren verbotenen Vernehmungsmethoden des § 136a StPO in der Praxis gerügt werden, untersuchte *Hilland* 1981 in einer kleinen Umfrage bei sämtlichen Strafrichtern des Landgerichts und Amtsgerichts Stuttgart. Der Frage, ob es dabei tatsächlich Verletzungen gegeben hat, konnte dagegen nicht nachgegangen werden.⁶²¹ Nur 25 % der Befragten gaben an, häufig eine entsprechende Beschwerde entgegengenommen zu haben.⁶²² Bemerkenswert sind die Ergebnisse über die Art der konkret gerügten Vernehmungsmethode. Ihre Häufigkeit reicht von 52 % Versprechungen, über 45 % Täuschung, 40 % Ermüdung, 22 % Drohung, 15 % Quälerei bis zu 13 % Misshandlungen.⁶²³ Ähnliche Ergebnisse lassen sich bei den Beobachtungen von *Schaefer* 2004 feststellen, der als Generalstaatsanwalt ebenfalls in der Lage sein dürfte, die problematischen Vernehmungsmethoden in der Praxis zu schildern. Die ab und zu beobachtete polizeiliche

⁶¹⁷ *Schaefer*, StV 2004, 213 ff.; *Malek*, StraFO 2005, 1; *Saliger*, ZStW 116/2004, 39; *Weiß*, Schutz vor Folter, S. 85 f.

⁶¹⁸ CPT-Bericht über den Deutschlandbesuch v. 08 bis 20.12.1991, Rn. 20 f.; CPT-Bericht über den Deutschlandbesuch v. 14 bis 26.04.1996, Rn. 20 ff.; CPT-Bericht über den Deutschlandbesuch v. 03 bis 15.12.2000, Rn. 15 ff.; CPT-Bericht über den Deutschlandbesuch v. 20.11. bis 02.12.2005, Rn. 14 ff.; CPT-Bericht über den Deutschlandbesuch v. 25.11. bis 07.12.2010, Rn. 14 ff.; alle Berichte sind abrufbar unter: <http://www.cpt.coe.int/en/visits.htm> [Stand:10.12.2013].

⁶¹⁹ Siehe die Stellungnahme der Bundesregierung zum CPT-Bericht über den Deutschlandbesuch v. 25.11. bis 07.12.2010.

⁶²⁰ CPT-Bericht über den Deutschlandbesuch v. 08. bis 20.12.1991, Rn. 41 f.

⁶²¹ *Hilland*, S. 158.

⁶²² *Hilland*, S. 160; ähnlich *Eisenberg*, S. 207 f. Rn. 626.

⁶²³ *Hilland*, S. 163.

Vorgehensweise zur Erlangung eines Geständnisses von Beschuldigten besteht nach ihm u.a. aus folgenden Handlungen: Erstens würde auf ihn ein Dolmetscher als Mittelsmann angesetzt, der sich mit ihm entsprechend den bekannten Umgangsformen des Herkunftslandes „besser“ verstehen soll.⁶²⁴ Zweitens würde ihm für ein Geständnis die sofortige Freilassung und das Ersparen einer Nacht auf einer Polizeizelle versprochen. Drittens würde mit der Bekanntgabe des Ermittlungsverfahrens gegen ihn in seinem Umfeld gedroht. Viertens würden ihm angebliche Aussagen Dritter vorgehalten.⁶²⁵

Weiterhin wird in der Literatur darauf hingewiesen, dass die geringe Anwendungsquote der grob unzulässigen Vernehmungsmethoden hinsichtlich denen nicht gilt, die schwer nachweisbar sind.⁶²⁶ Dies könne etwa in markanter Weise bei der Protokollierung von Beschuldigtenaussagen dahingehend erfolgen, dass die Aussagen einseitig wiedergegeben werden oder das Vernehmungsprotokoll gefälscht wird.⁶²⁷

Ein für Gesamtdeutschland repräsentatives und aktuelles Bild vom Polizeigewahrsam lässt sich aus diesen Ausführungen kaum gewinnen. Die vorliegende Arbeit muss sich jedoch mit diesem Umstand abfinden, da sie keine eigenen Untersuchungen anstellen konnte. Im Vordergrund stehen somit im Ergebnis die normativen Aspekte der Aussagefreiheit, auf die im Folgenden eingegangen wird.

B. Umfang der Aussagefreiheit

1. Definition von Zwang

Entsprechend der herkömmlichen Definition der Selbstbelastungsfreiheit ist auch die Aussagefreiheit zunächst ein Verbot der Zwangsausübung. Zwang lässt sich dabei unter den Gesichtspunkten seiner Direktheit sowie der Art der hierzu vorgenommenen Handlung definieren. Danach kann er unmittelbar⁶²⁸ oder mittelbar⁶²⁹ durch eine rechtliche⁶³⁰ oder tatsächliche⁶³¹ Handlung angewendet werden. Auf den

⁶²⁴ Schaefer, StV 2004, 215.

⁶²⁵ Schaefer, StV 2004, 216.

⁶²⁶ Eisenberg, S. 207 f. Rn. 626; ähnlich Rüping, JR 1974, 135 f.

⁶²⁷ Lesch, JR 2005, 303.

⁶²⁸ Vgl. LG Frankfurt a. M. Ur. v. 04.08.2011 Az. 2-04 O 521/05 Rn. 54 = OpenJur 2011, 94498; LG Frankfurt Ur. v. 20.12.2004 BeckRS 2005, 01796 = RA 2005, 222 = NJW 2005, 692; Verrel, S. 16.

⁶²⁹ Vgl. BVerfG NJW 1981, 1431; NJW 1989, 2679, 2680; BGH NSTz 1996, 606; 2005, 517, 518; Verrel, S. 16–102.

⁶³⁰ Vgl. BVerfG NJW 1981, 1431; NJW 1989, 2679, 2680; BVerfG Entsch. v. 07.10.2008 – 2 BvR 578/07; BGH NJW 1992, 2304, 2305; Kohlhaas, NJW 1965, 2283; Reiß, S. 146; Stürmer, NJW 1981, 1758; Aselmann, S. 76.

⁶³¹ BGHSt 42, 139, 152 f.

Beschuldigten übt er dadurch einen Druck zur Aussage aus, der entweder Nachteile physischer und/oder psychischer Natur herbeiführt.⁶³² Über die Zulässigkeit einer Zwangsanzwendung sagt allerdings diese Unterteilung zunächst nichts aus.⁶³³ Was im Einzelnen unter diesen Aspekten des Zwangs zu verstehen ist, wurde bereits oben im Rahmen der EMRK thematisiert.⁶³⁴ Diese Definitionen lassen sich weitestgehend auch auf das deutsche Recht übertragen.

Von Bedeutung ist dagegen die Frage, wie der Zwang als unzulässige Beeinträchtigung der Willensfreiheit auf den Beschuldigten konkret Druck ausübt. Im Allgemeinen wird er als Mittel oder Methode verstanden, den Beschuldigten zu nötigen, sich zu belasten, indem ihm im Fall einer Aussageverweigerung ein Nachteil zugefügt oder ein solcher in Aussicht gestellt wird.⁶³⁵ Das prägende Merkmal des Zwangs ist also, dass die Nötigung dem Willen des Beschuldigten, eine Selbstbelastung zu vermeiden, keinen Raum lässt.⁶³⁶ Daher steht er mit dem Begriff der Nötigung nach § 240 StGB sowie dem der Aussageerpressung nach § 343 StGB in enger Beziehung. Er erschöpft sich jedoch in seiner Intensität nicht in diesen Vorschriften und umfasst auch niederschwellige willensbeugende Maßnahmen.⁶³⁷

2. Funktionales Zwangsverständnis

Mit der Annahme eines Umgehungsschutzes wurde der Zwangsbegriff dahingehend erweitert, dass der Beschuldigte auch bei einer verdeckten Befragung einem unzulässigen Aussagezwang ausgesetzt werden kann. Damit hat die Rechtsprechung den Zwangsbegriff von dem Verständnis losgelöst, wonach ein entsprechender Eingriff stets eine Situation voraussetzt, in der sich der Beschuldigte in einer subjektiv empfundenen Zwangslage befindet und seine Selbstbelastung gegenüber den Ermittlungsorganen unter dem Gesichtspunkt des Selbstschutzes unzumutbar ist.⁶³⁸ Entscheidend für ein solch funktionales Zwangsverständnis ist daher, wie *Puppe* bereit 1978 hervorhob, die Stärke des erzeugten Aussagemotivs, das einem Beschuldigten keine Möglichkeit einer alternativen Entscheidung bietet, sondern

⁶³² Zur Definition des Zwangs in der Literatur siehe SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 Rn. 139; ders., S. 186; Sowada, FS für Geppert, S. 720; Kraft, S. 154; Mäder, S. 102; Aselmann, S. 76; Schneider, GA 1997, 374; Quentmeier, JA 1996, 216; Stree, JZ 1966, 596.

⁶³³ Vgl. Verrel, S. 16.

⁶³⁴ Siehe oben Kap. 2, III.B.

⁶³⁵ Vgl. den Nötigungsaspekt konkretisierend BVerfG NJW 1981, 1431; BVerfG NJW 1989, 2679, 2680; BGHSt 55, 138, 145 f.; zum Inaussichtstellung siehe BVerfG NJW 2013, 1058, 1069; siehe auch Zerbes, S. 85; Kraft, S. 154; Bährle, S. 87; auf die Nötigung abstellend auch Rogall, NSTZ 2008, 113.

⁶³⁶ Vgl. LG Frankfurt Urt. v. 20.12.2004 BeckRS 2005, 01796 = RA 2005, 222 = NJW 2005, 692; BVerfG NJW 1981, 1431; BGH NJW 1992, 2304, 2305.

⁶³⁷ Vgl. BGHSt 55, 138, 145 f.; siehe auch Saliger, ZStW 116/2004, 62; Eser, ZStW 86/1974-Beiheft, 144.

⁶³⁸ BGHSt 52, 11, 18; so auch im Ergebnis Rogall, NSTZ 2008, 113.

nur die, sich selbst zu belasten.⁶³⁹ Mit anderen Worten steht nicht die persönliche Empfindung eines Nachteils als Aussagemotiv im Vordergrund, sondern die Beeinträchtigung der Willensbildung aus der Sicht eines objektiven Betrachters dahingehend, dass seine Handlungsalternative, also die selbstbelastende Aussage nicht zu machen, erheblich eingeschränkt war. Wohl von diesem Standpunkt ausgehend, verbietet nach dem BVerfG die Selbstbelastungsfreiheit auch das Versprechen eines Vorteils, einer Drohung oder auch einer Täuschung,⁶⁴⁰ die ebenfalls eine zwangsähnliche Wirkung dahingehend erzeugen können, dass dem Beschuldigten bei seiner Entscheidung keine Alternative bleibt, die ihn vor einer Selbstbelastung wirksam schützen könnte.⁶⁴¹ Das liegt z.B. dann vor, wenn ihm wahrheitswidrig eine erdrückende Beweislage vorgespiegelt wird.⁶⁴²

Allerdings wird unter Täuschung über einen solchen vorgetäuschten Aussagezwang hinausgehend teilweise auch jede List verstanden, die die Willensfreiheit eines Beschuldigten dahingehend beeinflusst, dass seine Kenntnis und Herrschaft über Umstände manipuliert werden, unter denen er aussagen würde. Insofern belastet er sich unbewusst oder unwillentlich, etwa wenn ihm eine Fangfrage gestellt wird.⁶⁴³ Es kommt insofern nicht darauf an, ob eine selbstbelastende Aussage bei ihrer Entstehung freiwillig erfolgte.⁶⁴⁴ Der Unterschied zwischen dem Verbot eines klassischen willensbeugenden Aussagezwanges, welches nach einer Literaturmeinung den eigentlichen Schutzzumfang der Aussagefreiheit darstellt,⁶⁴⁵ und dem Schutz der Willensentschlussfreiheit nach § 136a StPO tritt gerade hier besonders hervor.

Letztere wird grundsätzlich als „innerer Gedankenablauf“ einer Aussageperson definiert, bei dem sie die Umstände der Vernehmungssituation wahrnimmt, diese „wertet und sich unter Abwägung der Gründe, die für oder gegen eine bestimmte Aussage sprechen, klar wird, wie sie sich verhalten will“.⁶⁴⁶ Diese Definition stimmt mit der eben aufgeführten Begriffsbestimmung der Willensfreiheit überein. Die h.M. gelangt allerdings durch eine teleologische Auslegung dieser Vorschrift zu einer Erheblichkeitsschwelle für die Beeinträchtigung der Willensentschlussfreiheit. Dabei werden dieser Freiheit etliche Schutzzwecke zugeschrieben, auf die hier aus Platzgründen nicht eingegangen werden kann.⁶⁴⁷ Einigkeit besteht

⁶³⁹ Puppe, GA 1978, 297.

⁶⁴⁰ BVerfG NJW 2013, 1058, 1069.

⁶⁴¹ BGHSt 42, 139, 152 f.

⁶⁴² Hierzu siehe unten Kap. 3, III.C.3.b).

⁶⁴³ Vgl. Puppe, GA 1978, 298, Lindner, S. 146 ff.; Popp, NSTz 1998, 96; siehe außerdem unten Kap. 3, III.C.3.d).

⁶⁴⁴ Vgl. LR-StPO-Gleiß, 136a Rn. 39.

⁶⁴⁵ Hierzu siehe oben Kap. 3, II.B.3.a).

⁶⁴⁶ Lindner, S. 145; siehe auch SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 36.

⁶⁴⁷ Vgl. BVerfG NSTz 1984, 82; BGH NSTz 1995, 606; LG-Ravensburg NSTz-RR 2008, 46; LG Frankfurt StV 2003, 327; SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 7; ders., S. 52; StK-StPO-Joecks, § 136a Rn. 1; Meyer-Goßner, § 136a Rn. 1; BeckOK-StPO-Monka,

jedenfalls darüber, dass § 136a StPO der Konkretisierung des Schutzzumfangs der verfassungsrechtlichen Aussagefreiheit dient⁶⁴⁸ und eine Kernvorschrift zu ihrem Schutz darstellt.⁶⁴⁹

Die relevante Folge dieser Zweckdebatte betrifft das Täuschungsverbot des § 136a StPO, das, nicht wie eben beschrieben, in einem weiteren Sinn zu verstehen sein soll. Die kriminalistische List sei vielmehr erlaubt.⁶⁵⁰ Dagegen wendet sich ein Teil der Literatur mit dem Argument einer verfassungsrechtlich hergeleiteten Aussagefreiheit des Beschuldigten. Verworfen wird damit sowohl das enge Verständnis des Täuschungsverbots der h.M. bei § 136a StPO⁶⁵¹ als auch überhaupt die Ansicht, dass § 136a StPO die einzige Vorschrift sei, die die normativen Grenzen der Aussagefreiheit festlegt. Auch unterhalb der Schwelle des § 136a StPO könne die Aussagefreiheit des Beschuldigten verletzt werden.⁶⁵² Jedenfalls sei die Eigenverantwortlichkeit einer Aussage in allen Varianten des § 136a StPO nicht mehr gewährleistet.⁶⁵³ Hieran wird erneut klar, wie die verfassungsrechtliche Debatte den konkreten Schutzzumfang der Aussagefreiheit beeinflusst.

3. Methoden der Zwangsanwendung und § 136a StPO

§ 136a Abs. 1 und 2 StPO verbietet Maßnahmen, die die Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung des Beschuldigten sowie sein Erinnerungsvermögen oder seine Einsichtsfähigkeit beeinträchtigen.⁶⁵⁴ Dafür nennt die Vorschrift in § Abs. 1 beispielhaft willensbeeinträchtigende Handlungen und Methoden.⁶⁵⁵ Die Literatur ging lange Zeit davon aus, dass § 136a StPO über den

§ 136a Rn. 1; KK-StPO-Diemer, § 136a Rn. 1; LR-StPO-Gleiß § 136a Rn. 3; Eisenberg, S. 207 Rn. 625; Peters, S. 333; Klein, S. 21; Joerden, JuS 1993, 927; Jahn, JuS 2005, 1057; Bosch, Aspekte, S. 167; ders., Jura 1998, 240; Bährle, S. 74; Ransiek, S. 11; Eschelbach, StV 2000, 390; Meurer, FS für Roxin, S. 1288; Kramer, Jura 1988, 521; Soiné, NSTZ 2010, 598; Puppe, GA 1978, 305; Neuhaus, NSTZ 1997, 314; Weigend, StV 2003, 440; Müncheberg, S. 11 ff.; Mahlstedt, S. 142; Lindner, S. 83; Bung, StV 2008, 497; Stree, JZ 1966, 595.

⁶⁴⁸ BGHSt 5, 332, 334; Rogall, S. 52; Eidam, S. 254.

⁶⁴⁹ SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 3; ders., S. 105; KK-StPO-Diemer, § 136a Rn. 1; Salger, S. 29; Müder, S. 61; Kraft, S. 157; Aselmann, S. 42; Sternberg-Lieben, Jura 1995, 306; Mahlstedt, S. 142; Degener, GA 1992, 453; Eser, ZStW 86/1974-Beiheft, 144.

⁶⁵⁰ Hierzu stellvertretend LR-StPO-Gleiß, § 136a Rn. 18; siehe außerdem unten Kap. 3, III.C.3.c).

⁶⁵¹ Hierzu siehe unten Kap. 3, III.C.3.a).

⁶⁵² Vgl. Bährle, S. 71; Kölbel, S. 30; Derksen, JR 1997, 169; Bosch, StV 1999, 339; Eidam, StV 2005, 202; ders., S. 368; Degener GA 1992, 454; vgl. BVerfG NJW 1973, 892 f.; BGHSt 14, 158 ff.; 31, 304 ff.

⁶⁵³ Wolff, S. 70, ähnlich Müssig, GA 1999, 126.

⁶⁵⁴ Für den Wortlaut dieser Vorschrift siehe Anhang: Gesetzestexte.

⁶⁵⁵ SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 35; BeckOK-StPO-Monka, § 136a Rn. 9; Jahn, JuS 2005, 1057; Ransiek, S. 11; vgl. LR-StPO-Gleiß, § 136a Rn. 20.

Schutzumfang der verfassungsrechtlich verankerten Aussagefreiheit des Nemo-tenetur-Grundsatzes hinausgeht. Dieser Schlussfolgerung lag die Ansicht zugrunde, dass die Aussagefreiheit, wie oben hinsichtlich des funktionalen Zwangsverständnisses dargestellt, nur Schutz vor einer willensbeugenden Druckausübung bietet, die den Beschuldigten in eine subjektiven Zwangslage versetzt und ihn zu einer unzumutbaren Selbstbelastung nötigt. Lediglich bei Misshandlungen, körperlichen Eingriffen und Quälerei gem. § 136a Abs. 1 StPO überschneide sich der Schutz vor Aussagezwang mit der Aussagefreiheit, wohingegen andere hier genannte Vernehmungsmethoden eine vergleichbare Zwangswirkung nicht erzeugen würden.⁶⁵⁶ Ausgenommen davon sei, wie in Kapitel III.B.2 aufgeführt, die zwangserzeugende Täuschung des Beschuldigten, nämlich die Vorspiegelung einer vermeintlichen tatsächlichen oder rechtlichen Aussagepflicht.⁶⁵⁷

Geht man von einem funktionalen Zwangsverständnis aus, so führt die Mehrheit der in § 136a StPO genannten Vernehmungsmethoden ein starkes Selbstbelastungsmotiv herbei.⁶⁵⁸ So üben tatsächliche Zwangsmittel des § 136a StPO auf die Entscheidungsfreiheit eines Beschuldigten entweder einen körperlichen (etwa Misshandlung, körperliche Eingriffe, Verabreichung von Medikamenten, Ermüdung) oder seelischen (Quälerei, Drohung, Vorteilsversprechen, Täuschung, Hypnose) Aussagedruck aus.⁶⁵⁹ Die Nennung eines separaten Zwangsverbotes in § 136a StPO Abs. 1 Satz 1 StPO scheint daher zunächst überflüssig zu sein. Dieses unterstreicht jedoch nach der h.M. die Unzulässigkeit einer an sich rechtmäßigen, jedoch zweckentfremdeten Anwendung des Zwangs zur Aussageerlangung.⁶⁶⁰ Eine Zwangswirkung in diesem oben beschriebenen Sinn entfalten dagegen Maßnahmen nicht, die das Erinnerungsvermögen oder die Einsichtsfähigkeit der Aussageperson beeinträchtigen.⁶⁶¹

⁶⁵⁶ Vgl. Rogall, S. 209; Verrel, S. 110; Lammer, S. 160; Mäder, S. 102; Lindner, S. 46.

⁶⁵⁷ Verrel, S. 107 f.

⁶⁵⁸ Vgl. Günther, JR 1978, 90; Renzikowski, JZ 1997, 713.

⁶⁵⁹ Roxin/Schünemann, S. 193 Rn. 15; im Anschluss daran auch SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 42; in diese Richtung auch LR-StPO-Gleß, § 136a Rn. 19; Zerbes, S. 85; Puppe, GA 1978, 297; vgl. Jahn, JuS 2005, 1058.

⁶⁶⁰ BGH NSTZ 1995, 606.

⁶⁶¹ Vgl. SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 37 f.

C. Tatsächlicher Zwang

1. Unmittelbarer tatsächlicher Zwang

a) Folter

Folter als Vernehmungsmethode ist in § 136a Abs. 1 StPO nicht ausdrücklich erwähnt. Sie fällt jedoch unstreitig darunter⁶⁶² und ist außerdem nach Art. 3 EMRK ausdrücklich verboten und in Art. 1 der UN-Antifolterkonvention explizit definiert.⁶⁶³ Diese Vorschriften sind im Rang eines einfachen Bundesgesetzes unmittelbar geltendes Recht.⁶⁶⁴

Ein Verstoß gegen das Folterverbot nach Art. 3 EMRK stellte es dar, als dem Beschuldigten im Fall *Gäfigen* bei der polizeilichen Vernehmung mit Zufügung erheblicher Schmerzen durch einen als „Folterspezialist“ tätigen Beamten angedroht wurde, der bereits im Hubschrauber unterwegs sei, und ihm außerdem mitgeteilt wurde, dass auch die Besorgung eines Wahrheitsserums veranlasst worden sei. Hierin ist außerdem die Drohung mit einer unzulässigen Maßnahme i.S.d. § 136a Abs. 1 Satz 3 Alt. 1 StPO⁶⁶⁵ sowie eine schwere Verletzung der Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG und ein Verstoß gegen das Misshandlungsverbot nach Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG zu sehen.⁶⁶⁶

Eine weitere Konkretisierung des Folterbegriffs nahm der BGH im Rahmen des Tatbestands des Völkermordes nach § 220a a.F. StGB vor. Zur Definition der Folter zog er die beiden genannten völkerrechtlichen Vorschriften unter Berücksichtigung der EGMR-Rechtsprechung⁶⁶⁷ heran, welche bereits dargestellt wurden.⁶⁶⁸ Im konkreten Fall stellte er fest, dass der Schlag mit einem Gewehrkolben auf den Kopf des Opfers, sodass dieses aufschrie und Blut über sein Gesicht lief, nach diesen beiden Vorschriften jedenfalls eine „unmenschliche Behandlung“ ist, die ihm schwere körperliche und seelische Leiden zufügte.⁶⁶⁹

⁶⁶² LR-StPO-*Gleiß*, § 136a Rn. 23; *Volk*, S. 42 f. Rn. 14; SK-StPO-*Paeffgen*, Art. 3 Rn. 2 f.; LR-StPO-*Esser*, Art. 3 Rn. 16; *Peters/Altwicker*, S. 59 Rn. 1; *Herbst*, S. 136 f.; *Weiß*, Schutz vor Folter, S. 79 ff.

⁶⁶³ Für den Wortlaut dieser Vorschrift siehe Anhang: Gesetzestexte.

⁶⁶⁴ OLG Hamburg BeckRS 2005, 07556.

⁶⁶⁵ LG Frankfurt RA 2003, 712 = StV 2003, 327; vgl. OLG Frankfurt Beschl. v. 28.02.2007 BeckRS 2007, 03886; BVerfG 1 BvR 1807/07, Beschl. v. 19.02.2008, HRRS 2008 Nr. 255, Rn. 34.

⁶⁶⁶ BVerfG NJW 2005, 656; LG Frankfurt am Main Ur. v. 04.08.2011 Az. 2-04 O 521/05 Rn. 82 = OpenJur 2011, 94498.

⁶⁶⁷ BGH 3 StR 372/00, Ur. v. 21.02.2001, HRRS-Datenbank, Rn. 23; siehe auch OLG Hamburg BeckRS 2005, 07556; vgl. BGH NJW 2011, 1523, 1524 = BGHR StPO § 136a Abs. 3 Beweisverwertungsverbote 7.

⁶⁶⁸ Siehe oben Kap. 2, III.C.1a)bb).

⁶⁶⁹ BGH 3 StR 372/00, Ur. v. 21.02.2001, HRRS-Datenbank, Rn. 26.

b) Misshandlungen – Quälerei – körperliche Eingriffe

Nach § 136a Abs. 1 Satz 1 StPO sind alle Misshandlungen verboten, ungeachtet dessen, ob sie unmenschlich oder grausam sind. Auch die tatsächliche Verursachung von Schmerzen ist unbeachtlich. Die Absicht, solche zu verursachen, genügt und wird als Unterscheidungsmerkmal zu körperlichen Eingriffen nach § 136a Abs. 1 Satz 1 angesehen.⁶⁷⁰ Ebenso wenig erfordert der Begriff der Misshandlung i.S. des § 136a StPO einen invasiven körperlichen Eingriff. Eine gewisse Körperlichkeit ist erst auf der Auswirkungsebene notwendig.⁶⁷¹ Erleidet der Betroffene infolge von Misshandlungen bei einer längeren Dauer oder bei einem wiederholten Einsatz Schmerzen, so kann dies auch zu Quälerei führen.⁶⁷² Da aber die Grenzen zwischen Misshandlung und Quälerei i.S. des § 136a als fließend betrachtet werden,⁶⁷³ besteht eine Misshandlung so doch im Wesentlichen in der Zufügung körperlicher Qualen und seelischer Schmerzen.⁶⁷⁴ Letztere können sich außerdem unter der Berücksichtigung von Dauer und Geeignetheit einer Handlung durch sonstige und insbesondere entwürdigende Behandlungen ergeben: etwa Scheinexekutionen,⁶⁷⁵ Verweigerung der Erlaubnis zur Kontaktaufnahme mit Angehörigen,⁶⁷⁶ Beschimpfungen, Anschreien oder Erzeugen von Angst und Hoffnungslosigkeit.⁶⁷⁷ Psychische Belastungen, die mit einer normalen Vernehmungssituation einhergehen, fallen dagegen nicht darunter.⁶⁷⁸

Zur Konkretisierung von Misshandlungen wird in der Literatur auf den Tatbestand der Körperverletzung nach §§ 223 ff. StGB und teilweise Aussageerpressung nach § 343 StGB zurückgegriffen.⁶⁷⁹ Daher werden grundsätzlich tatsächliche Verletzungen des Körpers sowie andere Beeinträchtigungen des körperlichen Wohlbefindens, auch wenn nur geringfügig, darunter subsumiert.⁶⁸⁰ Dabei wird eine gewisse

⁶⁷⁰ SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 48; Meyer-Goßner, § 136a Rn. 9.

⁶⁷¹ SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 43.

⁶⁷² KMR-Pauckstadt-Maihold, § 136a Rn. 9; LR-StPO-Gleiß, § 136a Rn. 37; SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 43; Kindhäuser, S. 69; Jahn, JuS 2005, 1059.

⁶⁷³ Hilland, S. 29.

⁶⁷⁴ Roxin/Schünemann, S. 195 Rn. 23; LR-StPO-Gleiß, § 136a Rn. 20; vgl. KMR-Pauckstadt-Maihold, § 136a Rn. 12; Meyer-Goßner, § 136a Rn. 11; Jahn, JuS 2005, 1059.

⁶⁷⁵ Kindhäuser, S. 69.

⁶⁷⁶ Hilland, S. 95 ff.; im Anschluss daran auch SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 54.

⁶⁷⁷ LR-StPO-Gleiß, § 136a Rn. 37; SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 54; KMR-Pauckstadt-Maihold, § 136a Rn. 12; Eisenberg, S. 217 Rn. 651; Volk, S. 42. Rn. 14; Ransiek, S. 13; Erbs, NJW 1951, 387.

⁶⁷⁸ KMR-Pauckstadt-Maihold, § 136a Rn. 12; ähnlich LR-StPO-Gleiß, § 136a Rn. 55.

⁶⁷⁹ Vgl. KMR-Pauckstadt-Maihold, § 136a Rn. 8; SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 43; Meyer-Goßner, § 136a Rn. 5; BeckOK-StPO-Monka, § 136a Rn. 10; KK-StPO-Diemer, § 136a Rn. 10; LR-StPO-Gleiß, § 136a Rn. 22; Erbs, NJW 1951, 387; Jahn, JuS 2005, 1059; Ransiek, S. 12; Hilland, S. 129.

⁶⁸⁰ LR-StPO-Gleiß, § 136a Rn. 22; Jahn, JuS 2005, 1059.

Eingangsschwelle als erforderlich erachtet.⁶⁸¹ Insofern korrespondiert die Misshandlung i.S. des § 136a mit dem in Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG verankerten Verbot, festgehaltene Personen weder seelisch noch körperlich zu misshandeln sowie mit der Unterlassungs- und Schutzpflicht des Staates nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1, dass von niemandem in die körperliche Unversehrtheit eingegriffen werden darf und die körperliche Integrität jeder in staatlichem Gewahrsam befindlichen Person zu wahren und zu schützen ist.⁶⁸²

Für die Fallkonstellation der Misshandlung bei der polizeilichen Vernehmung existiert kaum eine höchstrichterliche Rechtsprechung.⁶⁸³ Die Konkretisierung tatbestandsmäßiger Handlungen ergibt sich daher teilweise erst mittelbar. So lässt sich aus einem Beschluss des BVerfG entnehmen, dass das Gericht Gesundheitsbeeinträchtigungen eines Beschuldigten durch Schläge gegen seinen Brustkorb, Schütteln an den Schultern, Schlagen seines Kopfes an die Wand oder die verbale Androhung der Zufügung erheblicher Schmerzen als Verstöße gegen das Misshandlungsverbot i.S.v. Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG betrachtet.⁶⁸⁴

In der Literatur werden als tatbestandsmäßige Misshandlungen unmittelbarer körperlicher Art Schläge, Fußtritte, Stöße, Stiche⁶⁸⁵ oder andere Arten des Beibringens körperlicher Verletzungen,⁶⁸⁶ wie Ohrfeigen,⁶⁸⁷ Verabreichung von Elektroschocks⁶⁸⁸ oder *waterboarding*,⁶⁸⁹ angesehen. Für eine ausreichende Beeinträchtigung des Wohlbefindens werden außerdem weitere Handlungen aufgezählt, die den Beschuldigten körperlichen Beeinträchtigungen aussetzen; etwa Schlaf-, Nahrungs- oder Flüssigkeitsentzug oder auch Rauchverbot⁶⁹⁰ sowie übermäßige Hitze, Kälte, Lärm, Licht oder Dunkelheit.⁶⁹¹

⁶⁸¹ *Kindhäuser*, S. 68; *Meyer-Gofßner*, § 136a Rn. 5.

⁶⁸² BVerfG NJW 2005, 657; BVerfG 1 BvR 1807/07, Beschl. v. 19.02.2008, HRRS 2008 Nr. 255, Rn. 34.

⁶⁸³ Vgl. *Weigend*, StV 2003, 436 („glücklicherweise“).

⁶⁸⁴ BVerfG 1 BvR 1807/07, Beschl. v. 19.02.2008, HRRS 2008 Nr. 255, Rn. 34 f.

⁶⁸⁵ Vgl. *Kindhäuser*, S. 68; KK-StPO-Diemer, § 136a Rn. 10–11; SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 43; *Meyer-Gofßner*, § 136a Rn. 5; KMR-Pauckstadt-Maihold, § 136a Rn. 8; LR-StPO-Gleiß, § 136a Rn. 22; *Volk*, S. 42 Rn. 14; *Hilland*, S. 29.

⁶⁸⁶ LR-StPO-Gleiß, § 136a Rn. 22; SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 43; KMR-Pauckstadt-Maihold, § 136a Rn. 11.

⁶⁸⁷ *Ransiek*, S. 12.

⁶⁸⁸ SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 43.

⁶⁸⁹ BeckOK-StPO-Monka, § 136a Rn. 10; *Jahn*, JuS 2005, 1059.

⁶⁹⁰ Vgl. *Kindhäuser*, S. 68; KK-StPO-Diemer, § 136a Rn. 10–11; *Meyer-Gofßner*, § 136a Rn. 5; KMR-Pauckstadt-Maihold, § 136a Rn. 8; *Erbs*, NJW 1951, 387.

⁶⁹¹ Vgl. SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 43; *Kindhäuser*, S. 68; *Meyer-Gofßner*, § 136a Rn. 5; LR-StPO-Gleiß, § 136a Rn. 22; *Volk*, S. 42 Rn. 14.

c) *Verabreichen von Mitteln*

Hierunter fällt die Einführung aller Arten von Stoffen in den Körper einer Aussageperson, die insbesondere betäubende, einschläfernde oder aufputschende Wirkung haben.⁶⁹² Dadurch wird die Fähigkeit des Beschuldigten, sein Aussageverhalten in eine bestimmte Richtung zu gestalten, also seine Willensbetätigungsfreiheit, beeinträchtigt und er in einen Zustand erhöhter Mitteilungsbereitschaft versetzt.⁶⁹³ Zu den erwähnten Mitteln werden Alkohol, Rauschgift, narkoanalytische Wahrheitsseren oder ähnliche Substanzen gezählt.⁶⁹⁴ Auch die Ausnutzung eines bereits ohne Zutun von Ermittlungsorganen entstandenen ähnlichen Zustands, etwa nach Alkoholgenuss, wird als eine entsprechende Beeinträchtigung der Willensfreiheit des Beschuldigten erachtet.⁶⁹⁵

d) *Ermüdung*

Ermüdung beschreibt den Zustand, in dem das Ruhebedürfnis einer Aussageperson so übermächtig geworden ist, dass es andere Gesichtspunkte bei der Willensentschließung zurückdrängt.⁶⁹⁶ Die Ermüdung oder Beeinträchtigung, welche allein aufgrund der Durchführung einer unangenehmen und stressvollen Vernehmung,⁶⁹⁷ auch zur Nachtzeit,⁶⁹⁸ einhergehen, fallen nicht darunter⁶⁹⁹ und werden als unvermeidbare Folgen einer legitimen Maßnahme und Teil eines rechtmäßigen ermittlungstaktischen Vorgehens erachtet. Daher hindere die Ermüdung nur in Extremfällen die Durchführung einer Vernehmung.⁷⁰⁰ Nach dem BGH muss auch im Fall der Ermüdung eine erhebliche Einschränkung der Willenskräfte des Beschuldigten vorliegen, damit § 136a Abs. 1 StPO anwendbar wird.⁷⁰¹ Jedenfalls dürfe er nicht durch

⁶⁹² KMR-*Pauckstadt-Maihold*, § 136a Rn. 11; SK-StPO-*Rogall*, § 136a Rn. 49.

⁶⁹³ BGH-*Nack* Urt. v. 17.12.1998 1 StR 258/98; *Sauer*, JR 1949, 502.

⁶⁹⁴ *Hilland*, S. 68 f.; *Jahn*, JuS 2005, 1059.

⁶⁹⁵ OLG Stuttgart Beschl. v. 28.04.2009 – 2 Ss 747/08 = BeckRS 2009, 86318; *Neuhaus*, NStZ 1997, 313.

⁶⁹⁶ KK-StPO-*Diemer*, § 136a Rn. 12; *Jahn*, JuS 2005, 1059.

⁶⁹⁷ Vgl. BGH NJW 1993, 2904; BGHR StPO § 136a Abs. 1 Ermüdung 2; LG-Ravensburg NStZ-RR 2008, 46.

⁶⁹⁸ BGH NJW 1993, 2904; KMR-*Pauckstadt-Maihold*, § 136a Rn. 9; *Meyer-Goßner*, § 136a Rn. 8; BeckOK-StPO-*Monka*, § 136a Rn. 11; LR-StPO-*Gleiß*, § 136a Rn. 24; KK-StPO-*Diemer*, § 136a Rn. 12; *Jahn*, JuS 2005, 1059; kritisch hiergegen *Herrmann*, NStZ 1997, 211; *Hilland*, S. 34 f. und 41.

⁶⁹⁹ LR-StPO-*Gleiß*, § 136a Rn. 24.; KK-StPO-*Diemer*, § 136a Rn. 12; vgl. *Erbs*, NJW 1951, 387.

⁷⁰⁰ KMR-*Pauckstadt-Maihold*, § 136a Rn. 9; *Meyer-Goßner*, § 136a Rn. 8; BeckOK-StPO-*Monka*, § 136a Rn. 11.

⁷⁰¹ BGHR StPO § 136a Abs. 1 Ermüdung 3.

Dauervernehmungen zermürbt bzw. seine Willenskraft erschöpft werden.⁷⁰² Eine Vernehmung von gut sieben Stunden verursacht nach dem BGH keine erhebliche Ermüdung für einen sportlichen und intelligenten Beschuldigten, der sich weder vor noch während der Vernehmung hierauf berufen hat.⁷⁰³

Außerdem bezieht sich die Ermüdung nach der h.M. in erster Linie auf die Folge eines gezielten Verhaltens des Vernehmenden.⁷⁰⁴ Darüber hinaus wird die Ausnutzung eines bereits vorliegenden Ermüdungszustands als unzulässig betrachtet.⁷⁰⁵ Fraglich ist, ob die Herbeiführung oder Ausnutzung der Ermüdung entsprechend der Finalität dieser beiden Handlungsweisen stets absichtlich sein muss oder eine gewisse Vorhersehbarkeit genügt bzw. es dabei allein auf den objektiven Zustand der Ermüdung ankommt.⁷⁰⁶ Nach dem BGH muss der Vernehmungsbeamte jedenfalls eine bestehende Ermüdung erkannt haben.⁷⁰⁷

2. Drohung – Vorteilsversprechen

Eine Drohung liegt vor, wenn der Vernehmende für den Fall der Verweigerung einer Aussage dem Beschuldigten einen empfindlichen Nachteil in Aussicht stellt, auf dessen Eintritt er Einfluss hat oder zu haben behauptet.⁷⁰⁸ Unbeachtlich ist dabei, ob der Drohende dazu fähig oder willens ist.⁷⁰⁹ Der angedrohte Nachteil muss eine gewisse Erheblichkeit aufweisen,⁷¹⁰ jedoch nicht unbedingt die persönlichen Rechtsgüter des Beschuldigten selbst berühren. Betroffen kann auch eine andere Person sein,⁷¹¹ etwa ein Mitglied seiner Familie. Allgemeine Belehrungen, Vorhaltungen oder Warnungen werden in der Literatur nicht als Drohung aufgefasst.⁷¹²

⁷⁰² Vgl. LR-StPO-Gleiß, § 136a Rn. 24; KK-StPO-Diemer, § 136a Rn. 12; BeckOK-StPO-Monka, § 136a Rn. 11; SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 46.

⁷⁰³ BGHR StPO § 136a Abs. 1 Ermüdung 2.

⁷⁰⁴ BGH NJW 1993, 2904; Jahn, JuS 2005, 1059.

⁷⁰⁵ BGH NJW 1993, 2904; KMR-Pauckstadt-Maihold, § 136a Rn. 9; Meyer-Göfner, § 136a Rn. 8; Hilland, S. 37; so auch im Ergebnis SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 44; a.A. Erbs, NJW 1951, 387.

⁷⁰⁶ So im Ergebnis KK-StPO-Diemer, § 136a Rn. 13; LR-StPO-Gleiß, § 136a Rn. 25; Volk, S. 42 Rn. 14; Jahn, JuS 2005, 1059; BeckOK-StPO-Monka, § 136 Rn. 11; Roxin/Schünemann, S. 195 Rn. 21; Bung, StV 2008, 499.

⁷⁰⁷ BGH NJW 1993, 2904.

⁷⁰⁸ Vgl. SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 72; Meyer-Göfner, § 136a Rn. 21; BeckOK-StPO-Monka, § 136a Rn. 24; LR-StPO-Gleiß, § 136a Rn. 56; KMR-Pauckstadt-Maihold, § 136a Rn. 19; Jahn, JuS 2005, 1061; Hilland, S. 134.

⁷⁰⁹ SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 72; LR-StPO-Gleiß, § 136a Rn. 56.

⁷¹⁰ BGH StV 1989, 515 mit Anm. von Achenbach.

⁷¹¹ SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 72.

⁷¹² Meyer-Göfner, § 136a Rn. 21; SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 73; BeckOK-StPO-Monka, § 136a Rn. 24; LR-StPO-Gleiß, § 136a Rn. 57; KMR-Pauckstadt-Maihold, § 136a Rn. 19; Jahn, JuS 2005, 1061; vgl. OLG Stuttgart StV 2007, 232 mit Anm. von Esser.

Außerdem sei der Vernehmungsbeamte befugt, aus gegebenem Anlass dem Beschuldigten die Nachteile seines Schweigens bzw. Leugnens vor Augen zu führen. Eine solche Belehrung sei keine Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit.⁷¹³ Ebenfalls sei es zulässig, ihn zur Wahrheit zu ermahnen, wenn er lügt.⁷¹⁴ Die richterliche Fürsorgepflicht könne sogar gebieten, dem Beschuldigten offen zu empfehlen, zur Sache auszusagen.⁷¹⁵ Nach dem BGH begründet das Anschreien des Beschuldigten jedenfalls kein Verwertungsverbot der daraufhin gegebenen Antwort nach § 136a Abs. 3 StPO.⁷¹⁶ Die Androhung mit Folter fällt dagegen eindeutig darunter.⁷¹⁷

Im Gegensatz zur Drohung mit Maßnahmen, welche kein legitimes Ziel verfolgen, sind solche Fälle problematisch, in denen der Beschuldigte mit den nachteiligen Folgen einer rechtlichen Maßnahme bedroht wird. Nach dem BGH liegt die Drohung einer nach den Vorschriften des Strafverfahrens unzulässigen Maßnahme i.S.d. § 136a Abs. 1 Satz 3 1. Alt. StPO vor, wenn konkludent zum Ausdruck gebracht wird, dass der Haftbefehl in Vollzug gesetzt werde, sollte der Beschuldigte kein Geständnis ablegen, obwohl dies nach Maßgabe des § 116 StPO offensichtlich rechtswidrig gewesen wäre.⁷¹⁸ Dagegen soll das statthaft sein, solange jene Maßnahme, etwa die vorläufige Festnahme des Beschuldigten nach § 127 StPO oder gar die Verhaftung nach § 112 StPO, rechtmäßig angeordnet⁷¹⁹ und nicht final zur Aussageerlangung zweckentfremdet, sondern allein aufgrund einer sachlichen Notwendigkeit eingesetzt wird.⁷²⁰ Daher sei es zulässig, wenn im Gegenzug zur Ablegung eines Geständnisses auf die Annahme des Haftgrunds der Verdunklungsgefahr verzichtet wird. Die Fluchtgefahr könne ein Geständnis aber nicht beseitigen.⁷²¹

Einigkeit besteht darüber, dass die Drohung mit der Festlegung eines höheren Strafmaßes im Fall eines verweigerten Geständnisses stets unzulässig ist, weil dafür allein die Schuld des Beschuldigten maßgeblich ist.⁷²² Umstritten ist allerdings, ob der Beschuldigte auf die strafmildernde Wirkung eines Geständnisses hingewiesen werden darf, wenn dies mit der konkludenten Androhung einhergeht, dass er ansonsten keine Strafmilderung erhalte.⁷²³ Allein die Inaussichtstellung einer Strafmilderung für

⁷¹³ BGH NJW 1952, 152.

⁷¹⁴ Meyer-Gößner, § 136 Rn. 18; BeckOK-StPO-Monka, § 136 Rn. 20.

⁷¹⁵ Meyer-Gößner, § 136 Rn. 8; kritisch hiergegen Bosch, Aspekte, S. 131 ff.

⁷¹⁶ BGH NJW 1993, 2905.

⁷¹⁷ So ausdrücklich im Fall *Gäfigen* LG Frankfurt RA 2003, 712 = StV 2003, 327; vgl. OLG Frankfurt Beschl. v. 28.02.2007 – 1 W 47/06 BeckRS 2007, 03886; LG Frankfurt Ur. v. 20.12.2004 BeckRS 2005, 01796 = RA 2005, 222 = NJW 2005, 692; *Jahn*, JuS 2005, 1061.

⁷¹⁸ BGH-Nack, Ur. v. 16.09.2004 4 StR 84/04 = HRRS 2004 Nr. 904.

⁷¹⁹ LR-StPO-Gleiß, § 136a Rn. 56; *Jahn*, JuS 2005, 1061.

⁷²⁰ BeckOK-StPO-Monka, § 136a Rn. 24; OLG Frankfurt StV 1998, 120 f.

⁷²¹ SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 80.

⁷²² *Jahn*, JuS 2005, 1061.

⁷²³ SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 80 („nicht unproblematisch“).

den Fall eines Geständnisses stellt nach dem BGH nicht das Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils dar, denn die Entschließungsfreiheit des Beschuldigten werde durch einen solchen Hinweis nicht beeinträchtigt.⁷²⁴ Auch der Hinweis, dass das Strafmaß ohne eine durch ein Geständnis gerechtfertigte Milderung hoch ausfallen werde, ist nach dem BGH keine rechtswidrige Drohung. Ein mittelbarer Zwang auf den Beschuldigten werde hierbei nicht ausgeübt.⁷²⁵ Eine unzulässige Drohung bzw. rechtswidrige Zwangslage könne jedoch angenommen werden, wenn die angedrohte Strafe weder schuldangemessen noch in einem angemessenen Verhältnis zu dem Strafmaß steht, das nach der Milderung festgelegt wird.⁷²⁶ Das „Angebot“ der Staatsanwaltschaft, im Fall der Ablegung eines Geständnisses anstatt von sechs bis sieben Jahren Freiheitsstrafe lediglich drei Jahre und sechs Monate zu beantragen, stellt ein unzulässiges Druckmittel dar, weil ein so gravierender Unterschied nicht mehr mit der strafmildernden Wirkung eines Geständnisses erklärbar ist.⁷²⁷ In einem anderen Fall soll nach dem BGH zwischen den nahegelegten vier Jahren und sechs Monaten und der zu erwartenden Freiheitsstrafe von über sieben Jahren hingegen keine unangemessene Strafmilderung bestehen.⁷²⁸

Wie an diesen Fällen zu erkennen, ist eine Drohung des Öfteren die Kehrseite eines Vorteilsversprechens. Dasselbe gilt umgekehrt, wenn dem Beschuldigten der Vorteil des Nichteintreffens eines empfindlichen Nachteils versprochen oder ihm die Nichterlangung eines Vorteils angekündigt wird.⁷²⁹

Im Allgemein wird das Versprechen als eine Erklärung des Vernehmenden verstanden, dem Beschuldigten als Gegenleistung für die Ablegung eines Geständnisses einen Vorteil in Aussicht zu stellen, auf dessen Gewährung er sich ebenfalls Einfluss zuschreibt.⁷³⁰ Der Vorteil muss für den Beschuldigten einen beachtlichen Anreiz darstellen,⁷³¹ sodass er zu dessen Erlangung das Schweigen aufgibt und sich selbst belastet. Dabei ist zunächst unbeachtlich, ob der versprochene Vorteil rechtlich tatsächlich bindend ist. Es kommt auf die Sicht des Beschuldigten an.⁷³² Ist das Versprechen nicht ernst gemeint, so liegt gleichzeitig eine Täuschung vor.⁷³³ Die Zusagen der Staatsanwaltschaft, von der Verfolgung weiterer unwesentlicher Straftaten nach Maßgabe des § 154 StPO abzusehen, wenn der Beschuldigte über un-

⁷²⁴ BGH-Nack, Urt. v. 27.04.2007 2 StR 523/06; ebenso Meyer-Göbner, § 136 Rn. 18; BeckOK-StPO-Monka, § 136 Rn. 20.

⁷²⁵ BGH-Nack, Urt. v. 27.04.2007 2 StR 523/06.

⁷²⁶ BGH-Nack, Urt. v. 27.04.2007 2 StR 523/06; ebenso BVerfG NJW 2013, 1069.

⁷²⁷ BGH NStZ 2005, 393.

⁷²⁸ BGH-Nack, Urt. v. 27.04.2007 2 StR 523/06.

⁷²⁹ LR-StPO-Gleiß, § 136a Rn. 20; SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 72.

⁷³⁰ Vgl. BVerfG NStZ 1984, 82; SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 76; Jahn, JuS 2005, 1062.

⁷³¹ SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 77; Jahn, JuS 2005, 1062.

⁷³² SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 76.

⁷³³ LR-StPO-Gleiß, § 136a Rn. 20.

wesentliche Straftaten detaillierte Angaben macht, sind nach dem BGH keine Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils.⁷³⁴ Ausdrücklich sieht in bestimmten Fällen das Gesetz selbst vor, etwa in § 31 BtMG, §§ 46b, 87, 98, 99, 129, 129a, 129b, 158 StGB, dass das kooperative Verhalten eines Beschuldigten belohnt wird.⁷³⁵

3. Täuschung

Durch eine Täuschung wird jemand entweder hinsichtlich des Motivs seiner Handlung (hier: sich zu belasten), einem psychischen Druck ausgesetzt und/oder in Bezug auf die Bedeutung seiner Aussage irreführt.⁷³⁶ Die tatbestandsmäßigen Handlungen sind vielfältig und werden in Rechtsprechung und Literatur nach bestimmten Kriterien in Fallgruppen gegliedert. Danach kann sich ein täuschendes Verhalten auf Tatsachen, Rechtsfragen oder die Absicht des Vernehmenden beziehen.⁷³⁷ Ein solches Verhalten wird außerdem unter dem Aspekt untersucht, ob es ein positives Tun oder Unterlassen ist. Schließlich wird dem Umstand Bedeutung beigemessen, ob die Irreführung des Beschuldigten durch die Ermittlungsorgane vorsätzlich/bewusst oder fahrlässig/unbewusst erfolgt ist. Über die Zulässigkeit solcher Täuschungen ist allerdings mit diesen Unterteilungen noch nichts gesagt.

a) Restriktive Auslegung

Die Konkretisierung des Täuschungsverbots nach § 136a Abs. 1 Satz 1 StPO ist in Bezug auf die Reichweite der tatbestandsmäßigen Handlungen in der Rechtsprechung und Literatur äußerst umstritten.⁷³⁸ Die h.M. befürwortet eine restriktive Auslegung des Täuschungsverbots und lässt „geringfügige Irreführungen“ zu.⁷³⁹ Erstens würden die *rationes* des §136a StPO eine solche restriktive Auslegung des Täuschungsverbots gebieten. Hiernach verletze nicht jede Irreführung des Beschuldigten seine Würde und Aussagefreiheit sowie die Würde des Staates.⁷⁴⁰ Die Einräumung eines gewissen Spielraums für das taktische Vorgehen bei Vernehmungen sei sogar rechtsstaatlich unerlässlich, führe man sich den verfassungsrechtlichen

⁷³⁴ BGHR StPO § 136 Abs. 1 Satz 3 Versprechung 1; SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 79.

⁷³⁵ BGHR StPO § 136 Abs. 1 Satz 3 Versprechung 1; SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 78.

⁷³⁶ Hierzu eingehend *Puppe*, GA 1978, 291 ff.

⁷³⁷ KK-StPO-Diemer, § 136a Rn. 19.

⁷³⁸ BGH NJW 1989, 842; SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 56; *Jahn*, JuS 2005, 1059; *Freund*, JuS 1995, 396; *Kramer*, Jura 1988, 523; *Puppe*, GA 1978, 289.

⁷³⁹ BGH-Nack Urt. v. 17.12.1998 1 StR 258/98; BGH NSTz 1990, 446, 447; LG-Ravensburg NSTz-RR 2008, 46; für die einschränkende Auslegung auch *Meyer-Göfner*, § 136a Rn. 12; *KMR-Pauckstadt-Maihold*, § 136a Rn. 13; *Roxin/Schünemann*, S. 195 f. Rn. 24; *Soiné*, NSTz 2010, 599; *Verrel*, S. 110; *Sternberg-Lieben*, Jura 1995, 307; vgl. *Jahn*, JuS 2005, 1059 f.; *Beulke*, StV 1990, 182.

⁷⁴⁰ Vgl. *Verrel*, S. 112 f.; *Sternberg-Lieben*, Jura 1995, 307.

Auftrag von Ermittlungsorganen vor Augen, eine wirksame Verbrechensbekämpfung zu betreiben.⁷⁴¹ Zweitens wird angeführt, dass die Beeinträchtigung der Willensfreiheit des Beschuldigten durch Täuschung in einer mit den anderen Methoden des §136a StPO vergleichbaren Weise erfolgen muss.⁷⁴² Erforderlich sei daher eine Erheblichkeitsschwelle des Beeinträchtigungsgrades, die eine gewisse Äquivalenz mit der Zwangsausübung dahingehend haben müsse, dass die Willensbildung des Beschuldigten unter einem starken, den Ermittlungsbehörden zurechenbaren, irrtümlichen Handlungsmotiv leidet.⁷⁴³ Betrachte man die erhebliche Folge im Fall des Verstoßes gegen § 136a Abs. 1 StPO, nämlich das Verwertungsverbot für die dadurch erlangten Aussagen, so sei ein qualifizierter Handlungsunwert notwendig.⁷⁴⁴ Drittens enthalte bereits der Begriff Täuschung ein bewusstes und finales Moment.⁷⁴⁵

b) Fallbeispiele

Diese Gründe sprechen nach der h.M. dafür, dass das Täuschungsverbot grundsätzlich nur vorsätzliches/bewusstes Vorspiegeln oder Entstellen von Tatsachen sowie wahrheitswidrige Angaben über Rechtsfragen umfasst.⁷⁴⁶ Darunter fällt unumstritten regelrechtes Lügen⁷⁴⁷ durch ein aktives Tun, etwa: die wahrheitswidrige Mitteilung an den Beschuldigten, dass der Mitbeschuldigte bereits ein Geständnis abgelegt habe;⁷⁴⁸ den Ermittlungsorganen lägen belastende Beweismittel gegen ihn vor;⁷⁴⁹ die Beweislage gegen ihn sei erdrückend;⁷⁵⁰ er werde in einer Vermissten-sache und nicht zum Mord vernommen;⁷⁵¹ die Tat sei nicht strafbar;⁷⁵² ihn treffe

⁷⁴¹ Vgl. BGH NStZ 1990, 446, 447; in der Literatur siehe hierzu *Verrel*, S. 113; *Beulke*, StV 1990, 182; *Erbs*, NJW 1951, 388.

⁷⁴² *Klein*, S. 31; *Jahn*, JuS 2005, 1059; *Renzikowski*, JZ 1997, 712.

⁷⁴³ *Sternberg-Lieben*, Jura 1995, 307.

⁷⁴⁴ Vgl. SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 59; *Klein*, S. 31; *Renzikowski*, JZ 1997, 712.

⁷⁴⁵ SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 59; *Rejewski*, NJW 1967, 2000.

⁷⁴⁶ BGH NStZ 1997, 251; BGH Urt. v. 17.11.1989 – 2 StR 416/89 = BGHR StPO § 136a Zwang 1; BGH StV 1989, 515; BGH NJW 1989, 842; LG-Ravensburg NStZ-RR 2008, 46; so auch in der Literatur SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 59 f.; BeckOK-StPO-Monka, § 136a Rn. 17; KMR-Paukstadt-Maihold, § 136a Rn. 13; LR-StPO-Gleiß, 136a Rn. 41; KK-StPO-Diemer, § 136a Rn. 19; *Kindhäuser*, S. 69; vgl. *Erbs*, NJW 1951, 388.

⁷⁴⁷ *Lindner*, S. 94; *Kramer*, Jura 1988, 523; *Freund*, JuS 1995, 395.

⁷⁴⁸ Vgl. BGHR StPO § 136a Abs. 1 Täuschung 8; SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 62; KK-StPO-Diemer, § 136a Rn. 19; *Soiné*, NStZ 2010, 598; *Beulke*, StV 1990, 182; *Erbs*, NJW 1951, 388.

⁷⁴⁹ BGH NStZ 1996, 290 = StV 1996, 360 = BGHR StPO § 136a Abs. 1 Täuschung 9; KK-StPO-Diemer, § 136a Rn. 19; *Beulke*, StV 1990, 182; *Erbs*, NJW 1951, 388.

⁷⁵⁰ BGH NJW 1989, 842 = BGHR StPO § 136a Abs. 1 Täuschung 1; LG-Ravensburg NStZ-RR 2008, 46; KK-StPO-Diemer, § 136a Rn. 19; *Jahn*, JuS 2005, 1060; *Beulke*, StV 1990, 182.

⁷⁵¹ BGH NStZ 1990, 447; = NJW 1990, 2633 = BGHR StPO § 136a Abs. 1 Täuschung 4, zustimmend SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 62; *Soiné*, NStZ 2010, 598; *Jahn*, JuS 2005, 1060.

eine Aussagepflicht;⁷⁵³ er befinde sich in einer rein privaten Unterhaltung ohne prozessuale Verwertbarkeit.⁷⁵⁴ Die erforderliche Eingangsschwelle erreiche das Verhalten der Vernehmungsbeamten jedoch nicht, wenn diese dem Beschuldigten eine vermeintlich freundliche Gesinnung vorspiegelten.⁷⁵⁵ Auch die bloße Ermahnung zur Wahrheit stelle keine Täuschung dar, solange diese nicht den Eindruck erwecke, dass der Beschuldigte eine rechtliche Pflicht zur Aussage habe.⁷⁵⁶ Umstritten ist, ob eine fahrlässige Irreführung des Beschuldigten über Tatsachen oder Rechtsfragen unzulässig ist.⁷⁵⁷ Nach dem BGH erfüllt die objektiv unzutreffende Information des Beschuldigten, die StA würde bei der Ablegung eines Geständnisses nicht mehr von der Verdunkelungsgefahr i.S.d. § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO ausgehen, die Voraussetzung der gezielten Täuschung nicht, wenn es sich hierbei nur um eine fahrlässige Fehlleistung handelt. Daran ändere nichts, dass die unwahre Benachrichtigung für den Beschuldigten offenkundig entscheidungserheblich war.⁷⁵⁸ Dasselbe gelte für fahrlässige Fehlinformation des Beschuldigten über die Beweislage, dass das Opfer an einer „Herzrhythmusstörung“ gestorben sei, obwohl der Polizei Informationen vorliegen, die auf eine „Gewalteinwirkung“ hindeuteten.⁷⁵⁹ Nach der h.M. in der Literatur fallen hingegen falsche Angaben über Rechtsfragen stets unter § 136a Abs. 1 StPO, unabhängig davon, ob sie vorsätzlich oder fahrlässig gemacht wurden.⁷⁶⁰

c) Ausnutzung von vorhandenen Irrtümern

Ein breiter Konsens besteht darüber, dass Täuschung i.S.d. § 136a StPO grundsätzlich ein aktives Tun erfordert und nicht durch Unterlassen begangen werden kann. Dies gilt in erster Linie für die Ausnutzung von selbstverschuldeten Irrtümern des Beschuldigten, die die Vernehmungsbeamten nicht aufzuklären brauchen.⁷⁶¹ Ausgenommen davon ist dessen Irrtum über die Aussagefreiheit. Der Vernehmungs-

⁷⁵² SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 62.

⁷⁵³ SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 172; KK-StPO-Diemer, § 136a Rn. 19.

⁷⁵⁴ SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 62.

⁷⁵⁵ SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 65; KMR-Pauckstadt-Maihold, § 136a Rn. 14; Soiné, NSiZ 2010, 599; Jahn, JuS 2005, 1060.

⁷⁵⁶ OLG Hamm Beschl. v. 14.01.1999 3 Ss 1404/98 (Burhoff).

⁷⁵⁷ Lindner, S. 95; Bung, StV 2008, 499; ablehnend SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 59; KMR-Pauckstadt-Maihold, § 136a Rn. 13; KK-StPO-Diemer, § 136a Rn. 19; Kindhäuser, S. 69.

⁷⁵⁸ BGH StV 1989, 515 mit Anm. von Achenbach.

⁷⁵⁹ BGH 2004, 631 = BGHR StPO § 136a Abs. 1 Täuschung 11 – fahrlässige Fehlinformation.

⁷⁶⁰ Meyer-Göfner, § 136a Rn. 13; LR-StPO-Gleiß, 136a Rn. 41; vgl. BeckOK-StPO-Monka, § 136a Rn. 17.

⁷⁶¹ SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 60; KMR-Pauckstadt-Maihold, § 136a Rn. 13; Beulke, StV 1990, 182; Erbs, NJW 1951, 388.

beamte ist nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO rechtlich verpflichtet, ihn darüber zu belehren. Unterlässt er dies bewusst, so stellt dies eine unzulässige Täuschung nach § 136a Abs. 1 Satz 1 StPO dar.⁷⁶² Eine versehentliche Unterlassung sei dagegen hiervon nicht umfasst,⁷⁶³ stellt aber einen Verstoß gegen § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO dar.

Außerdem wird grundsätzlich angenommen, dass das Verschweigen von Tatsachen oder Rechtsauskünften zulässig ist.⁷⁶⁴ Insbesondere haben die Ermittlungsbehörden über den Umfang der gesetzlich in § 136 Abs. 1 Satz 1 StPO vorgeschriebenen Eröffnung der zur Last gelegten Tat hinaus keine Pflicht, den Beschuldigten über den Stand von Ermittlungen zu informieren, wenn er von einer falschen Beweislage ausgeht. Ihn aus ermittlungstaktischen Gründen darüber im Unklaren zu lassen, sei zulässig, wobei die Grenzen der Eröffnungspflicht nach § 136 Abs. 1 Satz 1 StPO auch durch Unterlassen nicht unterschritten werden dürfen.⁷⁶⁵ Offengelassen hat der BGH in diesem Zusammenhang etwa die Frage, ob es eine unzulässige Täuschung i.S. des § 136a Abs. 1 Satz 1 StPO war, dass dem Beschuldigten erst gegen Ende seiner ersten Vernehmung mitgeteilt wurde, dass die Stichverletzungen zum Tod des Opfers geführt hatten.⁷⁶⁶ Keine Täuschung liege dagegen vor, wenn der Beschuldigte irrtümlich davon ausging, dass der Vernehmungsbeamte auf seine Bitte auch im Nachhinein keinen Vermerk über das selbstbelastende Gespräch zwischen den Beiden anfertigen werde und nur schriftlich in seiner Anwesenheit festgehaltene Angaben gerichtsverwertbar seien. Denn dies sei keine aktive und gezielte Irreführung des Beschuldigten. Der Beamte sei nicht verpflichtet gewesen, ihn über die wahre Rechtslage aufzuklären.⁷⁶⁷ Ebenfalls wird der Beschuldigte nach dem BGH nicht irreführt, wenn der Vernehmungsbeamte ihm unter anfänglichem Verschweigen der ihm bereits vorliegenden Erkenntnisse vorhielt, er wisse doch genau, wo die von ihm geworfene Flasche getroffen habe.⁷⁶⁸ Solange ein Irrtum nicht wie in der oben beschriebenen Weise erregt oder dahingehend unterhalten wird, dass er verstärkt oder ausgeweitet wird, wird seine Ausnutzung als

⁷⁶² OLG Oldenburg NJW 1967, 1096; LG Stuttgart NStZ 1985, 569; SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 173; BeckOK-StPO-Monka, § 136a Rn. 20; vgl. KK-StPO-Diemer, § 136a Rn. 19 (keine Täuschung, wenn der Beschuldigte sein Schweigerecht bereits kennt); vgl. BGHSt 22, 170.

⁷⁶³ BGH NStZ 1983, 566 mit Anm. von Meyer; OLG Frankfurt NStZ 1988, 425; so auch im Schrifttum SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 174; KK-StPO-Diemer, § 136a Rn. 21; Rejewski, NJW 1967, 2000.

⁷⁶⁴ BGH NStZ 1990, 446, 447; so auch Meyer-Göfner, § 136a Rn. 16; BeckOK-StPO-Monka, § 136a Rn. 19; KK-StPO-Diemer, § 136a Rn. 21; Volk, S. 43 Rn. 15.

⁷⁶⁵ BGH 1 StR 623/11 Beschl. v. 06.03.2012, HRRS 2012 Nr. 423, Rn. 32 ff.; BGH NStZ 1990, 447; LG-Ravensburg NStZ-RR 2008, 46; a.A. LG Freiburg StV 2004, 647 f.; SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 60.

⁷⁶⁶ BGH-Nack Beschl. v. 10.05.2001 – 3 StR 80/01 = NStZ 2001, 551 = StV 2003, 324.

⁷⁶⁷ BGH NStZ 1997, 251 = BGHR StPO § 136a Abs. 1 Irrtum über Verwertbarkeit der Aussage; vgl. AG Freising StV 1998, 122.

⁷⁶⁸ BGH-Nack, Urt. v. 23.08.2011 1 StR 153/11.

zulässiges Vorgehen erachtet.⁷⁶⁹ Dem Beschuldigten müsse nicht vor jedem Motivirrtum Schutz gewährt werden. Ein allgemeiner Vertrauenstatbestand in diesem Sinn existiere rechtlich nicht. Das Irrtumsrisiko trage der Beschuldigte.⁷⁷⁰

Darüber hinaus werden mehrdeutige Erklärungen oder Fang- und Suggestivfragen von Vernehmungsbeamten als zulässig betrachtet.⁷⁷¹ Denn bei diesen läge keine unwahre Tatsachenvorspiegelung oder eine entsprechende Entstellung vor. Der schweigeberechtigte Beschuldigte müsse in Kauf nehmen, dass er sich durch eigene Aussagen in Widersprüche verwickeln und selbst überführen könne, wenn er aussagt,⁷⁷² zumal eine gewisse Fragetechnik zum Kern der zulässigen kriminalistischen List gehöre,⁷⁷³ die in der Tat imstande ist, die Willensfreiheit des Beschuldigten, wie er aussagen will, zu verletzen.⁷⁷⁴ Ein so weitgehender Schutz der Willensfreiheit vor kriminalistischer List sei jedoch rechtlich nicht geboten.⁷⁷⁵ Wie weit die zulässige kriminalistische Fragetechnik ausgelegt werden kann, zeigt eine Entscheidung des BGH. Hiernach könnte der Vorhalt von Vernehmungsbeamten, der Bruder des Beschuldigten „behaupte“ oder „beziehtige ihn“, er habe das Opfer erschlagen, zwar irreführend gewesen sein. Eine vorsätzliche Täuschung i.S.d. § 136a Abs. 1 Satz 2 liege jedoch nicht vor. Denn von einem angeblichen Geständnis des Bruders sei keine Rede gewesen. Die Beamten hätten nur eine „Aussage“ wiedergegeben, die aber in der Tat nicht existierte. Bei der Gesamtbetrachtung des polizeilichen Vorgehens ergebe sich allerdings, dass die Beamten diese Irreführung durch Verwendung von weiteren Ausdrücken relativiert hatten.⁷⁷⁶

d) Kritik

Die oben aufgeführte Auslegung des Täuschungsverbots nach § 136a Abs. 1 Satz 1 StPO findet nicht überall Beifall. Im Gegensatz zu der Auffassung, die die Täuschung primär unter dem Aspekt des Handlungsunwerts definiert, wird eine teleo-

⁷⁶⁹ SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 60; Meyer-Göfner, § 136a Rn. 17; BeckOK-StPO-Monka, § 136a Rn. 20; KK-StPO-Diemer, § 136a Rn. 22; Kindhäuser, S. 69; Soiné, NSTZ 2010, 599; Erbs, NJW 1951, 388.

⁷⁷⁰ Jahn, JuS 2005, 1060.

⁷⁷¹ Vgl. BGH 1 StR 623/11 Beschl. v. 06.03.2012, HRRS 2012 Nr. 423 Rn. 24; Meyer-Göfner, § 136a Rn. 15; BeckOK-StPO-Monka, § 136a Rn. 17; Volk, S. 43 Rn. 15; KMR-Pauckstadt-Maihold, § 136a Rn. 14; SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 56; Kindhäuser, S. 69; Soiné, NSTZ 2010, 599; Jahn, JuS 2005, 1060.

⁷⁷² Beulke, StV 1990, 182.

⁷⁷³ Zur Zulässigkeit sog. kriminalistischer List siehe BGH NSTZ 1997, 251; BGH NJW 1989, 842.

⁷⁷⁴ Vgl. SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 56.

⁷⁷⁵ BGH NSTZ 1997, 251; BGH NJW 1989, 842; der Zulässigkeit sog. kriminalistischer List zustimmend auch Meyer-Göfner, § 136a Rn. 15; BeckOK-StPO-Monka, § 136a Rn. 17; Roxin/Schünemann, S. 195 f. Rn. 24; Volk, S. 43 Rn. 15.

⁷⁷⁶ BGHR StPO § 136a Abs. 1 Täuschung 8.

logisch weite Auslegung des Täuschungsbegriffs befürwortet.⁷⁷⁷ Für seine Konkretisierung ist weder die hiesige Vergleichbarkeit mit anderen Vernehmungsmethoden des § 136a StPO noch der Handlungsunwert von Bedeutung.⁷⁷⁸ Denn das Täuschungsverbot ist kein Selbstzweck, sondern dient zum Schutze der Aussagefreiheit des Beschuldigten.⁷⁷⁹ An dieser Stelle sei auf die Literaturansichten bei der verfassungsrechtlichen Debatte verwiesen, die den Zweck des Nemo-tenetur-Grundsatzes in dem Schutz des Beschuldigten vor Degradierung zum Verfahrensobjekt,⁷⁸⁰ vor Instrumentalisierung⁷⁸¹ oder Verlust seiner Eigenverantwortlichkeit⁷⁸² sehen und jegliche Täuschung als Verstoß gegen diese Schutzzwecke betrachten.

Außerdem ist die Abgrenzung zwischen verbotener Täuschung und erlaubter List nicht ausreichend scharf und wird in Grenzfällen zulasten des Beschuldigten gezogen.⁷⁸³ Im Vergleich zu groben Lügen kann eine kriminalistische List für den Beschuldigten sogar subtiler sein, wenn er diese überhaupt nicht wahrnimmt.⁷⁸⁴ Kriminalistische Verhörtechniken sind daher ebenfalls in der Lage, den Beschuldigten so in die Enge zu treiben, dass für ihn im Vergleich zum Schweigen oder Bestreiten kein vernünftiger Ausweg bleibt, als die ihm zur Last gelegte Straftat zu gestehen.⁷⁸⁵ Insofern nahm das LG Freiburg zutreffend an, dass der Gebrauch des Schweigerechts aus Sicht des Beschuldigten nutzlos war, als ihm bei seiner polizeilichen Vernehmung lediglich belastende Aussagen zweier Zeugen berichtet, ihm jedoch der Umfang dieser Aussagen unvollständig bekannt gemacht wurde, sodass er sich zum Gestehen weiterreichender Straftaten genötigt fühlte.⁷⁸⁶ Dasselbe gilt für den Beschuldigten, dem mit einer gewissen „Beichtvatertaktik“ eine freundliche und väterliche Gesinnung vorgespiegelt wird, um seine Einschätzung hinsichtlich des tatsächlichen Ziels der Vernehmung, nämlich seine Überführung, in die Irre zu führen und seine emotional verletzliche Situation zu Aufklärungszwecken auszunutzen. Die vermeintliche Zuwendung des Vernehmungsbeamten geht aussagepsychologisch mit der unwahren Botschaft einher, dass man die Selbstbelastungen des Beschuldigten für sich behalten werde.⁷⁸⁷ Die Ausnutzung seines offenkundigen

⁷⁷⁷ So *Bosch*, Aspekte, S. 166 ff.; *Grünwald*, StV 1987, 454; *Lindner*, S. 95; *Lesch*, ZStW 111/1999, 645; für einen vermittelnden Ansatz siehe *Achenbach*, StV 1989, 516 ff.; vgl. *Roxin/Schünemann*, S. 196 Rn. 24.

⁷⁷⁸ Vgl. *Popp*, NStZ 1998, 95.

⁷⁷⁹ *Lindner*, S. 153.

⁷⁸⁰ Hierzu siehe oben Kap. 3, II.B.3.a).

⁷⁸¹ Hierzu siehe oben Kap. 3, II.B.3.b).

⁷⁸² Hierzu siehe oben Kap. 3, II.B.3.c)bb).

⁷⁸³ *Hilland*, S. 109; *Schroeder*, S. 156.

⁷⁸⁴ *Puppe*, GA 1978, 290.

⁷⁸⁵ *Engländer*, ZIS 3/2008, 165 f.; so auch im Ergebnis *Ransiek*, S. 58.

⁷⁸⁶ LG Freiburg StV 2004, 647 f.; ähnlich auch OLG Frankfurt StV 1998, 120 f.

⁷⁸⁷ *Bosch*, Aspekte, S. 140 f.

Irrtums, nur seine protokollierten Aussagen seien gerichtsverwertbar, verstößt entgegen dem BGH gegen die Fürsorgepflicht des Vernehmungsbeamten, weil dieser nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO verpflichtet ist, den Beschuldigten über die rechtlichen Bedingungen seiner Aussagefreiheit zu belehren.⁷⁸⁸

4. Prozesswidriger Einsatz von Zwangsmaßnahmen

§ 136a Abs. 1 Satz 2 StPO verbietet die Anwendung von Zwangsmaßnahmen nicht per se, auch wenn nicht auszuschließen ist, dass diese auf den Beschuldigten einwirken und Einfluss darauf haben, ob er von seiner Aussagefreiheit Gebrauch macht.⁷⁸⁹ Ein absolutes und ausnahmsloses Anwendungsverbot gilt dagegen für die in Satz 1 des § 136a Abs. 1 StPO genannten Mittel,⁷⁹⁰ die in der Regel zur Erlangung einer Aussage des Beschuldigten eingesetzt werden. Solange aber das Strafverfahren Zwangsmaßnahmen zur Erreichung strafprozessual legitimer Zwecke vorsieht, wie etwa die vorläufige Festnahme oder die U-Haft des Beschuldigten, sind die Angaben, die er während deren Anwendung machte, i.S.d. § 136a Abs. 1 Satz 2 StPO nicht erzwungen.⁷⁹¹ Die Frage, ob es zulässig ist, dass die Ermittlungsorgane eine rechtmäßig angeordnete Freiheitsentziehung über den unvermeidbaren Umfang an Aussagedruck hinaus zur Aussageerlangung instrumentalisieren, hat der BGH bis jetzt nicht entschieden. Nach der zutreffenden Ansicht liegt auch hier eine unzulässige Zwangsanwendung i.S.d. § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO vor, wenn die Freiheitsentziehung trotz der formellen Einhaltung ihrer gesetzlichen Voraussetzungen im Vergleich zu hierbei ordnungsgemäß verfolgten Zwecken vornehmlich zur Aussageerlangung ausgenutzt wird.⁷⁹² Die U-Haft darf entgegen dem in der Praxis durchaus vorkommenden und nicht leicht von der Hand zu weisenden Missbrauch nicht zur Beugehaft gemacht werden.⁷⁹³

Ist die Zulässigkeit der Zwangsanwendung nicht gegeben, weil diese Maßnahme rechtswidrig angeordnet wird, so stellt sich die Frage, ob dadurch gleichzeitig eine unzulässige Zwangsanwendung i.S.d. § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO zu bejahen ist. Diese Frage ist zwischen Rechtsprechung und Literatur umstritten. Nach dem BGH macht die Freiheitsentziehung, die mit dem Ablauf der nach § 128 Abs. 1 StPO eingeräumten Frist rechtswidrig geworden ist, die währenddessen gemachten Aussagen des Beschuldigten i.S.d. § 136 Abs. 1 Satz 2 nicht automatisch zu erzwungenen. Die rechtswidrige Freiheitsentziehung müsse vielmehr zweckentfremdet und gezielt zur Herbeiführung einer Aussage angewandt werden. Das sei nicht gegeben,

⁷⁸⁸ So auch im Ergebnis *Wollweber*, NStZ 1998, 311.

⁷⁸⁹ Vgl. *Verrel*, S. 68 f.; *Eidam*, S. 303.

⁷⁹⁰ BGH NStZ 1995, 606 f.; *Jahn*, JuS 2005, 1061.

⁷⁹¹ LR-StPO-Gleiß, § 136a Rn. 55; *Verrel*, S. 69; *Fezer*, StV 1996, 78.

⁷⁹² *Verrel*, S. 71; ähnlich LR-StPO-Gleiß, § 136a Rn. 55.

⁷⁹³ *Eidam*, StV 2005, 201 ff.; *ders.*, HRRS 5/2008, 242 f.

wenn diese wie im konkreten Fall ersichtlich zur Vorbeugung von Fluchtgefahr oder Sicherstellung der Anwesenheit des Beschuldigten eingesetzt wurde.⁷⁹⁴ Dasselbe Finalitätserfordernis gilt nach dem BGH auch im Fall einer rechtswidrig angeordneten U-Haft. Für den zweckentfremdeten Einsatz einer an sich zulässigen Zwangsmaßnahme genüge es jedoch nicht, dass die gesetzlichen Haftvoraussetzungen objektiv fehlen. Die Haftentscheidung müsse auch subjektiv im Bewusstsein des Fehlens dieser Voraussetzungen getroffen oder herbeigeführt worden sein.⁷⁹⁵

5. Psychoanalytische Methoden

Im Gegensatz zu den oben genannten Mitteln, die die Willensentschlussfreiheit des Beschuldigten mit dem Ziel einer Aussage beeinflussen, wird durch die Verwendung psychoanalytischer Methoden die Erlangung von Tatwissen des Beschuldigten durch die Erfassung seines unwillkürlichen Aussageverhaltens beabsichtigt, das er im Ergebnis unwillentlich und unbewusst zutage legt. Insofern betreffen sie die Frage, wie der Beschuldigte aussagen will. Dadurch unterscheiden sie sich von der Hypnose, die den Willen des Beschuldigten mit der Folge ausschaltet, dass seinem Bewusstsein eine Einengung widerfährt.⁷⁹⁶

Klassische Beispiele der in § 136a StPO nicht ausdrücklich genannten psychoanalytischen Methoden sind der Polygraphentest a) durch einen Lügendetektor und b) der projektive Persönlichkeitstest, welchen zwar im Kern der beschriebene Informationserlangungsansatz zugrunde liegt, deren Ausführung allerdings weitere Unterschiede gegenüber den psychoanalytischen Methoden aufweist.⁷⁹⁷ Außerdem ist der Einsatz eines Lügendetektors stets dann unzulässig, wenn der Beschuldigte zur Teilnahme an dem Polygraphentest gezwungen wird. Darüber besteht in Rechtsprechung und Literatur Einigkeit.⁷⁹⁸ Fraglich ist allerdings die Zulässigkeit einer eingewilligten Teilnahme,⁷⁹⁹ auch wenn der Beschuldigte etwa darauf besteht, seiner Unschuld mit den wissenschaftlichen Messergebnissen eines Lügendetektors Nachdruck zu verleihen.

⁷⁹⁴ BGHR StPO § 136 Zwang 1.

⁷⁹⁵ BGH NStZ 1995, 606 f. = NJW 1995, 2933 = StV 1996, 73 = BGHR StPO § 136a Abs. 1 Zwang 3; kritisch hiergegen SK-StPO-Paeffgen, Art. 3 Rn. 3 Fn. 20; Bung, StV 2008, 496; Jahn, JuS 2005, 1061; Fezer, JR 1991, 86; ders., StV 1996, 78; differenzierend Bosch, StV 1999, 338 f.; vgl. Verrel, S. 74.

⁷⁹⁶ BGH-Nack Urt. v. 17.12.1998 1 StR 258/98.

⁷⁹⁷ Zur Funktionsweise des Lügendetektors siehe eingehend Frister, ZStW 106/1994, 304 ff.

⁷⁹⁸ BGH-Nack Urt. v. 17.12.1998 1 StR 258/98; Verrel, S. 201; Frister, ZStW 106/1994, 303; Neustadt, NJW 1951, 752.

⁷⁹⁹ Ablehnend etwa Rieß, JA 1980, 296.

a) Einsatz von Lügendetektoren

Im Kern der Debatte steht die Würdigung des Informationserlangungsprozesses durch einen Lügendetektor, der auch bei Einwilligung des Beschuldigten diesem die Freiheit nimmt, welches Tatwissen er den Ermittlungsorganen offenbaren und welches er zurückhalten will. Die Rechtsprechung sah lange Zeit bereits in dem Eindringen „in die unbewussten Körpervorgänge des Seelenzustands“ des Beschuldigten einen Verstoß gegen seine Menschenwürde, auf die er auch durch eine Einwilligung nicht zu verzichten vermöge.⁸⁰⁰ Dies erachtete das BVerfG als eine „Durchleuchtung der Person, welche die Aussage als deren ureigenste Leistung entwertet und den Untersuchten zu einem bloßen Anhängsel eines Apparates werden lässt“.⁸⁰¹ Es revidierte diese Rechtsprechung, als es erkannte, dass die Fähigkeiten des Lügendetektors überschätzt worden waren: Dieser sei doch nicht imstande, die Persönlichkeit des Beschuldigten zu durchleuchten.⁸⁰² Insbesondere treffe nicht zu, dass durch das Untersuchungsverfahren „ein [...] Blick in die Seele des Beschuldigten“ geworfen wird, auch wenn willentlich nicht unmittelbar beeinflussbare körperliche Vorgänge des Beschuldigten gemessen werden.⁸⁰³ Solange sein Einverständnis beachtet wird, sei ebenfalls ausgeschlossen, dass der Beschuldigte durch den Einsatz des Lügendetektors doch zum Objekt „in einem apparativen Vorgang“ gemacht wird.⁸⁰⁴

Die Frage der rechtlichen Würdigung konzentriert sich seitdem darauf, ob der Nemo-tenetur-Grundsatz bzw. § 136a StPO den einwilligenden Beschuldigten vor der Informationspreisgabe durch sein unwillentliches und unbewusstes Aussageverhalten schützt. Der BGH bejahte dies anfänglich und betrachtete die „Erforschung des Unbewussten des Beschuldigten“ unter dem Gesichtspunkt seiner Freiheit der Willensentschließung und -betätigung nach § 136a StPO als unzulässig.⁸⁰⁵ In seiner neuen Rechtsprechung verneint er jedoch auch dies und verweist auf die rechtliche Unbedenklichkeit ähnlicher gerichtlicher Untersuchungsverfahren, etwa projektiver Persönlichkeitstests oder psychoanalytischer und psychiatrischer Explo-

⁸⁰⁰ BGHSt 5, 332, 335; uneingeschränkt übernommen in OLG Karlsruhe StV 1998, 530; OLG Frankfurt NStZ 1988, 425; LG Düsseldorf StV 1998, 647; LG Wuppertal NStZ-RR 1997, 75 ff.; LG Hannover NJW, 1997, 110, zitiert nach BGH Urt. v. 17.12.1998 – 1 StR 258/98; bestätigt durch BVerfG NStZ 1981, 446, zitiert nach BGH Urt. v. 17.12.1998 – 1 StR 258/98; das Festhalten an dieser Rechtsprechung offen gelassen BGH NJW 1999, 662; StV 1999, 4; auf die Verletzung der Menschenwürde abstellend auch Peters, ZStW 87/1975, 672.

⁸⁰¹ BVerfG NStZ 1981, 446; bestätigt NStZ 1998, 523; zum damaligen Meinungsstand in der Literatur eingehend Hilland, S. 43 ff.

⁸⁰² BGHSt 44, 308, 315. = BGH NJW 1999, 657; StV 1999, 74.

⁸⁰³ BGHSt 44, 308, 315; bereits so Achenbach, NStZ 1984, 351; hierzu siehe außerdem Verrel, S. 200 f.

⁸⁰⁴ BGHSt 44, 308, 317; Achenbach, NStZ 1984, 351; Amelung, NStZ 1982, 39.

⁸⁰⁵ BGHSt 5, 332, 334 f. = NStZ 1954, 649 f.

rationsmethoden, die ebenfalls ins Unterbewusstsein der untersuchten Person eindringen und Informationen über diese erlangen.⁸⁰⁶ Dass das unbewusste Aussageverhalten des Beschuldigten gegen ihn verwertet werden kann, belegt nach dem BGH außerdem die Verwertbarkeit seiner unwillkürlichen körperlichen Ausdrucksvorgänge bei der richterlichen Beweismittelwürdigung.⁸⁰⁷ Ein Teil der Literatur sieht jedoch gerade darin eine Verletzung der Aussagefreiheit bzw. des § 136a StPO, weil dem Beschuldigten auch der eingewilligte Lügendetektoreinsatz die Freiheit des Wie dahingehend entziehe, dass er keine Kontrolle mehr über die Preisgabe seines Tatwissens habe.⁸⁰⁸ Im Übrigen würden die anderen genannten Untersuchungsverfahren gegen den Beschuldigten nicht als Beweiserhebungsmethoden eingesetzt, sondern zur Feststellung seiner Schuldfähigkeit.⁸⁰⁹ Die Gegenansicht betrachtet eine solch unbewusste Selbstbelastung des Beschuldigten als hinnehmbar, da sich der Beschuldigte durch das Aussagen selbst zum Beweismittel gemacht habe und ihm gegebenenfalls das Risiko des Scheiterns nicht abzunehmen sei.⁸¹⁰

Darüber hinaus wird angeführt, dass der Beschuldigte auch bei Einwilligung in Furcht, Angst und Panik geraten könne, sich durch sein eigenes Verhalten zu verraten.⁸¹¹ Schließlich würde durch die Zulässigkeit eines eingewilligten Lügendetektoreinsatzes bei dem Beschuldigten mittelbar ein Aussagezwang dahingehend ausgeübt, wenn sein passives Verhalten, die Durchführung eines polygraphischen Testes nicht anzuregen, oder seine ausdrückliche Verweigerung einer Einwilligung zu seinem Nachteil verwertet wird.⁸¹² Nach dem BGH sei dieses Bedenken unbegründet, weil über die Unzulässigkeit einer solchen Verwertung kein Zweifel bestehe.⁸¹³ Zur tatsächlichen Vermeidung eines mittelbaren Aussagezwangs schlägt man im Schrifttum in diesem Zusammenhang vor, dass der Einsatz des Lügendetektors nur vom Beschuldigten selbst beantragt werden dürfe. Eine Anregung seitens der Behörden sei auszuschließen.⁸¹⁴ Trotz der rechtlichen Unbedenklichkeit eines Polygraphentests, in den eingewilligt wurde, sei nach dem BGH der Einsatz des Lügendetektors im Ergebnis unzulässig, weil er keine zuverlässigen Beweisergebnisse liefere.⁸¹⁵

⁸⁰⁶ BGHSt 44, 308, 316; *Frister*, ZStW 106/1994, 316.

⁸⁰⁷ BGHSt 44, 308, 316; vgl. *Frister*, ZStW 106/1994, 316; *Peters*, ZStW 87/1975, 669.

⁸⁰⁸ A.A. *Roxin*, FS für Waltoś, S. 241.

⁸⁰⁹ *Peters*, ZStW 87/1975, 668; *Frister*, ZStW 106/1994, 320.

⁸¹⁰ *Schwabe*, NJW 1979, 579 f.

⁸¹¹ *Peters*, ZStW 87/1975, 677.

⁸¹² *Peters*, ZStW 87/1975, 676; *Neustadt*, NJW 1951, 752.

⁸¹³ BGHSt 44, 308, 312; *Klimke*, NSStZ 1981, 433 f.

⁸¹⁴ *Achenbach*, NSStZ 1984, 351.

⁸¹⁵ BGHSt 44, 308, 319 ff.; BGH Beschl. v. 10.02.1999 – 3 StR 460/98; hierzu eingehend *Peters*, ZStW 87/1975, 666 ff.

b) Projektiver Persönlichkeitstest

Eine solche ausführliche Auseinandersetzung erfuh der sogenannte projektive Persönlichkeitstest in der Rechtsprechung bislang nicht. Seine Tauglichkeit zur Erlangung des Tatwissens des Beschuldigten durch dessen unwillkürlichen und unbewussten Äußerungen ist leicht zu bejahen, weil diesem Test im Gegensatz zum Lügendetektoreinsatz keine Auswertung bestimmter körperlicher Parameter zugrunde liegt, sondern die unmittelbare Beobachtung der äußerlichen Reaktionen des Beschuldigten. Die Frage der Einwilligung stellt sich hierbei nicht, weil ein aktives Mitwirken des Beschuldigten in dem Umfang eines Lügendetektortests nicht erforderlich ist. Eine reguläre Vernehmungssituation genügt in der Regel.⁸¹⁶ Solange der Persönlichkeitstest bei der Durchführung die Willensentschließungsfreiheit des Beschuldigten nicht beeinflusst und lediglich im Rahmen einer ausgeklügelten kriminalistischen Vernehmungsmethode bleibt, lässt sich die Frage der Zulässigkeit nur bei einer wertenden Betrachtung seiner Zielsetzung beantworten. In der Tat weisen alle psychoanalytischen Methoden zur Erlangung des Tatwissens des Beschuldigten beachtliche Ähnlichkeiten mit der inquisitorischen Geständnisjagd auf. Der Beschuldigte ist nicht mehr der Gesprächspartner des Vernehmenden, sondern das Objekt einer qualifizierten Informationsausschöpfung.⁸¹⁷ Daher lässt sich ihre Anwendung mit dem Würdegehalt der Aussagefreiheit nicht vereinbaren.

6. Mittelbarer tatsächlicher Zwang

Die Vernehmung des Beschuldigten dient nach der h.M. dessen Verteidigung sowie der Aufklärung der Tat. Dass ein Spannungsverhältnis aus diesen gegensätzlichen Zwecken entsteht, ist eine Binsenweisheit des heutigen Strafprozessrechts. Die faktische Stellung des Beschuldigten ist von einem asymmetrischen Verhältnis zwischen ihm und dem Vernehmenden geprägt. Der letztere setzt die Kommunikation in Gang, gestaltet und dominiert sie.⁸¹⁸ Die Ermittlungsorgane stehen aufgrund der befristeten Anwesenheit des Beschuldigten bei der Vernehmung unter Erfolgsdruck.⁸¹⁹ Dieser hat seinerseits etliche Belastungen zu ertragen, die sich sowohl aus seiner Person als auch seinem sozialem Umfeld ergeben können. Ermittlungsmaßnahmen wie Vernehmung, Beschuldigung oder Festnahme, bringen große Enttäuschungen, Ärgernisse, Unannehmlichkeiten oder Verluste an familiärem, kollegialem sowie finanziellem Rückhalt mit sich.⁸²⁰

⁸¹⁶ Hierzu siehe oben Kap. 2, III.C.2.

⁸¹⁷ *Peters*, ZStW 87/1975, 671 ff.; ähnlich *Radbruch*, FS für Sauer, S. 123; *Frister*, ZStW 106/1994, 316 f.; LR-StPO-Gleß, 136a Rn. 54.

⁸¹⁸ *Glatzel*, StV 1982, 284 f.; siehe auch SK-StPO-Rogall, § 136 Rn. 30.

⁸¹⁹ *Herrmann*, NStZ 1997, 211.

⁸²⁰ Vgl. LR-StPO-Gleß, § 136a Rn. 55; *Glatzel*, StV 1982, 285.

Nicht nur subjektiv empfundene Bedrängnis übt Einfluss auf sein Aussageverhalten aus, sondern er ist einer gewissen Kriminaltaktik der Ermittlungsbehörden ausgesetzt, die bei der dünnen Reglementierung der konkreten Ausgestaltung der Beschuldigtenvernehmung den Ermittlungsorganen einen breiten Spielraum einräumt,⁸²¹ welcher sich in der umfangreichen Kriminalistikliteratur anschaulich zeigt⁸²² und hier aus Platzgründen nur auf bekannte Fällen beschränkt werden kann. Der Beschuldigte hat nämlich nächtliche Dauerverhöre⁸²³ sowie vorwurfsvolle, nachdrückliche⁸²⁴ und suggestive Fragen der Ermittlungsorgane über sich ergehen zu lassen.⁸²⁵ Die Freiheitsentziehung führt zu einer beachtlichen Isolation, die ihn in eine fremde Umgebung versetzt und von Ermittlungsbehörden ebenfalls ausgenutzt wird.⁸²⁶ Er wird ständig auf strafprozessuale Konsequenzen einer passiven Verteidigung hingewiesen und durch legitime „Angebote“ der Strafverfolgungsorgane in Gestalt von Strafrabatten oder Freilassung zu einem Geständnis verleitet.⁸²⁷ Es liegt auf der Hand, dass die psychische Zwangswirkung dieser Angebote die Aussagefreiheit des Beschuldigten kontinuierlich einschränkt, je verlockender sie sich für ihn darstellen.⁸²⁸ Bei den hierbei kurz beschriebenen Randbedingungen der polizeilichen Vernehmungen, welche eindeutig mit einem autoritativen Charakter, einer aussagepsychologischen Wirkung auf den Beschuldigten sowie der Ausnutzung der zulässigen Grenzen des kriminalistischen Vorgehens der Ermittlungsorgane einhergehen, lässt sich schwer abstreiten, dass er einem mittelbaren Aussagezwang ausgesetzt ist.⁸²⁹

Schwierigkeiten ergeben sich bei der rechtlichen Würdigung dieser eindeutig zwangsbehafteten Lage des Beschuldigten unter normativen Gesichtspunkten.⁸³⁰ So lassen sich den Ermittlungsorganen persönliche sowie soziale Zwänge kaum mit der Folge zurechnen, dass diesen ein Eingriffscharakter in dem Sinn zukommt, dass die Willensfreiheit des Beschuldigten dadurch beeinträchtigt würde und seine Aussagen unfreiwillig wären.⁸³¹ Ein Beschuldigter, der eine Handlung gesteht, weil er dies selbst als notwendigen Schritt zur Sühne ansieht und der angesichts der vorhandenen Verdachtsgründe Leugnen nicht als Erfolg versprechende Verteidigung, sein Geständnis zur Strafmilderung durch das Gericht dagegen als erforderlich be-

⁸²¹ SK-StPO-Rogall, § 136 Rn. 30.

⁸²² Eingehend *Artkämper/Schilling*, S. 85 ff.; kritisch gegenüber Vernehmungsliteratur etwa *Bosch*, Aspekte, S. 133 f.

⁸²³ Vgl. BGHR StPO § 136a Abs. 1 Ermüdung 2.

⁸²⁴ Vgl. BGH NJW 1952, 152; NJW 1993, 2905.

⁸²⁵ Vgl. BGH 1 StR 623/11 Beschl. v. 06.03.2012, HRRS 2012 Nr. 423, Rn. 24.

⁸²⁶ Vgl. BGHR StPO § 136 Zwang 1.

⁸²⁷ Vgl. BGH-Nack, Urt. v. 27.04.2007 2 StR 523/06.

⁸²⁸ *Esser*, StV 2007, 236 f.

⁸²⁹ Vgl. *Verrel*, S. 106.

⁸³⁰ Vgl. SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 36.

⁸³¹ Vgl. *Aselmann*, S. 77.

trachtet, handelt nach dem BGH nicht unfrei.⁸³² Auch unvermeidbare Folgen von strafprozessualen Maßnahmen an sich, etwa die Vernehmung selbst oder die Freiheitsentziehung des Beschuldigten, vermögen bei der Kollision mit der Aussagefreiheit aufgrund ihrer legitimen Zwecke keine Abschaffung der Vernehmung zu begründen.⁸³³ Ihm wird darüber hinaus eine gewisse Eigenverantwortlichkeit dahingehend zugemutet, dass er Vor- und Nachteile rechtmäßiger „Angebote“ für sein eigenes Interesse einschätzen kann. Es lässt sich hier eindeutig feststellen, dass der Beschuldigte weder vor jeglichem Zwang geschützt⁸³⁴ noch seine Entscheidungsautonomie im Sinn einer absoluten Willensbildungsfreiheit gewährt wird.⁸³⁵

7. Zwischenergebnisse zum Schutz vor tatsächlichem Zwang

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Aussagefreiheit dem Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung nach § 136a StPO einen über den unmittelbaren tatsächlichen Zwang hinausgehenden Schutz gewährt. Dieser Vorschrift lässt sich im Ergebnis ein funktionales Zwangsverständnis ableiten, das sich insbesondere bei verbotenen Drohungen oder Vorteilsversprechen sowie gewissen Täuschungen nach § 136a Abs. 1 StPO deutlich zeigt. Allerdings ist auch ein so breit verstandenes Verbot des Aussagezwangs, wie bereits erwähnt, stets normativ und nicht absolut faktisch gemeint.

D. Rechtlicher Zwang

1. Unmittelbarer rechtlicher Zwang

Es besteht kein Streit darüber, dass Beschuldigte weder durch Beugehaft noch durch ein Ordnungsgeld rechtlich zum Aussagen gezwungen werden können. Ebenso wenig hat der aussageverweigernde Beschuldigte zu befürchten, dass er durch Schweigen eine Straftat begeht und mit strafrechtlichen Folgen zu rechnen hat.⁸³⁶

Nicht nur eine zwangsmittel- oder sanktionsbewehrte Aussagepflicht verstößt gegen den Nemo-tenetur-Grundsatz, sondern auch eine Aussagepflicht aufgrund einer *lex imperfecta* wäre mit diesem unvereinbar.⁸³⁷ Denn diese würde dem Beschuldigten kein Schweigerecht einräumen. Das vollständige Schweigen gehört jedoch wie

⁸³² BGH NJW 1952, 152.

⁸³³ Vgl. *Ransiek*, S. 55.

⁸³⁴ Vgl. *Aselmann*, S. 78; *Rau*, S. 84 f.

⁸³⁵ *Schaefer*, NJW-Spezial 2010, S. 120 f.

⁸³⁶ *Von Arnim*, GS für Blumenwitz, S. 281 f.; so auch im Ergebnis *Seebode*, NSTZ 1992, 84; *Bartholme*, JA 1998, 207.

⁸³⁷ Vgl. *Wolff*, S. 96.

das Leugnen der Tat zum zulässigen Verteidigungsverhalten eines Beschuldigten.⁸³⁸ Entscheidet sich der Beschuldigte zur Aussage, so obliegt es ihm im Gegensatz zu Zeugen gem. § 57 StPO außerdem nicht, wahrheitsgemäß auszusagen.⁸³⁹ Eine rechtliche Wahrheitspflicht lässt sich für ihn nach zutreffender Ansicht weder aus dem allgemeinen Sittengesetz nach Art. 2 Abs. 1 GG noch aus einer gegebenenfalls anzunehmenden Pflicht zur Sühne ableiten.⁸⁴⁰ Es wird zwar eine rein sittlich-ethische Wahrheitspflicht angenommen, die jedoch strafprozessual belanglos ist.⁸⁴¹

Sagt der Beschuldigte aus und macht er dabei falsche Angaben, so drohen ihm im Gegensatz zu Zeugen gem. § 57 StPO keine strafrechtlichen Sanktionen (vgl. Bestrafung von Falsch aussagedelikten nach §§ 153 ff. StGB oder Strafvereitelung nach § 258 StGB).⁸⁴² Ein solches Lügen fällt „in den normalen menschlichen Versagensbereich“.⁸⁴³ Dies gilt, solange er dabei kein neues Unrecht (vgl. Vortäuschen einer Straftat § 145d StGB, falsche Verdächtigung § 164 StGB oder Strafvereitelung § 258 StGB) begeht⁸⁴⁴ oder die Rechte von Dritten (vgl. Beleidigungsdelikte nach §§ 185 ff. StGB) nicht verletzt.⁸⁴⁵ Ein materielles Recht auf Lüge wird ihm nach der richtigen überwiegenden Meinung allerdings dadurch nicht zuerkannt.⁸⁴⁶ Dagegen spricht bereits die erwähnte mögliche Strafbarkeit des Beschuldigten wegen falscher Verdächtigung.⁸⁴⁷ Schließlich hat der lügende Beschuldigte damit zu rech-

⁸³⁸ BGH 4 StR 439/03, Beschl. v. 04.12.2003, HRRS 2004 Nr. 141.

⁸³⁹ BVerwG NJW 1968, 858; KK-StPO-Diemer, § 136 Rn. 20; LR-StPO-Gleiß, § 136 Rn. 63; Kölbl, S. 26; Fezer, FS für Stree und Wessels, S. 663; Bosch, Aspekte, S. 185; Ransiek, S. 58; a.A. Peters, S. 207.

⁸⁴⁰ Bosch, Aspekte, S. 188; Rüping, JR 1974, 139.

⁸⁴¹ SK-StPO-

Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 72; LR-StPO-Gleiß, § 136 Rn. 63; Kölbl, S. 26; Gruber, S. 66; Rieß, JA 1980, 296; vgl. Bosch, Aspekte, S. 186.

⁸⁴² Schroeder, S. 153; Eschelbach, StV 2000, 390; Heinrich, JuS 1995, 1115 f.; Brinawat, JZ 1981, 294.

⁸⁴³ BVerwG NJW 1968, 858.

⁸⁴⁴ Zur Strafbarkeit des Beschuldigten wegen Anstiftung eines Zeugen zur Falsch aussage (§§ 153 Abs. 1, 26 StGB) oder zum Meineid (§§ 154, 26 StGB) siehe Heinrich, JuS 1995, 1116; zur Strafbarkeit des Beschuldigten wegen Beihilfe durch Unterlassen, die die Rechtsprechung nicht kategorisch ausschließt und u.U. annimmt, siehe BGH NStZ 1993, 489; OLG Düsseldorf NJW 1994, 272; OLG Hamm NStZ 1993, 82; OLG Hamm NJW 1992, 1977; kritisch hiergegen Kölbl, S. 409 f.; Katzenberger/Pitz, ZJS 6/2009, 664 f.; Bartholme, JA 1998, 207; Seebode, NStZ 1992, 84; Heinrich, JuS 1995, 1120.

⁸⁴⁵ Vgl. BVerwG NJW 1968, 858; Bosch, Aspekte, S. 186; Rieß, JA 1980, 297; Quentmeier, JA 1996, 217.

⁸⁴⁶ BVerwG, NJW 1968, 857; SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 72; Meyer-Göfner, § 136 Rn. 18; BeckOK-StPO-Monka, § 136 Rn. 20; KK-StPO-Diemer, § 136 Rn. 20; LR-StPO-Gleiß, § 136 Rn. 63; Gruber, S. 102 f. und S. 214; Bosch, Aspekte, S. 185; Peters, S. 207; Wimmer, ZStW 50/1930, 538 Fn. 1; vgl. Puppe, GA 1978, 302; Ransiek, S. 58; Eschelbach, StV 2000, 390; a.A. Fezer, FS für Stree und Wessels, S. 664; weitere Nachweise bei Gruber, S. 65 Fn. 249.

⁸⁴⁷ Vgl. Bosch, Aspekte, S. 186.

nen, dass sein Aussageverhalten bei der richterlichen Beweiswürdigung sowie der Strafzumessung zu seinem Nachteil berücksichtigt wird.⁸⁴⁸ Eine allgemeine Billigung des Lügens des Beschuldigten kennt die deutsche Rechtsordnung also nicht.⁸⁴⁹

2. Mittelbarer rechtlicher Zwang

a) Nachteilige Verwertung des Aussageverhaltens des Beschuldigten

aa) Rechtliche Aspekte

(1) Gründe für eine nachteilige Verwertung

Die Befreiung des Beschuldigten von einem inquisitorischen Geständniszwang besagt über die strafprozessuale Verwertbarkeit von zwangsfrei entstandenen Aussagen des Beschuldigten noch nichts.⁸⁵⁰ Die Aussagefreiheit kann hier auch dahingehend aufgefasst werden, dass dem Beschuldigten lediglich die Wahlfreiheit eingeräumt ist, zu schweigen oder auszusagen. Sind diese Befugnisse verbraucht, so wäre der Schutzbereich der Aussagefreiheit verlassen. Das Recht auf Schweigen wäre in diesem Fall die faktische Freiheit, sich zwischen zwei Verhaltensalternativen zu entscheiden. Prozessuale Folgen, etwa der freien richterlichen Beweiswürdigung im Nachhinein Grenzen zu ziehen, würde es nicht begründen können.⁸⁵¹ Eine solche Rechtsfolge war im Übrigen weder im Rahmen der historischen Entwicklung des Nemo-tenetur-Grundsatzes gefordert, noch ist sie in der StPO ausdrücklich verankert.⁸⁵² Im Gegensatz dazu ging bereits der Gesetzgeber von der Möglichkeit aus, dass das Schweigen des Beschuldigten nachteilig gegen ihn verwertet wird. Daher unterließ er die Einführung einer klareren Belehrung über die Aussagefreiheit in § 136 StPO in seiner ersten Fassung.⁸⁵³ 1964, als diese Vorschrift ihre gegenwärtige Fassung erhielt, nahm der Gesetzgeber dagegen keine Stellung zur Frage der Verwertbarkeit des Aussageverhaltens des Beschuldigten.⁸⁵⁴

Außerdem ist es bereits in der Rechtsprechung anerkannt, dass die StPO, insbesondere § 244 Abs. 2, dem Gericht nicht verbietet, mittelbare und damit sachferne Beweise zu erheben.⁸⁵⁵ Zwar gibt es keinen Erfahrungsgrundsatz, dass sich Unschuldige grundsätzlich verteidigen und Schuldige immer schweigen, sodass aus

⁸⁴⁸ Vgl. LR-StPO-Gleß, § 136 Rn. 63; Bosch, Aspekte, S. 186 f.; Rieß, JA 1980, 297.

⁸⁴⁹ BVerwG, NJW 1968, 857.

⁸⁵⁰ Roxin/Schünemann, S. 197 Rn. 31.

⁸⁵¹ Vgl. Aselmann, S. 72 ff.; Rau, S. 83 ff.; Schneider, Jura 1990, 575 f.; Günther, JR 1978, 92.

⁸⁵² Vgl. Aselmann, S. 72 f.; Rau, S. 87 f.

⁸⁵³ Siehe Eser, ZStW 86/1974-Beiheft, 140 f.; Engelhard, ZStW 50/1939, 342.

⁸⁵⁴ Stree, JZ 1966, 593 f.

⁸⁵⁵ BVerfG NJW 1981, 1722.

dem Schweigen eines Beschuldigten unmittelbar auf dessen Schuld geschlossen werden könnte;⁸⁵⁶ man ist jedoch nicht daran gehindert, aus den vorliegenden Beweisen und Begleitumständen des Falles herauszufinden bzw. auszuschließen, welche Motive der Beschuldigte bei einer konkreten Form des Aussageverhaltens hat und ob diese nur schuldabhängig sind.⁸⁵⁷ So wird angeführt, dass der Beschuldigte, der gegenüber belastenden Beweismitteln nichts zu seiner Entlastung vorbringen kann, durch sein Schweigen doch ein Schuldindiz gegen sich liefert, das als letzter Mosaikstein bei der Beweiswürdigung verwertet werden kann.⁸⁵⁸ Auch der Einlassungszeitpunkt sei von indizieller Bedeutung. Denn es liege auf der Hand, dass die Glaubwürdigkeit einer Aussage in der Spontanität und Zügigkeit liegt, welche im Fall eines späteren Vorbringens eines Alibis nicht vorhanden seien.⁸⁵⁹ Ist das vollständige und zeitweise Schweigen des Beschuldigten somit verwertbar,⁸⁶⁰ so gebietet die Fairness des Verfahrens nach dieser Literaturmeinung, dass das Gericht möglichst die Motive des Schweigens erforscht und den Beschuldigten über eine eventuelle nachteilige Verwertbarkeit belehrt.⁸⁶¹ Die Ausübung des Schweigerechts hätte hiernach nur dann keine nachteiligen prozessualen Auswirkungen zur Folge, wenn die Beweislage gegen den Beschuldigten nicht hinreichend stark ist und für seine Verurteilung sein Geständnis notwendig wäre. Die Aussagefreiheit schützt ihn demnach nur davor, sich nicht *allein* selbst überführen zu müssen.⁸⁶²

(2) Gründe gegen die nachteilige Verwertung

Ein solches Verständnis der Aussagefreiheit wird von der h.M. aus mehreren Gründen zutreffend abgelehnt. Erstens sei die Beeinträchtigung des Schweigerechts nicht auszuschließen, wenn seine Ausübung prozessuale Nachteile für den Beschuldigten nach sich zieht. Seine Aussagefreiheit wäre dadurch eingeschränkt.⁸⁶³ Zweitens sei die mittelbare psychische Zwangsausübung auf den Beschuldigten ebenfalls von Bedeutung, wenn er vorausschauend zu befürchten hätte, dass das von ihm bevorzugte Aussageverhalten in einem Prozessstadium gegen ihn nachteilig gewertet werden kann.⁸⁶⁴ Drittens müsse die Ausübung der Aussagefreiheit

⁸⁵⁶ Kohlhaas, NJW 1965, 2283.

⁸⁵⁷ M.w.N. Rau, S. 69 f.

⁸⁵⁸ Verrel, S. 16–19; Kohlhaas, NJW 1965, 2284; kritisch hiergegen Aselmann, S. 70 f.

⁸⁵⁹ Ostermeyer, NJW 1967, 916; kritisch hiergegen Quentmeier, JA 1996, 219.

⁸⁶⁰ Kohlhaas, NJW 1965, 2283; m.w.N. Verrel, S. 20 f.; Rau, S. 68 f.

⁸⁶¹ Vgl. Rau, S. 104 f.; Ostermeyer, NJW 1967, 916.

⁸⁶² Kohlhaas, NJW 1965, 2284.

⁸⁶³ BGH StV 1983, 321; BGH NJW 1992, 2305; vgl. BVerfG Entsch. v. 07.10.2008 – 2 BvR 578/07 (die Selbstbelastungsfreiheit wäre „entwertet“); LR-StPO-Gleß, § 136 Rn. 36; Dahs, S. 345 Rn. 488; Kölber, S. 36; Bosch, Aspekte, S. 187; Roxin, Isr. L. Rev. 31/1997, 75; ders., FS für Waltoş, S. 236; Nack, StV 2002, 515; Stree, JZ 1966, 595.

⁸⁶⁴ BVerfG NStZ 1995, 555; BGH NJW 1992, 2305; Park, StV 2001, 589; Miebach, NStZ 2000, 235; Kühl, JuS 1986, 118; SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 198; Volk,

auch prozessrechtlich abgesichert werden. Soll die Aussagefreiheit nicht ausgehöhlt werden, so sei sie vor einem mittelbaren rechtlichen Aussagezwang zu schützen.⁸⁶⁵ Mit einer Verwertbarkeit des Aussageverhaltens des Beschuldigten zu seinem Nachteil wäre die Tür geöffnet, seine Aussagefreiheit durch prozessuale Geschicklichkeit zu unterlaufen, sodass die Ausübung des Schweigerechts in der prozessualen Tatsächlichkeit illusorisch erscheinen müsste.⁸⁶⁶ Der Effekt einer Umgehung könne sogar das Ausmaß erreichen, dass die Aussagefreiheit leerläuft, etwa wenn sein Schweigen mit Schuld gleichgesetzt wird.⁸⁶⁷ Gegen eine nachteilige Verwertung des Aussageverhaltens des Beschuldigten spreche schließlich der Grundsatz der Verfahrensfairness. Ein an sich zulässiges Verhalten des Beschuldigten mit prozessualen Nachteilen zu ahnden widerspreche einer fairen Verfahrensführung.⁸⁶⁸ Das Gebrauchmachen eines prozessualen Rechtes dürfe nicht in unzumutbarer und aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert werden.⁸⁶⁹

Diese normative Begründung, die die Erweiterung der Reichweite der Aussagefreiheit auf Schutz vor mittelbarem rechtlichem Zwang durch Verwertbarkeit des Aussageverhaltens des Beschuldigten zu dessen Nachteil rechtfertigt, wird von der h.M. dadurch ergänzt, dass Nichtverwertbarkeit auch aus beweisrechtlichen Gründen erforderlich ist (sogenannte Doppelbegründung).⁸⁷⁰ Denn einem bestimmten Aussageverhalten des Beschuldigten kommt über seinen materiellen Inhalt hinaus, sofern ein solcher überhaupt vorliegt, kein Erkenntniswert zu. Dieser kann nur ermittelt werden, wenn das dabei vom Beschuldigten verfolgte Motiv in Erfahrung gebracht wird. Würde man ihn allerdings dazu auffordern, dieses offenzulegen, so würde dies einer Aussagepflicht gleichkommen. Er ist daher nicht danach zu befragen.⁸⁷¹ Insofern liegt hier eine gerechtfertigte Einschränkung der freien richterlichen Beweiswürdigung nach § 261 StPO und des Amtsaufklärungsgrundsatzes

S. 278 f. Rn. 10; *Quentmeier*, JA 1996, 218; *Rieß*, JA 1980, 295; *Rüping*, ZStW 91/1979, 352.

⁸⁶⁵ *Aselmann*, S. 73; *Stree*, JZ 1966, 595.

⁸⁶⁶ BVerfG StV 1995, 506; *Schneider*, Jura 1990, 575 f.; *Rüping*, JR 1974, 137 f.

⁸⁶⁷ Vgl. *Aselmann*, S. 81 f.; *Roxin/Schünemann*, S. 197 Rn. 31; *Wolff*, S. 87; *Verrel*, S. 102; *Fezer*, FS für Stree und Wessels, S. 679; *Klimke*, NSZ 1981, 433; *Kühl*, JuS 1986, 118; *Dencker*, ZStW 102/1990, 56; *Schneider*, Jura 1990, 578; *Park*, StV 2001, 589; *Seibert*, NJW 1965, 1706.

⁸⁶⁸ *Rieß*, JA 1980, 295; vgl. *Schmidt-Leichner*, NJW 1966, 190; *Aselmann*, S. 84; *Rau*, S. 96 f.; *Günther*, JR 1978, 92.

⁸⁶⁹ Vgl. BVerfG NJW 1996, 1587 f.; BGH-Nack Beschl. vom 19.01.2000 – 3 StR 531/99 = BGHSt 45, 367, 369 f.; *Verrel*, S. 21; *Aselmann*, S. 78; *Schmidt-Leichner*, NJW 1966, 189.

⁸⁷⁰ *Aselmann*, S. 71; *Verrel*, S. 16; *Quentmeier*, JA 1996, 218; *Stree*, JZ 1966, 595.

⁸⁷¹ Vgl. SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 198; *Meyer-Göbner*, § 261 Rn. 16; *Kühl*, JuS 1986, 119; *Richter II*, StV 1994, 689; *Miebach*, NSZ 2000, 235; *Günther*, JR 1978, 94; *Salger*, S. 79; *Schneider*, Jura 1990, 577; *Kühl*, JuS 1986, 119; *Volk*, S. 279 Rn. 10.

vor.⁸⁷² Der Entscheidung, ob der Beschuldigte aussagt und wie er aussagt, kann außerdem eine Mehrzahl von Motiven zugrunde liegen,⁸⁷³ die nicht unbedingt über Schuld oder Unschuld Aufschluss geben.⁸⁷⁴ So ist nicht nur das Vorliegen eines allgemeinen Erfahrungssatzes, dass allein ein Schuldiger schweige und der Unschuldige sich entlastend verteidige, zu verneinen.⁸⁷⁵ Gleiches gilt auch für die Annahme, dass der Beschuldigte, der gegenüber einer erdrückenden Beweislage schweigt, ein schuldhaftes Motiv hat. Denn es ist nicht auszuschließen, dass er etwa tatsächlich nicht in der Lage ist, entlastende Beweise vorzutragen⁸⁷⁶ oder dass er sich auf Anraten seines Verteidigers bei der polizeilichen Vernehmung zum Schweigen entschlossen hatte.⁸⁷⁷ Bei der Verwertung des Aussageverhaltens des Beschuldigten befindet man sich folglich auf dünnem Eis, weil dies der Wahrheitsforschung nicht dienlich ist, den Weg zu Fehlurteilen bereitet und nicht einmal einen Indizienbeweis hergibt.⁸⁷⁸

Die Doppelbegründung der h.M. ist allerdings nicht einheitlich, wenn es um die Frage geht, wie sich die normativen und die empirischen Begründungen zueinander verhalten. Während etwa ein Teil der h.M. dem Schweigen des Beschuldigten unter Umständen einen gewissen Erkenntniswert zukommen bzw. einen solchen offenlässt⁸⁷⁹ und die Unzulässigkeit seiner Verwertung erst normativ begründet,⁸⁸⁰ bestreitet die Gegenansicht jenen Erkenntniswert und findet für seine Unzulässigkeit eine normative Begründung entbehrlich bzw. hält sie für gegeben.⁸⁸¹

bb) Ergebnisse der herrschenden Meinung

Mit den oben dargelegten Gründen gelangt die h.M. dennoch nicht zu einer absoluten Unzulässigkeit der nachteiligen Verwertung des Aussageverhaltens des Beschuldigten. Unter bestimmten Umständen lässt sie sie zu. Einigkeit besteht dar-

⁸⁷² Vgl. BGH NStZ 2009, 705; BGH NStZ 2004, 392; BGHR StPO § 261 Aussageverhalten 18; *Nack*, StV 2002, 515; *Fezer*, FS für Stree und Wessels, S. 679; siehe auch *Schmidt-Leichner*, NJW 1966, 190; *Günther*, JR 1978, 90; für den Wortlaut dieser Vorschrift siehe Anhang: Gesetzestexte.

⁸⁷³ *Aselmann*, S. 67 f. und 75; *Rau*, S. 78; *Safferling/Hartwig*, ZIS 2009, 785; *KK-StPO-Schoreit*, § 261 Rn. 39.

⁸⁷⁴ Zu möglichen schuldunabhängigen Gründen des Schweigens siehe eingehend *Gruber*, S. 247 ff.; siehe außerdem *Aselmann*, S. 69; *Quentmeier*, JA 1996, 218; *Stree*, JZ 1966, 595.

⁸⁷⁵ So auch die h.M. LR-StPO-Gleiß, § 136 Rn. 36; *Kölber*, S. 37; *Rau*, S. 79; *Schneider*, Jura 1990, 577; *Quentmeier*, JA 1996, 218; *Kühl*, JuS 1986, 119.

⁸⁷⁶ *Aselmann*, S. 70 f.

⁸⁷⁷ *Rau*, S. 78.

⁸⁷⁸ *Stree*, JZ 1966, 595.

⁸⁷⁹ BVerfG StV 1995, 506.

⁸⁸⁰ SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 197; *Kühl*, JuS 1986, 119.

⁸⁸¹ Vgl. BGH StV 1997, 6; BGH-Nack Beschl. v. 19.01.2000 – 3 StR 531/99 = BGHSt 45, 367, 369 f.; *Aselmann*, S. 65; *Rau*, S. 77; *Salger*, S. 79; *Günther*, JR 1978, 91.

über, dass das vollständige Schweigen des Beschuldigten nie als Schuldindiz angesehen oder aus diesem kein nachteiliger Schluss gegen ihn gezogen werden darf.⁸⁸² Lässt er sich jedoch zur Sache, wenn auch nur teilweise, ein, so macht er sich selbst zum Beweismittel,⁸⁸³ das wie jeder andere Indizienbeweis⁸⁸⁴ als negativer Bestandteil seiner Aussage nach § 261 StPO im Rahmen der Beweisaufnahme der freien richterlichen Beweiswürdigung zugänglich ist.⁸⁸⁵

Diese Ansicht stößt in der Literatur auf scharfe Kritik. Denn das Verschwiegene bilde den negativen Bestandteil seiner Aussage, welcher ebenfalls von seiner Aussagefreiheit umfasst ist.⁸⁸⁶ Diesem Argument hält die h.M. vor, dass beim Teilschweigen nicht das Schweigen an sich, sondern sein offenes Aussageverhalten, nämlich wozu er sich ausdrücklich nicht einlassen will oder worüber er wahrheitswidrig ausgesagt hat, nachteilig verwertet wird.⁸⁸⁷ Der Richter käme an seine Grenze, wenn man von ihm verlangen würde, das Teilschweigen des Beschuldigten nicht zu würdigen.⁸⁸⁸ Dem Letzteren wäre es außerdem dadurch ermöglicht, die Beweiswürdigung nach seinem Belieben zu verfälschen.⁸⁸⁹ Dabei ist jedoch bereits anerkannt, dass ihm der Nemo-tenetur-Grundsatz keine absolute Willensfreiheit, wie bei der Beweisfunktion des Beschuldigten als Augenscheinbeweis, gewährt.⁸⁹⁰ Dem Ziehen nachteiliger Schlussfolgerungen aus dem teilweisen Schweigen des Beschuldigten sind jedoch Grenzen gesetzt. Es ist erst dann gerechtfertigt, wenn nach den Umständen des Einzelfalls Angaben zu dem Punkt, zu dem geschwiegen wurde, zu erwarten waren und andere schuldirelevante Ursachen seines Schweigens ausgeschlossen werden können.⁸⁹¹

⁸⁸² BGH NStZ 2009, 705; BVerfG StV 1995, 505 = NSTZ 1995, 555; OLG Jena BeckRS 2007, 18002; LG Arnberg BeckRS 2010, 22183; so auch in der Literatur Meyer-Gößner, § 261 Rn. 16; StK-StPO-Joicks, § 261 Rn. 13; LR-StPO-Gleiß, § 136 Rn. 36; SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 198; Dahs, S. 346 Rn. 488; Aselmann, S. 64; Bosch, Aspekte, S. 187; Verrel, S. 16; Salger, S. 79; Nack, StV 2002, 515; Miebach, NStZ 2000, 235; Schneider, Jura 1990, 576; Wolff, S. 87; Richter II, StV 1994, 689; Kühl, JuS 1986, 118 ff.; Fuhrmann, JR 1965, 418 f.; Park, StV 2001, 590; m.w.N. Rau, S. 77 Fn. 169; Aselmann, S. 86 f. Fn. 293 und 294; Verrel, S. 19 Fn. 129 und 13.

⁸⁸³ BGH NStZ 2000, 495; StV 1997, 6; LR-StPO-Gleiß, § 136 Rn. 38; Roxin/Schünemann, S. 198 Rn. 33; Volk, S. 279 Rn. 11; Verrel, S. 25; Nack, StV 2002, 515; a.A. SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 205.

⁸⁸⁴ Hierzu eingehend Aselmann, S. 66 f.

⁸⁸⁵ BVerfG NJW 2005, 1641 f.; BGH NStZ 2000, 495; BGHR StPO § 261 Aussageverhalten 22; Nack, StV 2002, 515; Verrel, S. 207; Nack, StV 2002, 515; Roxin, Isr. L. Rev. 31/1997, 75 f.; ders., FS für Waltoš, S. 237; Rüping, JR 1974, 137 f.; Stree, JZ 1966, 595.

⁸⁸⁶ SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 208 f.; Aselmann, S. 116; Meyer-Mews, JR 2003, 364; Park, StV 2001, 591; Quentmeier, JA 1996, 218 f.; Schneider, Jura 1990, 580.

⁸⁸⁷ Miebach, NStZ 2000, 236; Eser, ZStW 86/1974-Beiheft, 161; a.A. SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 207.

⁸⁸⁸ LR-StPO-Gleiß, § 136 Rn. 38; Verrel, S. 26; Fuhrmann, JR 1965, 419.

⁸⁸⁹ Verrel, S. 26.

⁸⁹⁰ Vgl. Salger, S. 78 f.; Ostermeyer, NJW 1967, 917.

⁸⁹¹ BGHR StPO § 261 Aussageverhalten 22.

Die h.M. macht hinsichtlich der Verwertbarkeit des Teilschweigens des Beschuldigten trotz der genannten Argumente dahingehend eine Ausnahme, dass das Verhalten des sich einlassenden Beschuldigten, in verschiedenen prozessualen Phasen zeitweise von seinem Schweigerecht Gebrauch zu machen – etwa bei der polizeilichen Vernehmung anfänglich zu schweigen und sich erst in der Hauptverhandlung zur Sache einzulassen – gegen ihn nicht nachteilig verwertet werden darf.⁸⁹² Anderenfalls würde die zeitweise Ausübung des Schweigerechts unmöglich gemacht.⁸⁹³

Das Aussageverhalten des Beschuldigten ist nach der h.M. nicht nur hinsichtlich seiner Entscheidung, sich zur Sache nur teilweise einzulassen, der richterlichen Beweiswürdigung zugänglich, sondern auch in Bezug auf seinen Inhalt. Entsprechend dem Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung nach § 261 StPO kann das Gericht seine Einlassungen in ihrer Gesamtheit oder teilweise für glaubwürdig oder widerlegt erachten.⁸⁹⁴ Dabei kann auch der Umstand, dass der Beschuldigte ein Alibi vorträgt, das mit den restlichen Beweisen nicht übereinstimmt, ebenfalls zu seinem Nachteil verwertet werden.⁸⁹⁵ Dies ist allerdings an strenge Voraussetzungen gebunden. Neben dem Grundsatz, dass eine für widerlegt erachtete Behauptung des Beschuldigten nicht ohne Weiteres ein belastendes Indiz für seine Schuld enthält, ist außerdem zu beachten, dass auch ein Unschuldiger Zuflucht zur Lüge nehmen kann und ein solches Verhalten wenig darüber besagt, was in Wirklichkeit passiert ist.⁸⁹⁶ Daher trifft das geläufige Sprichwort „Wer einmal lügt, dem glaubt man nicht“ nicht zu.⁸⁹⁷ Will das Gericht unter den besonderen Umständen des Einzelfalls, insbesondere hinsichtlich der Begleitumstände des fraglichen Alibis dieses dennoch als ein belastendes Indiz für die Begründung seiner Überzeugung von der Schuld des Beschuldigten heranziehen, so hat es darzutun, dass dem erlogenen Alibi keine andere Erklärung als seine Täterschaft zugrunde liegt und andere denkbare Motive fernliegen.⁸⁹⁸ Die Frage ist in jedem Fall, ob es sich beim erlogenen Alibi des Beschuldigten um den bloßen Verteidigungswil-

⁸⁹² BGH-Nack Beschl. v. 19.01.2000 – 3 StR 531/99 = BGHSt 45, 367, 369 f.; BGHR StPO § 261 Aussageverhalten 4, 11 und 16; SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 203; LR-StPO-Gleiß, § 136 Rn. 37; Volk, S. 279 Rn. 12; StK-StPO-Joecks, § 261 Rn. 15; Aselmann, S. 91 ff.; Kölber, S. 37; Verrel, S. 23 f.; Miebach, NSZ 2000, 239; Schneider, Jura 1990, 578; Kühn, JuS 1986, 120; Rieß, JA 1980, 294; m.w.N. N Rau, S. 113 Fn. 278.

⁸⁹³ BGH StV 1988, 328.

⁸⁹⁴ BGHR StPO § 261 Einlassung 4.

⁸⁹⁵ BGHR StPO § 261 Aussageverhalten 1, 5, 13 und 21; Gruber, S. 261 f.; Dallmeyer, JA 2004, 790; zu der differenzierenden Vorgehensweise der Rechtsprechung bei Alibis siehe eingehend Nack, StV 2002, 517 f.; vgl. Puppe, GA 1978, 305; Rüping, JR 1974, 138; Kölber, S. 38.

⁸⁹⁶ BGH NSZ 1986, 325; BGHR StPO § 261 Aussageverhalten 5, 13 und 31; Gruber, S. 258 ff.; Aselmann, S. 99; Nack, StV 2002, 516.

⁸⁹⁷ Artkämper/Schilling, S. 32.

⁸⁹⁸ BGH NSZ 2004, 394 = BGHR StPO § 261 Aussageverhalten 31 und 1; Gruber, S. 262; Bosch, Aspekte, S. 197.

len handelte, der auch bei einem Unschuldigen nicht auszuschließen ist, oder ob dieses eine „Vorwegverteidigung mit Täterwissen“ darstellt.⁸⁹⁹ Der Zweifelsgrundsatz kommt dem Beschuldigten hier erst dann zugute, wenn die möglichen Gründe seiner Lüge vollständig erörtert worden sind.⁹⁰⁰ Ist das zu bejahen, so gilt es Schranken-Schranken zu beachten: Die Verurteilung des Beschuldigten darf keineswegs lediglich auf die Tatsache einer widerlegten Einlassung sowie das Scheitern eines eigenen Alibis gestützt werden.⁹⁰¹ Der BGH gelangt zu diesem Ergebnis über § 261 StPO. Erweitert und geschützt wird hier auch die Reichweite der Aussagefreiheit des Beschuldigten.⁹⁰²

Darf der Richter somit das Teilschweigen des Beschuldigten sowie sein offenes Aussageverhalten zu dessen Lasten interpretieren, so ist damit noch nicht alles darüber gesagt, wann ein solches Aussageverhalten vorliegt und welche Schlussfolgerung er hieraus, etwa aus seinem Lügen, ziehen kann.⁹⁰³ Die Beantwortung dieser Frage bedarf einer gründlichen Analyse bestimmter Arten des Aussageverhaltens, die sich aus der Entscheidungspraxis von Gerichten ableiten lassen und auf die unten in Abschnitt III.D.2.b) eingegangen wird.

cc) Die praktische Bedeutung der Verwertbarkeit

(1) Nur bedingte Erheblichkeit

Die Frage der Verwertbarkeit des Aussageverhaltens des Beschuldigten bei der richterlichen Beweiswürdigung ist in der Praxis nicht immer von großer Bedeutung. Zum einen ist es vergleichsweise selten, dass der Beschuldigte zur Sache vollständig oder teilweise schweigt. Gängiger ist es eher, dass er sich zur Sache einlässt.⁹⁰⁴ Zum anderen ist die Frage der Verwertbarkeit des Aussageverhaltens rechtlich nicht relevant, wenn die Beweislage gegen den Beschuldigten gesichert ist und zur Verurteilung keine weiteren Beweise benötigt werden.⁹⁰⁵ Ob das Gericht das Aussageverhalten des Beschuldigten lediglich hilfswise und/oder unnötig zu dessen Lasten interpretierte, lässt sich anhand einer Analyse des Urteilstextes feststellen.⁹⁰⁶ Hat ein Tatgericht zur Bestätigung seiner anderweitig gewonnenen

⁸⁹⁹ BGH NSTZ-RR 2011, 184 f.; BGHR StPO § 261 Aussageverhalten 5.

⁹⁰⁰ BGHR StPO § 261 Einlassung 4.

⁹⁰¹ BGHR StPO § 261 Aussageverhalten 5; *Gruber*, S. 257 f.; *Bosch*, Aspekte, S. 195 f.; *Fezer*, FS für Stree und Wessels, S. 682; *Richter II*, StV 1994, 692; *Meyer-Mews*, JR 2003, 364.

⁹⁰² Vgl. *Bosch*, Aspekte, S. 196.

⁹⁰³ *Verrel*, S. 26.

⁹⁰⁴ Vgl. *Salditt*, FS für Samson, S. 699.

⁹⁰⁵ *Günther*, JR 1978, 93; *Ostermeyer*, NJW 1967, 915 f.; so etwa bei LG Amsberg BeckRS 2010, 22183.

⁹⁰⁶ Vgl. BGHR StPO § 261 Aussageverhalten 9, 15 und 21.

Überzeugung von der Schuld des Beschuldigten dessen Aussageverhalten unzulässigerweise zu seinem Nachteil verwertet, so liegt auch hier eine Verletzung des verfassungsrechtlichen Schweigerechts vor.⁹⁰⁷

Die Frage der Verwertbarkeit stellt sich außerdem nicht bei einer dünnen Beweislage. Denn die nachteilige Verwertung vermag in der Regel eine Verurteilung nicht maßgeblich zu tragen.⁹⁰⁸ Sie gewinnt erst an prozessualer Bedeutung, wenn die Beweislage dahingehend kritisch ist, dass das Urteil nur im Fall einer nachteiligen Verwertung des Aussageverhalten des Beschuldigten den Nachweis der Schuld außerhalb eines vernünftigen Zweifels erbringen kann⁹⁰⁹ oder nur der Beschuldigte in der Lage ist, die Zweifel des Gerichts bezüglich eines alternativen Geschehensablaufes zu zerstreuen.⁹¹⁰ Gerade an dem letztgenannten Fall zeigt sich die Zweischneidigkeit des Schweigens, weil das Gericht nicht alle denkbaren Alternativen auszuschließen braucht, um seine Überzeugung von der Schuld zu begründen. Es kann sich in Ermangelung hinreichender Anhaltspunkte von der sich durch vorliegende Beweise ergebenden Variante überzeugen, ohne dabei auf die Verwertung des Schweigens des Beschuldigten zurückzugreifen.⁹¹¹ Insofern trifft die Aussage in ihrem Kern zu, dass das Schweigen nicht immer die zweckmäßigste Art der Verteidigung ist.⁹¹² Dasselbe gilt für ein gerichtlich widerlegtes oder vom Beschuldigten nicht nachweisbares Alibi, wenn das Gericht seine Überzeugung von der Schuld anderweitig gewonnen hat. Dadurch entfällt eine mögliche Verteidigungsstrategie.⁹¹³ Das misslungene Alibi kann im Gegensatz zu einem vollständigen oder zeitweisen Schweigen unter Umständen sogar zu seinem Nachteil verwertet werden.⁹¹⁴

(2) Harte Prozessrealität

Die Frage nach dem für den Beschuldigten günstigsten Aussageverhalten bleibt außer dieser faktischen Folge weiter ein heikles Thema des Verfahrens. Denn das Schweigen des Beschuldigten ruft bei Polizei, Staatsanwaltschaften und Gerichten Unbehagen hervor und wird nicht selten trotz der umgekehrten Rechtslage stillschweigend als Schuldindiz bewertet.⁹¹⁵ Empfohlen wird daher zu Recht, dass für

⁹⁰⁷ BVerfG StV 1995, 505 f.; vgl. BGHR StPO § 261 Aussageverhalten 6.

⁹⁰⁸ Günther, JR 1978, 93; Ostermeyer, NJW 1967, 916.

⁹⁰⁹ Vgl. BGH StV 1997, 6 f.; BGHR StPO § 261 Aussageverhalten 1, 2 und 9.

⁹¹⁰ Vgl. BGHR StPO § 261 Aussageverhalten 13; Ostermeyer, NJW 1967, 916.

⁹¹¹ *Quentmeier*, JA 1996, 220; *Kühl*, JuS 1986, 118; *Schmidt-Leichner*, NJW 1966, 189; zu Anforderungen an die trichterliche Überzeugung im Allgemeinen siehe eingehend *Nack*, StV 2002, 512 ff.

⁹¹² BGHSt 25, 325, 332 f.

⁹¹³ BGHR StPO § 261 Aussageverhalten 13.

⁹¹⁴ BGHR StPO § 261 Aussageverhalten 13.

⁹¹⁵ *Dahs*, S. 205 Rn. 288.

eine richtige Verteidigungsstrategie das Aussageverhalten des Beschuldigten bereits bei der ersten Vernehmung mit Bedacht bestimmt wird. Dabei ist stets mit späteren Auswirkungen seines anfänglichen Schweigens auf das Gericht oder nachteiliger Verwertung einer teilweisen Einlassung, eines verspäteten Entlastungsvorbringens sowie gar des Widerrufs eines früheren Geständnisses zu rechnen.⁹¹⁶ Insofern trifft die Feststellung faktisch zu, dass sich dem Richter rechtstatsächlich nur vorschreiben lässt, die Verurteilung des Beschuldigten nicht maßgeblich auf das Schweigen zu stützen.⁹¹⁷ In anderen Fällen ist die richterliche Würdigung des Aussageverhaltens des Beschuldigten, die nicht in dem Urteilstext wiedergegeben worden ist, nicht nachverfolgbar. Daran vermag die häufig wiederholte Regel, dass die nachteilige Verwertung des Schweigens eines Beschuldigten unzulässig ist, nichts zu ändern. Sein empirischer Wert innerhalb der Richterschaft dürfte sehr viel höher sein als von der h.M. vermutet wird.⁹¹⁸ Damit soll jedoch nicht gesagt werden, dass der Gebrauch des Schweigerechtes für den Beschuldigten in aller Regel von Nachteil ist. Unbestritten schützt er den Beschuldigten davor, durch frühzeitige Einlassungen, insbesondere im Ermittlungsverfahren bei der polizeilichen und staatsanwaltlichen Vernehmung, seine Verteidigung in der Hauptverhandlung unwiederbringlich zu beeinträchtigen. Aus dieser Perspektive kann man sogar die prozesswidrige nachteilige Verwertung des Beschuldigtenschweigens als kleineres Übel dem völligen Verlust der Verteidigungsfreiheit vorziehen.⁹¹⁹

b) Konkrete Fallgruppen in der Rechtsprechung

aa) Vollständiges oder teilweises Schweigen

Wie oben bereits dargelegt, kommt es bei der Frage der Zulässigkeit der nachteiligen Verwertung des Aussageverhaltens des Beschuldigten nach der h.M. grundsätzlich darauf an, ob dieses als vollständiges oder teilweises Schweigen anzusehen ist.

Völliges Schweigen bedeutet nicht die Unterlassung jeder verbaler Erklärung oder eines Zeichens der Körpersprache.⁹²⁰ Entscheidend ist hierbei die Frage, ob sich der Beschuldigte durch seine Äußerungen zur Mitwirkung an der Sachaufklärung bereit erklärt hat.⁹²¹ Dies liegt nicht vor, wenn sich seine Äußerungen lediglich auf die Geltendmachung von Verfahrenshindernissen, die rechtliche Beschreibung der Tat oder die Strafzumessung beschränken.⁹²² Indem der Beschuldigte die

⁹¹⁶ *Dahs*, S. 345 Rn. 488 ff.

⁹¹⁷ *Kühl*, JuS 1986, 118; *Quentmeier*, JA 1996, 220.

⁹¹⁸ *Salditt*, FS für Samson, S. 701; vgl. *Ostermeyer*, NJW 1967, 916.

⁹¹⁹ So etwa *Lesch*, JR 2005, 303.

⁹²⁰ BGH StV 1997, 6; OLG Karlsruhe NStZ-RR 2004, 371; *Widmaier* JR 2004, 85.

⁹²¹ OLG Karlsruhe NStZ-RR 2004, 371.

⁹²² *Verrel*, S. 23; *Miebach*, NStZ 2000, 235.

Schuld lediglich bestreitet und erklärt, die Tat begangen zu haben, macht er ebenfalls keine Angaben zur Sache.⁹²³ Der Widerruf des vom Beschuldigten im Ermittlungsverfahren abgegebenen Geständnisses ist dagegen mit dem pauschalen Bestreiten nicht gleichzusetzen und der richterlichen Beweiswürdigung zugänglich, weil er sich anfänglich zur Sache eingelassen hat und dies nicht ungeschehen machen kann.⁹²⁴

Auch Aussagen fragmentarischer Natur wie „Ich habe meine Freundin getötet und zwar mit eigenen Händen“ stellen kein teilweises Schweigen dar, solange sie nicht einer umfassenden Schilderung des Sachverhalts durch den Beschuldigten dienen, sondern der Selbstanzeige.⁹²⁵ Erst wenn seine Äußerungen unmittelbare Angaben zur Tat enthalten, sei es auch nur punktuell, kann von einer teilweisen Einlassung geredet werden. Eine solche liegt offenkundig vor, wenn der einlassungsbereite Beschuldigte von sich aus einige Tatsachen offenlässt oder auf Fragen oder Vorhalte keine vollständigen Antworten gibt.⁹²⁶ Der Beschuldigte kann sich insofern im Verfahren äußern, ohne dabei auf seine Entscheidung des völligen Schweigens zu verzichten. Dies liegt etwa vor, wenn er die Schwere der gegen ihn erhobenen Vorwürfe offen zugibt, jedoch um eine Bedenkzeit bittet, um diese zu entkräften. Darin liegt kein „pauschales Eingeständnis“.⁹²⁷ Nach dem BGH wäre die Schlussfolgerung, nur ein Schuldiger würde sich so äußern, nicht nur unter dem normativen Gesichtspunkt, dass das vollständige Schweigen nicht nachteilig gegen ihn verwertet werden darf, unzulässig; sie lässt sich auch empirisch nicht bestätigen, denn auch ein wirklich Unschuldiger kann sich zur Einlassung entschließen und dies mit einer solchen Äußerung zum Ausdruck zu bringen.⁹²⁸ Ebenso wenig darf aus dem Umstand, dass der vollständig schweigende Beschuldigte keinen Entlastungsbeweis trotz der ihn ernsthaft belastenden Beweislage vorgebracht hat, geschlossen werden, dass dieser schuldig sei.⁹²⁹

Werden dem Beschuldigten mehrere Taten im prozessualen Sinn nach § 264 StPO zur Last gelegt, so ist sein Aussageverhalten zu jeder Tat getrennt voneinander zu würdigen. Lässt er sich zu einer Tateinheit teilweise ein und lehnt er es ab, weitere Angaben zu machen, so gilt hier die Zulässigkeit der Verwertbarkeit des

⁹²³ BGH NStZ 2009, 70; BGH NJW 1987, 2028; BGH NJW 1992, 2306; NStZ 2000, 495; OLG Karlsruhe NStZ-RR 2004, 371; BGHR StPO § 261 Aussageverhalten 6; so auch Verrel, S. 23; Nack, StV 2002, 515; Miebach, NStZ 2000, 235; a.A. Gruber, S. 264 ff.; Kohlhaas, NJW 1965, 2283.

⁹²⁴ BGHR StPO § 261 Aussageverhalten 15; so auch im Ergebnis Verrel, S. 23; Nack, StV 2002, 515.

⁹²⁵ BGH JR 2003, 165 mit Anm. Jäger = BGHR StPO § 261 Aussageverhalten 22; siehe auch die Anmerkung von Widmaier in JR 2004, 85 f.; in diese Richtung auch AG Backnang Beschl. v. 19.09.2012 – 2 Ls 90 Js (Burhoff).

⁹²⁶ BGH StV 1997, 6; BGHR StPO § 261 Aussageverhalten 22; OLG Karlsruhe NStZ-RR 2004, 371.

⁹²⁷ BGH StV 1997, 6.

⁹²⁸ BGH StV 1997, 6.

⁹²⁹ OLG Jena BeckRS 2007, 18002.

teilweisen Schweigens. Bestreit er die Schuld bezüglich der anderen Tat schlichtweg, so darf sein letztes vollständiges Schweigen bei der richterlichen Beweiswürdigung weder mit Blick auf diese noch auf die andere Tat indiziell gegen ihn verwertet werden.⁹³⁰ Eine pauschale Schlussfolgerung, dass der Beschuldigte „lediglich Teileinlassungen“ vorgenommen habe und dies „ein massiver Hinweis darauf“ sei, dass er „Belastendes“ verschweige, ist unzulässig.⁹³¹ Auch die Schlussfolgerung des Gerichts aus der Tatsache, dass der wegen Trunkenheit verdächtige Beschuldigte auf der Fahrt zur Blutentnahme nach erfolgter Beschuldigtenbelehrung dem Polizeibeamten von einem versuchten Automatenaufruch erzählt, jedoch dabei keinen Nachtrunk erwähnt hat, den er später dem Gericht vortrug, ist sowohl aufgrund des nicht vorhandenen Sachzusammenhangs zwischen den beiden Taten als auch aufgrund des unzutreffend gewürdigten Erkenntniswerts des Schweigens zum Trunkenheitsdelikt unzulässig.⁹³²

Außerdem sind Tatsachenvorträge eines Verteidigers im Beweisantrag, seine schriftlichen Äußerungen zur Tatbeteiligung des Beschuldigten sowie prozessuale Erklärungen nicht als verwertbare Beschuldigteneinlassungen anzusehen.⁹³³ An dem vollständigen Schweigen des Beschuldigten ändert es nichts, wenn er über den Beweisantrag seines Verteidigers einen Entlastungszeugen benennt. Dementsprechend verstößt es gegen die Unverwertbarkeit des vollständigen Schweigens, wenn das Gericht den Zeitpunkt jenes Antrags, der nicht gleich nach der Festnahme des Beschuldigten, sondern erst nach neun Monaten erfolgte, unter der Berücksichtigung des Umstands, dass er sich in diesem Zeitraum in U-Haft befand, zu seinem Nachteil verwertet.⁹³⁴ Davon zu unterscheiden ist, wenn er über den Verteidiger erklären lässt, er wolle die Tat gestehen, jedoch für weitere Fragen nicht zur Verfügung stehen.⁹³⁵

Schließlich ist nicht nur das Aussageverhalten des umfassend schweigenden Beschuldigten unverwertbar, sondern auch sein Prozessverhalten, nämlich seine Verweigerung zu Zustimmung- oder Entbindungserklärungen, etwa bezüglich seines Arztes⁹³⁶ oder Verteidigers.⁹³⁷ Dies gilt, soweit der sich zur Sache nicht einlassende Beschuldigte im Fall einer Entbindung ein Beweismittel gegen sich selbst, etwa den Inhalt eines vertraulich mit dem Verteidiger geführten Gesprächs, liefern müsste.⁹³⁸

⁹³⁰ BGH NJW 1984, 1830; BGH NStZ 2000, 496; *Verrel*, S. 23; *Nack*, StV 2002, 515.

⁹³¹ BGH NStZ 2000, 496.

⁹³² OLG Karlsruhe NStZ-RR 2004, 371.

⁹³³ Vgl. BGH NStZ 2009, 705; BGH-*Nack* Beschl. v. 22.03.1994 – 1 StR 100/94 = NStZ 1994, 352; BGH-*Nack* Urt. v. 22.12.1999 – 3 StR 401/99 = BGHSt 45, 363, 364 f.; OLG Jena BeckRS 2007, 18002; *Nack*, StV 2002, 515.

⁹³⁴ BGH NStZ 2009, 705.

⁹³⁵ BGH-*Nack* Beschl. v. 22.03.1994 – 1 StR 100/94 = NStZ 1994, 352.

⁹³⁶ BGH-*Nack* Urt. v. 22.12.1999 – 3 StR 401/99 = BGHSt 45, 363, 365 f.

⁹³⁷ BGH-*Nack* Beschl. v. 19.01.2000 – 3 StR 531/99 = BGHSt 45, 367, 370 f.

⁹³⁸ BGH-*Nack* Beschl. v. 19.01.2000 – 3 StR 531/99 = BGHSt 45, 367, 370.

Macht er jedoch Angaben, wenn auch nur teilweise, zur Sache, so ist sein weiteres Prozessverhalten verwertbar.⁹³⁹

bb) Zeitweises Schweigen

Das Aussageverhalten des Beschuldigten, bei der polizeilichen Vernehmung von seinem Schweigerecht Gebrauch zu machen und sich erst in der Hauptverhandlung zur Sache entlastend zu äußern, ist der richterlichen Beweiswürdigung nicht zugänglich.⁹⁴⁰ Eine Schlussfolgerung dahingehend, dass das Vorbringen des nun benannten Entlastungsbeweises dem unschuldigen Beschuldigten „ein Leichtes“ gewesen wäre, ist unzulässig.⁹⁴¹ Das spätere Vorbringen einer Notwehrsituation darf auch nicht zum Nachteil des anwaltlich vertretenen Beschuldigten verwertet werden.⁹⁴² Das anfängliche Schweigen des Beschuldigten darf außerdem nicht im Zusammenhang mit seinem sonstigen Verhalten zu seinem Nachteil verwertet werden. Dementsprechend ist die Schlussfolgerung unzulässig, dass das Vorbringen einer Beschuldigten, nach ihrer Kenntnis sei die Ladung des fraglichen Transporters kein Heroin, sondern Goldstaub, als widerlegt zu betrachten sei, weil diese vor der Entdeckung des Päckchens keine Schritte unternahm, die Ware zu verzollen sowie danach hysterisch weinte.⁹⁴³ Auch die Begleitumstände des Einzelfalls, etwa dass sie das genannte Vorbringen erst nach der übereinstimmenden Aussage der Mitbeschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung während ihrer richterlichen Vernehmung einbrachte, vermag keine nachteilige Verwertung zu begründen. Insofern sei die Feststellung fehlerhaft, dass das anfängliche Schweigen des Beschuldigten schuldbehaftet sei und er seine Aussage an die jeweilige Beweislage angepasst habe.⁹⁴⁴ Dasselbe gilt für den Umstand, dass der Beschuldigte erst nach der Kenntnisnahme von belastenden Beweisen, etwa durch Akteneinsicht seines Verteidigers, ein Alibi vorgebracht hat und dabei eine U-Haft von mehreren Monaten über sich ergehen ließ.⁹⁴⁵ Ebenso ist die Entscheidung des Beschuldigten, nach der anfänglichen Einlassung bei der polizeilichen Vernehmung keine Angaben zur Tat bei der nachfolgenden richterlichen Vernehmung zu machen, der richterlichen Beweiswürdigung unzugänglich.⁹⁴⁶ Der Umstand, dass er auch hier die nun in der Hauptverhandlung vorgebrachte Schutzbehauptung nicht erwähnt hat, darf nicht zu seinem Nachteil verwertet werden.⁹⁴⁷

⁹³⁹ BGH NJW 1966, 209 f.; vgl. *Nack*, StV 2002, 515.

⁹⁴⁰ BGH StV 1983, 321; BGH StV 1988, 328; BGHR StPO § 261 Aussageverhalten 4, 7 und 9; *Nack*, StV 2002, 516.

⁹⁴¹ BGHR StPO § 261 Aussageverhalten 4.

⁹⁴² BGH StV 1983, 321.

⁹⁴³ BGHR StPO § 261 Aussageverhalten 7.

⁹⁴⁴ BGHR StPO § 261 Aussageverhalten 7.

⁹⁴⁵ BGHR StPO § 261 Aussageverhalten 9, 11 und 21; *Miebach*, NStZ 2000, 237.

⁹⁴⁶ BGH NStZ 1999, 47 = BGHR StPO § 261 Aussageverhalten 16.

⁹⁴⁷ BGH NStZ 1999, 47 = BGHR StPO § 261 Aussageverhalten 16.

c) Zwischenergebnisse zum Schutz vor rechtlichem Zwang

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Aussagefreiheit des Beschuldigten vor dem mittelbaren rechtlichen Zwang in Gestalt einer möglichen nachteiligen Verwertung seines Aussagens dank einer Doppelbegründung relativ gesichert ist. Dennoch dürfen die faktischen Grenzen der Überprüfbarkeit einer richterlichen Beweiswürdigung nicht außer Acht gelassen werden. Denn die Überzeugung von der Existenz einer Beweistatsache bleibt stets höchst persönlich und findet in erster Linie in der Psyche statt.

IV. Umgehungsverbot

Einer starken Faktizität hat sich die Aussagefreiheit auch bei verdeckten Ermittlungsmethoden zu stellen. Es steht nämlich außer Frage, dass das Ermittlungsverfahren durch zunehmenden Einsatz von verdeckten Ermittlungspersonen eine beachtliche Wandlung erfahren hat.⁹⁴⁸ Die Rede ist von einer zum Alltag gehörenden Maßnahme,⁹⁴⁹ wobei über das genaue Ausmaß von Einsätzen keine Erhebungen vorliegen.⁹⁵⁰ Ziel der vorliegenden Arbeit ist es nicht, eine Grundsatzdebatte über diese Wandlung im Strafverfahren zu führen.⁹⁵¹ Für die Aussagefreiheit des Beschuldigten lässt sich jedoch angesichts dieser Entwicklung feststellen, dass ihre Reichweite bei einer offenen Vernehmung aufgrund zweier hinzugekommener Ermittlungsmöglichkeiten neu überdacht werden muss. Er kann nämlich sowohl vor als auch nach einer offenen Vernehmung verdeckt befragt werden. Aus diesem Grund ist die Frage naheliegend, ob ein solches Vorgehen der Ermittlungsorgane als eine Umgehung der Aussagefreiheit betrachtet werden kann und wieweit sich gegebenenfalls ein möglicher rechtlicher Umgehungsschutz erstreckt.⁹⁵² Diese Fragen sind nach wie vor Gegenstand intensiver Auseinandersetzungen zwischen Rechtsprechung und Literatur.⁹⁵³

⁹⁴⁸ Vgl. Zöller, ZStW 124/2012, 415; Kühne, FS für Wolter, S. 1009; Bosch, Jura 1998, 236; Weißlau, ZStW 110/1998, 1; Meyer, ZStW 95/1983, 836 f.; KMR-Bockemühl, § 110a Rn. 1; Bernsmann/Jansen, StV 1998, 217; Schneider, JR 1996, 402; Kramer, Jura 1988, 520.

⁹⁴⁹ Mahlstedt, S. 102 f.

⁹⁵⁰ Meyer, ZStW 95/1983, 836 (keine „verlässlichen“ Angaben).

⁹⁵¹ Zur Notwendigkeit solcher Methoden siehe etwa Krey, JR 1998, 1 ff.; Schneider, GA 1997, 371; vgl. Zöller, ZStW 124/2012, 417 f.; kritisch Lüderssen, Jura 1985, 114 f.; Müssig, GA 2004, 89; Eschelbach, StV 2000, 391 f.; Bernsmann/Jansen, StV 1998, 217.

⁹⁵² Roxin, FS für Kühne, S. 318 f., der von einer Umgehung ausgeht; ähnlich auch Kühne, FS für Wolter, S. 1009; siehe auch Lorenz JZ 1992, 1006.

⁹⁵³ Kraft, S. 334; Krey, JR 1998, 1; Eidam, S. 59; Roxin, NStZ-Sonderheft 2009 für Miebach, S. 41; Jahn, JuS 2010, 833.

Während über die Erforderlichkeit eines Umgehungsschutzes breite Einigkeit existiert (A.), besteht der erste Ansatz darin, diesen Schutz lediglich für die vernehmungähnlichen Situationen zu gewähren (B.). Inzwischen hat sich jedoch die Ansicht etabliert, dass die Grenzen verdeckten Veranlassens in unmittelbarem Zusammenhang mit der Aussagefreiheit eines Beschuldigten bestimmt werden müssen (C.).

A. Erforderlichkeit eines Umgehungsschutzes

Wie bereits oben dargelegt,⁹⁵⁴ gelangt der BGH mit einer verfassungs-, europa- und einfachgesetzlichen Auslegung der Selbstbelastungsfreiheit zu dem Ergebnis, dass die Rechte und Garantien des § 136 StPO nur bei einer offenen Vernehmung des Beschuldigten anwendbar sind.⁹⁵⁵ Denn diese Vorschrift bezwecke, ihn vor einer vermeintlichen Aussagepflicht zu schützen.⁹⁵⁶ Solange dies Sinn und Zweck des hiesigen Belehrungsgebots sei, liege faktisch keine Umgehungsfahr und daher kein Bedarf an einer entsprechenden Anwendung dieser Vorschrift bei einer verdeckten Befragung vor, durch die zu verhindern wäre, dass die Strafverfolgungsbehörden „sich eines zwar nicht ausdrücklich verbotenen Weges bedient, auf diesem Weg aber ein vom Gesetz missbilligtes Ergebnis erreicht“ hätten.⁹⁵⁷

Den verfassungsrechtlichen Schutzzumfang der Aussagefreiheit begrenzte die Rechtsprechung außerdem auf den Schutz vor einem Aussagezwang, welcher die Freiheit von Irrtum bei einer verdeckten Befragung nicht umfassen sollte.⁹⁵⁸ Diese Haltung revidierte der BGH unter Berücksichtigung Straßburger Vorgaben eines fairen Verfahrens nach Art. 6 EMRK.⁹⁵⁹ Allerdings geht auch der nunmehr geltende Umgehungsschutz davon aus, dass § 136 StPO auf eine verdeckte Befragung nicht anwendbar ist.⁹⁶⁰ Die Freiwilligkeit der Aussage beruht somit nicht auf einer wissentlichen Entscheidung des Beschuldigten, bei der er davon ausgehen kann,

⁹⁵⁴ Hierzu siehe oben Kap. 3, II.B.2.b)cc); 4.b)aa); 5.b)bb).

⁹⁵⁵ So hält auch die h.M. in der Literatur die verdeckten Ermittlungspersonen von den Belehrungspflichten nach § 136 Abs. 1 StPO für „befreit“, *Meyer-Gößner*, § 110c Rn. 3; *BeckOK-StPO-Hegmann*, § 110c Rn. 5; *SK-StPO-Rogall*, § 136 Rn. 15; *Sowada*, FS für Geppert, S. 698; ähnlich *Schlüchter/Radbruch* NStZ 1995, 354; im Ergebnis auch die abweichende Literaturmeinung *LR-StPO-Gleiß*, § 136 Rn. 91 f.; *Roxin/Schünemann*, S. 306 Rn. 5; *Eidam*, S. 107–112; *Ostendorf*, FS für Roxin, S. 1335; *Fezer*, NStZ 1996, 290.

⁹⁵⁶ BGH NJW 2009, 3589 = BGH 4 StR 170/09, Beschl. v. 09.06.2009, HRRS 2009 Nr. 967; zu Anmerkungen zum Beschluss *Meyer-Mews*, NJW 2009, 3590; *Ellbogen*, NStZ 2010, 464.

⁹⁵⁷ BGHSt 42, 139, 147 ff.; so auch im Ergebnis *Schneider*, GA 1997, 378.

⁹⁵⁸ BGHSt 42, 139, 153.

⁹⁵⁹ Siehe oben Kap. 3, II.B.4.b)aa).

⁹⁶⁰ BGHSt 52, 11, 15 f.; BGH NStZ 2011, 596, 597; BGHSt 55, 138, 143; BGHR StPO 136 Belehrung 17; BGH Urt. v. 29.04.2010 – 3 StR 63/20 = BeckRS 2010, 14686; LG Dortmund Urt. v. 13.11.2007 BeckRS 2010, 00996.

dass keine verdeckte Befragung vorliegt. Die Rechtsprechung verlangt das Hinzu-
kommen weiterer Umstände, die auf das Willenselement der Entscheidungsfreiheit
des Beschuldigten unfair einwirken.⁹⁶¹ Dies liegt vor, wenn er entweder durch
Zwang oder „durch eine psychologischem Druck gleichkommende Täuschung“ zu
belastenden Äußerungen gedrängt worden ist.⁹⁶² In diesem Zusammenhang kom-
men in erster Linie die verbotenen Vernehmungsmethoden gem. § 136a StPO in-
frage, der zwar, wie oben dargelegt, auf offene Vernehmungen zugeschnitten ist,⁹⁶³
jedoch unter Umständen eine analoge Anwendung findet. Nach der im Wege der
europäischen Anpassung erweiterten Anwendbarkeit des Nemo-tenetur-Grundsatzes
auf eine verdeckte Befragung des Beschuldigten stehen diese beiden Rechts-
grundlagen in einer Idealkonkurrenz. Dabei hat der BGH in den letzten Entscheidun-
gen den Nemo-tenetur-Grundsatz noch nicht als vorrangigen Maßstab anerkannt.⁹⁶⁴

B. Vernehmungähnliche Situationen

Eine analoge Anwendung des § 136a StPO sieht die Rechtsprechung erst dann
als notwendig an, wenn Ermittlungsorgane – sei es beim Einsatz von V-Personen
gem. §§ 161, 163 StPO oder Verdeckten Ermittlern gem. §§ 100a ff. StPO – durch
solche verbotenen Vernehmungsmethoden auf den Beschuldigten einwirken, damit
dieser in einer verdeckten vernehmungähnlichen Befragung⁹⁶⁵ Angaben zu einer
im Zeitpunkt der Äußerung bereits abgeschlossenen Tat macht.⁹⁶⁶

Soweit der BGH § 136a StPO in einer vernehmungähnlichen Situation der ver-
deckten Befragung eines Beschuldigten für anwendbar erklärt, erfährt der Schutz-

⁹⁶¹ BGHSt 53, 294, 305.

⁹⁶² BGH NStZ 2011, 596, 597; BGHSt 53, 294, 305.

⁹⁶³ Hierzu siehe oben Kap. 3, II.B.2.b)bb).

⁹⁶⁴ Vgl. BGHSt 55, 138, 145 (Zellengenossenfalle: keine Prüfung unter § 136a StPO);
BGH NStZ 2011, 596 ff. (Abhörfalle: § 136a sowie Nemo-tenetur-Grundsatz als einschlä-
gige Rechtsmaßstäbe); vgl. SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 27; *Engländer*, ZIS 3/2008, 164;
strikt ablehnend gegenüber einer Anwendbarkeit des Nemo-tenetur-Grundsatzes auf ver-
deckte Ermittlungen *Verrel*, FS für Puppe, S. 1640 ff.; *ders.*, S. 279 (§ 136a StPO: „am
ehesten passend“).

⁹⁶⁵ Zum Begriff der vernehmungähnlichen Situationen siehe SK-StPO-Rogall, § 136a
Rn. 26; *Meyer-Gofßner*, § 136a Rn. 2; *Sternberg-Lieben*, Jura 1995, 306.

⁹⁶⁶ BGHSt 52, 11, 21; BGH NStZ 1995, 410, 411; vgl. BGHSt 42, 139, 149; von der
analogen Anwendung des § 136a StPO auf den Einsatz von Verdeckten Ermittlern nach
§§ 100a ff. StPO ausgehend *Meyer-Gofßner*, § 136a Rn. 4b; BeckOK-StPO-Monka, § 136a
Rn. 5; BeckOK-StPO-Hegmann, § 110c Rn. 5; *Rogall*, NStZ 2008, 111 f.; auch auf den
Einsatz auf V-Personen anwendbar KK-StPO-Diemer, § 136a Rn. 26; *Müncheberg*, S. 26;
Salger, S. 38; *Kramer*, Jura 1988, 522; *Kudlich*, JuS 1997, 698; *Kleszczewski*, StV 2010,
464; *Beulke*, StV 1990, 183; *Verrel*, FS für Puppe, S. 1639; ablehnend *Schneider*, NStZ
2001, 9; vgl. KK-StPO-Nack, § 110c Rn. 22; *Roxin/Schünemann*, S. 306 Rn. 5; LR-StPO-
Gleß, § 136a Rn. 15.

umfang dieser Vorschrift durch eine systematische Auslegung eine Begrenzung dahingehend, dass die einfache Täuschung des Beschuldigten durch jede verdeckte Veranlassung zu selbstbelastenden Äußerungen nicht unter den grundsätzlich eng auszulegenden Täuschungsbegriff des § 136a Abs. 1 Satz 1 StPO fallen soll.⁹⁶⁷ Denn die Willensfreiheit des Beschuldigten würde durch die Verdeckung der wahren Identität und Absicht des Befragenden nicht in einer Weise beeinträchtigt, die mit den weiteren in § 136a Abs. 1 StPO genannten verbotenen Vernehmungsmethoden, wie körperlichen Eingriffen, Quälerei oder Ermüdung, vergleichbar ist.⁹⁶⁸ Eine Täuschung sei hier auch deshalb zu verneinen, weil das bloße Verschweigen der Tatsache der Heimlichkeit und Verfolgungsabsicht keine Täuschung i.S.v. § 136a Abs. 1 StPO darstelle, sofern keine Rechtspflicht zur Offenbarung des Ermittlungscharakters der verdeckten Befragung besteht. Überdies verstoße die bloße Ausnutzung des Irrtums des Beschuldigten gegen keinen Vertrauensgrundsatz.⁹⁶⁹ Im Ergebnis ist allerdings davon auszugehen, dass der BGH das Täuschungsverbot des § 136a StPO hinsichtlich einer verdeckten Befragung enger als im Normalfall auslegt. Denn es wäre illusorisch, anzunehmen, dass ein Beschuldigter bei einer verdeckten Befragung über die Identität und Absicht des Befragenden lediglich im Unklaren gelassen und aktiv doch nicht gelogen wird.⁹⁷⁰

Nicht zuletzt aus diesem Grund weist der BGH darauf hin, dass die sogenannte legendebedingte Täuschung bereits von der StPO selbst gedeckt sei (vgl. §§ 110a ff., 161, 163). Würde der täuschende Charakter jeder verdeckten Veranlassung zu tatrelevanten Angaben des Beschuldigten von § 136a StPO erfasst, so würden diese Vorschriften gegenstandslos.⁹⁷¹ Schließlich bleibe der Beschuldigte bei

⁹⁶⁷ BGHSt 42, 139, 149; BGH NStZ 2011, 597; KK-StPO-Diemer, § 136a Rn. 26; Klein, S. 32 f.; a.A. Lindner, S. 184; Seebode, JR 1988, 428; Fezer, NStZ 1996, 290; Lagodny, StV 1996, 172; Bernsmann, StV 1996, 118; Meyer-Mews, NJW 2007, 3142 f.; vgl. Hilland, S. 16 ff.

⁹⁶⁸ BGHSt 42, 139, 149; BGH NStZ 2001, 597; BGH BeckRS 2011, 14181; zustimmend Jahn, JuS 2007, 1147; vgl. Kudlich, JuS 1997, 698.

⁹⁶⁹ BGHSt 39, 335, 349; BGH StV 2007, 61; vgl. BGH NStZ 1995, 410 f.; so auch SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 7; Beulke, S. 296 f. Rn. 481e; Grünwald, StV 1987, 471; Schneider, JR 1996, 406; Roxin, NStZ 1995, 466; ders., FS für Geppert, S. 556; vgl. Jahn, JuS 2005, 1060; a.A. Nack, 20. Strafverteidigertag, S. 243; Bosch, Aspekte, S. 90.

⁹⁷⁰ Vgl. Jahn, JuS 2000, 444 f.; Nack, 20. Strafverteidigertag, S. 243; Liskén, NJW 1994, 2070; Lagodny, StV 1996, 172.

⁹⁷¹ Vgl. BGHSt 39, 335, 347; BGHSt 41, 42, 44; BGHSt 42, 139, 151; BGHSt 55, 138, 145; BGH NStZ 2011, 596 f.; a.A. BGH NStZ 1995, 410 f.; diese Frage ist in der Literatur uneinheitlich beantwortet, wenn es um die sog. legendebedingte Täuschung durch V-Personen geht, hierzu siehe Meyer-Göfner, § 110c Rn. 3; BeckOK-StPO-Hegmann, § 110c Rn. 5; KMR-Pauckstadt-Maihold, § 136a Rn. 6; Kühne, FS für Wolter, S. 1012 f.; Sowada, FS für Geppert, 698; Lagodny, StV 1996, 172; ders., 20. Strafverteidigertag, S. 120; Eschelbach, StV 2000, 390; SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 68; Verrel, FS für Puppe, S. 1636; Weßlau, ZStW 110/1998, 5; zur ebenfalls unterschiedlichen Haltung der abweichenden Literaturansicht siehe Bosch, Aspekte, S. 88; LR-StPO-Gleiß, 136a Rn. 44; Roxin/

der Einfachheit der Täuschung einer verdeckten Befragung normativ betrachtet frei, sich gegenüber vermeintlichen Privatpersonen zu äußern.⁹⁷² Dabei unterliege er lediglich einem Motivirrtum, wenn sein Gesprächspartner ihn, vergleichbar mit dem allgemeinen Lebensrisiko eines denunzierenden Zeugen, über die Privatheit des Gesprächs täuscht.⁹⁷³ Insofern existiert nach der Rechtsprechung des BGH ein rechtmäßiger Spielraum, in dessen Rahmen eine staatliche Einwirkung auf die Willensfreiheit des Beschuldigten zulässig ist.⁹⁷⁴ Analysiert man seine Rechtsprechung, so lässt sich allgemein konstatieren, dass die Grenzen der unzulässigen Beweiserhebung durch eine verdeckte Befragung des Beschuldigten primär bei einer gewissen Druckausübung anfangen und Täuschungshandlungen dabei eine eher sekundäre Bedeutung zukommt.⁹⁷⁵ Im Folgenden wird diese Rechtsprechung hinsichtlich der gängigen verdeckten Ermittlungsmaßnahmen im Einzelnen erörtert. Die Verschiedenheit der bei ihrer Durchführung angewandten Methoden führt außerdem dazu, dass ihre rechtliche Würdigung unter weiteren Aspekten geprüft wird.⁹⁷⁶ Ihre Gemeinsamkeit liegt darin, dass der Beschuldigte dabei stets zu einer selbstbelastenden Äußerung veranlasst wird.

C. Grenzen verdeckten Veranlassens

Um die strukturelle Einheit der vorliegenden Arbeit zu bewahren, werden die Fälle der verdeckten Veranlassungen des Beschuldigten sich selbst zu belasten auch hier zunächst in zwei grobe Gruppen eingeteilt: Tatprovokation (1.) und verdeckte Abschöpfung des Tatwissens eines Beschuldigten. Die letzte Fallgruppe lässt sich in Einfaches Abhören (2.), Abhören durch aktive Täuschung (3.), Verdeckte Befragung durch eine Abhörfalle (4.), Verdeckte Befragung (5.) und Aushorchen eines Beschuldigten (6.) unterteilen.

Schünemann, S. 305 f. Rn. 4 f.; *Roxin*, NStZ-Sonderheft 2009 für Miebach, S. 42 f.; *Eidam*, S. 107.

⁹⁷² BGHSt 39, 335, 347; BGHSt 42, 139, 153; SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 68; *Salger*, S. 37; a.A. *Bernsmann*, StV 1996, 117; *Bosch*, Aspekte, S. 142; *Fezer*, NStZ 1996, 290; *Bernsmann*, StV 1996, 118; *Roxin* NStZ 1997, 18; *ders.*, NStZ-Sonderheft 2009 für Miebach, S. 44; *Kahlo*, FS für Wolff, S. 186; *Zuck*, JR 2010, 21; *Eisenberg*, JR 2011, 410.

⁹⁷³ BGHSt 39, 335, 347; BGHSt 42, 139, 153; so auch *Krey*, JR 1998, 4. f.; *Pawlik*, GA 1998, 389; *Lammer*, S. 159; a.A. *Kreitschmer*, HRRS 7–8/2010, 346; *Fezer*, NStZ 1996, 290 („es sei denn, man lebt in einem Polizeistaat“); im Anschluss daran auch *Roxin*, NStZ-Sonderheft 2009 für Miebach, S. 44; in diese Richtung *Nack*, 20. Strafverteidigertag, S. 248; *Klein*, S. 38; *Bosch*, Aspekte, S. 89 f.; *Müssig*, GA 2004, 100; *Mahlstedt*, S. 81.

⁹⁷⁴ SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 26; *Meyer-Göfner*, § 136a Rn. 2.

⁹⁷⁵ Kritisch hiergegen *Roxin*, NStZ 1995, 467; *ders.*, NStZ 1997, 19; *Haas*, GA 1995, 234; *Bosch*, Aspekte, S. 226 f.; *Fezer*, JZ 1987, 938 f.; *Jahn*, JuS 2000, 444; *Kramer*, Jura 1988, 523; *Beulke*, StV 1990, 183; *Kraft*, S. 351; *Eidam*, S. 79 f.; *Kreitschmer*, HRRS 7–8/2010, 345; vgl. SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 68; *ders.*, NStZ 2008, 111; *Verrel*, FS für Puppe, S. 1634; *ders.*, S. 280.

⁹⁷⁶ Hierzu siehe eingehend *Roxin*, FS für Geppert, S. 549–555.

1. Tatprovokation

a) Zulässige Tatprovokation

Der Einsatz von Verdeckten Ermittlern und V-Personen als Lockspitzel zu einer Tatprovokation wird jedenfalls im Rahmen der Bekämpfung besonders gefährlicher oder schwer aufklärbarer Straftaten rechtsstaatlich als notwendig erachtet.⁹⁷⁷ Solange das Verhalten der verdeckten Ermittlungsperson über die bloße passive Beteiligung an der Begehung einer bereits in Gang befindlichen Straftat hinaus die Tatbereitschaft einer Person weckt oder eine bereits vorliegende Tatplanung intensiviert und mit einiger Erheblichkeit stimulierend auf den Täter einwirkt, liegt eine Tatprovokation vor.⁹⁷⁸ Das mehrfache und dringliche Bereden einer Person, eine Straftat zu begehen, oder die Ausnutzung ihrer Bereitschaft zur Begehung oder Fortsetzung von Straftaten fallen nicht darunter, wenn keine weiteren Einwirkungen auf den Täter stattgefunden haben.⁹⁷⁹ Je stärker der Verdacht, desto nachhaltiger wird auch die Stimulierung zur Tat sein dürfen, bevor die Schwelle der Tatprovokation erreicht wird.⁹⁸⁰

Ist die Intensität der Einwirkung des polizeilichen Lockspitzels als Tatprovokation anzusehen, so ist sie weiterhin zulässig, wenn der Betroffene in einem den §§ 152 Abs. 2, 160 StPO vergleichbaren Grad verdächtigt wird, an einer bereits begangenen Straftat beteiligt gewesen oder zu einer zukünftigen Straftat bereit zu sein.⁹⁸¹ Die Grenzen einer zulässigen Tatprovokation sind dagegen überschritten und das Recht des Betroffenen auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK berührt, wenn er die Tat ohne polizeiliche Anstiftung nicht begangen hätte, weil sich aus der Gesamtwürdigung des Tatgeschehens ergibt, dass das tatprovozierende Verhalten des Lockspitzels ein solches Gewicht erlangt hat, dass demgegenüber der Beitrag des Angeklagten in den Hintergrund tritt.⁹⁸² Unzulässig ist außerdem ein sogenannter Quantensprung, bei dem der Verdächtige zu einer Tat veranlasst wird, deren Unrechtsgehalt im Vergleich zu seiner ursprünglich beabsichtigten Straftat von erheblich größerem Gewicht ist.⁹⁸³ Eine unzulässige Einwirkung liegt darüber hinaus vor, wenn der polizeiliche Lockspitzel einen Verdächtigten unter zumindest konkludenter Drohung mit Gefahr für Leib und Leben zur Begehung der Straftat nötigt.⁹⁸⁴

⁹⁷⁷ BVerfG 57, 250, 284; BGH NStZ 1992, 488; NJW 1984, 2302; GA 1975, 333 f.; siehe auch *Krey*, JR 1998, 2.

⁹⁷⁸ BGHSt 45, 331, 338.

⁹⁷⁹ Vgl. BGHSt 45, 331, 338; NStZ 2001, 53.

⁹⁸⁰ BGHSt 47, 44, 50.

⁹⁸¹ BGHSt 45, 331, 337; BGH NJW 2000, 1123 f.

⁹⁸² BGH NStZ 2008, 39, 40; SK-StPO-Wolter, § 110a Rn. 9a.

⁹⁸³ BGHSt 47, 44, 49 ff.; SK-StPO-Wolter, § 110a Rn. 9a.

⁹⁸⁴ BGH 1 StR 727/08, Beschl. v. 21.01.2009, HRRS 2009 Nr. 835; SK-StPO-Wolter, § 110a Rn. 9a.

b) Schutz vor Selbstbelastung

Liegt eine unzulässige Tatprovokation vor, so ist dies bei der Strafzumessung als strafmildernd zu berücksichtigen.⁹⁸⁵ Ein Verfahrenshindernis ist nur in Ausnahmefällen anzunehmen.⁹⁸⁶ Dagegen gehört es zur gefestigten Rechtsprechung des BGH, dass die Ergebnisse der verdeckten Beweiserhebung bei einer Tatprovokation stets verwertbar sind, auch wenn es um die selbstbelastenden Äußerungen von Tatverdächtigen geht.⁹⁸⁷ Die Frage der Vereinbarkeit einer verdeckten Befragung des provozierten Tatverdächtigen mit der Selbstbelastungsfreiheit stellt sich nach der Rechtsprechung erst dann, wenn die fragliche Straftat bereits vor der verdeckten Befragung abgeschlossen war. Der präventive Einsatz von verdeckten Ermittlungspersonen soll somit nicht in ihren Anwendungsbereich fallen.⁹⁸⁸ Eine ausdrückliche Begründung dafür ist in der Rechtsprechung nicht ersichtlich. Der BGH weist lediglich darauf hin, dass § 136a StPO auf den Einsatz eines Lockspitzels auch nicht analog anzuwenden sei, weil u.a. die Übertragung der Rechtsgedanken verbotener Vernehmungsmethoden auf einen Fall der Tatprovokation dogmatisch fraglich sei und mögliche Ergebnisse einer solchen Anwendung nicht abschätzbar seien.⁹⁸⁹ Hieraus lässt sich entnehmen, dass er die Provokation eines Verdächtigen zur Begehung einer Straftat als einen völlig andersartigen Sachverhalt betrachtet und die Beweiserhebung dabei vollständig ausklammern will.

In der Tat ist jedoch die Instrumentalisierung eines Verdächtigen gegen sich selbst bei einer Tatprovokation in zweierlei Hinsicht vorhanden. Er wird dazu veranlasst, eine Straftat zu begehen und dabei zu seiner beweissicheren Überführung beizutragen. Seine Heranziehung als Beweismittel gegen sich selbst liegt folglich auch hier vor. Die Überlappung der Selbstbelastung mit der Tatprovokation spricht insofern zunächst nicht dagegen, die Beweiserhebung dabei ebenfalls rechtsstaatlichen Grundsätzen zu unterwerfen.⁹⁹⁰ Außerdem ist es in Tatprovokationsfällen nicht immer eindeutig, dass die Beweissicherung nicht im Vordergrund steht. Das liegt etwa vor, wenn es einem Lockspitzel gleichgültig ist, ob er den Tatverdächtigen eines fortlaufenden Deliktes, etwa Rauschgifthandels, wegen seiner „bereits abgeschlossenen“ Taten durch eine verdeckte Befragung überführt oder ob er ihn

⁹⁸⁵ BGH NStZ 2008, 39, 40.

⁹⁸⁶ BGH 5 StR 69/05, Beschl. v. 20.04.2005, HRRS 2005 Nr. 441; BGH 2 StR 455/11, Beschl. v. 09.02.2012, HRRS 2012 Nr. 338.

⁹⁸⁷ BGHSt 39, 335, 347; so auch Krey, JR 1998, 2.

⁹⁸⁸ So ausdrücklich Nack, 20. Strafverteidigertag, S. 243; ebenso im Ergebnis Eidam, S. 373; Grünwald, StV 1987, 471.

⁹⁸⁹ BGH NJW 1984, 2302; vgl. OLG Hamm NStZ 1988, 515 mit Anm. von Amelung; SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 7; Meyer-Gofner, § 136a Rn. 4b; BeckOK-StPO-Monka, § 136a Rn. 5; Joerden, JuS 1993, 928; a.A. Lüderssen, FS für Roxin, 361 ff.; LR-StPO-Gleß, § 136a Rn. 4; vgl. Beulke, StV 1990, 182 f.

⁹⁹⁰ So im Ergebnis Radbruch, FS für Sauer, S. 124 ff.; Lüderssen, FS für Roxin, S. 363; Roxin, NStZ 1995, 466; Verrel, S. 166; Roxin/Schünemann, S. 197 Rn. 30; a.A. Grünwald, StV 1987, 471.

zur Begehung einer neuen Straftat veranlasst.⁹⁹¹ Die Tatprovokation geht sogar bei der Anwendung der sogenannten *cold case*-Technik fast vollständig in der Beweissammlung auf, in der der Verdächtige einer einzigen Straftat wegen Beweismangels nicht überführt werden kann und er ermittlungstaktisch nur durch die Veranlassung zu einer erneuten Begehung der angeblichen Straftat beweissicher zu verfolgen ist. Zu einem solchen Vorgehen entscheidet man sich gerade insbesondere deswegen, weil seine Festnahme und die darauf folgende polizeiliche Vernehmung wegen der Ausübung des Schweigerechts nicht ergiebig waren.⁹⁹² Es lässt sich somit feststellen, dass die grundsätzliche Ablehnung der Einbeziehung der Beweiserhebung bei Tatprovokationsfällen unter dem Aspekt der Selbstbelastungsfreiheit nicht haltbar ist.⁹⁹³ Daran ändert nichts, dass die Schuld eines Beschuldigten trotz der gegebenen Tatprovokation weiterhin besteht und die ganze Beweisaufnahme durch die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes auf den Kopf gestellt werden könnte.⁹⁹⁴

2. Einfaches Abhören

Wie bereits oben dargelegt, verstößt die akustische Überwachung eines Beschuldigten zum Zweck der Erlangung von selbstbelastenden Äußerungen nicht gegen das Recht auf ein faires Verfahren und auf Selbstbelastungsfreiheit. Diese Grundsätze verbieten weder die Heimlichkeit einer Beweiserhebung noch gewähren sie einem Beschuldigten den Schutz vor einer unbewussten Selbstbelastung im dem Sinn, dass er den Adressaten seiner Aussage kennt. Seine Unkenntnis darf durch eine solche kriminalistische List ausgenutzt werden.⁹⁹⁵

3. Abhören durch aktive Täuschung

Davon zu unterscheiden ist es allerdings, wenn weitere Umständen zu einem akustischen Abhören des Beschuldigten hinzutreten, die die zulässigen Grenzen eines einfachen Abhörens überschreiten. Dies nahm der BGH bei der Überwachung des Besucherraums eines inhaftierten Beschuldigten bei einem Treffen mit seiner Ehefrau an, weil die Erhebung seiner selbstbelastenden Äußerungen nicht mehr eine bloße Abschöpfung des vom ihm selbst freiwillig preisgegebenen Tatwissens war, sondern eine gezielte staatliche Veranlassung darstellte, die unter dem Aspekt des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK nicht mehr fair war.⁹⁹⁶ Die

⁹⁹¹ So zutreffend ausdrücklich *Hilger*, NStZ 1985, 569 f.

⁹⁹² So etwa bei OLG Zweibrücken NStZ 2011, 113.

⁹⁹³ *Hilger*, NStZ 1985, 570.

⁹⁹⁴ Vgl. BGH NJW 1984, 2302.

⁹⁹⁵ BGHSt 53, 294, 306; vgl. BVerfG NJW 1973, 892 f.; siehe auch oben Kap. 3, II.B.2.c).

⁹⁹⁶ BGHSt 53, 294, 304; kritisch gegenüber einem solchen Ansatz *Gaede*, JR 2009, 495; *Brunhöber*, ZIS 12/2010, 770; *Zuck*, JR 2010, 20; vgl. *Kleszczewski*, StV 2010, 464.

Zuweisung eines anderen „separaten Raums“ und der Verzicht auf offene Überwachung riefen bei ihm die Fehlvorstellung hervor, er könne mit seiner Ehefrau unüberwacht sprechen. Diese bewusste Irreführung wirkte im Zusammenhang mit der gezielten Ausnutzung der besonderen Umstände der U-Haft auf sein Vorstellungsbild dermaßen ein, dass dieses Vorgehen außerdem im Hinblick auf das verfassungsrechtlich verankerte Verbot eines Selbstbelastungszwangs bedenklich erscheint.⁹⁹⁷ Die Aussagefreiheit eines Beschuldigten, der sich für ein Schweigen entschieden hat, ist nach dem BGH darüber hinaus nach Vorgaben des EGMR über Art. 6 EMRK vor einer Täuschung zu schützen, die darauf abzielt, ihm selbstbelastende Äußerungen zu entlocken, die in den vorausgegangenen Vernehmungen nicht von ihm erlangt werden konnten. Dieser Schutz existiert nach dem BGH neben dem verfassungsrechtlichen Verbot des Selbstbelastungszwangs und dem Täuschungsverbot des § 136a StPO.⁹⁹⁸

Mit der Feststellung einer unfairen Veranlassung des inhaftierten Beschuldigten beim Abhören durch aktive Täuschung geht der BGH offenbar davon aus, dass gegen das Entlockungsverbot verstoßen wurde. In der Tat ist das konkrete Vorgehen von Ermittlungsorganen als ein mit einer Befragung des Beschuldigten im herkömmlichen Sinn gleichwertiges Verhalten zu betrachten, welches ebenfalls den Zweck zu erfüllen hatte, den Beschuldigten verdeckt zu tatrelevanten Äußerungen zu veranlassen, die von Ermittlungsorganen unmittelbar zur Kenntnis genommen werden können.⁹⁹⁹

4. Verdeckte Befragung durch eine Abhörfalle

a) Ausgangspunkt: heimliche Tonbandaufnahme durch eine Privatperson

Ein Beschuldigter kann sich gegenüber einer Privatperson belasten und dabei das Risiko eingehen, dass deren Aussagen seiner Verurteilung zugrunde gelegt werden. Es besteht kein Streit darüber, dass ihm der Nemo-tenetur-Grundsatz keinen Schutz vor einer ungewollten Selbstbelastung durch deren Zeugnis gewährt.¹⁰⁰⁰ Von einer solchen Zeugenaussage ist der Fall zu unterscheiden, wenn die selbstbelastenden Äußerungen bei einem Telefonat von seinem Gesprächspartner, der aus eigenem Antrieb handelt, ohne sein Wissen heimlich auf ein Tonband aufgenommen werden.

⁹⁹⁷ BGHSt 53, 294, 309; zustimmend LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 935; *Kleszczewski*, StV 2010, 464; vgl. *Artkämper/Schilling*, S. 56 (doch eine Verletzung des Nemo-tenetur-Grundsatzes); a.A. *Rogall*, HRRS 6/2010, 292; *Zuck*, JR 2010, 21.

⁹⁹⁸ BGHSt 53, 294, 305 f.

⁹⁹⁹ LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 935; *Kleszczewski*, StV 2010, 464 f.; in diese Richtung auch BGHSt 55, 138, 147; vgl. BGH Urt. v. 30.04.1987 – 4 StR 30/87 = BGHR StPO § 136a Abs. 1 Aussage I; vgl. *Verrel*, FS für Puppe, S. 1642.

¹⁰⁰⁰ BVerfG Beschl. v. 30.04.2003 – 2 BvR 281/03; BGHSt 42, 139, 153; *Engländer*, ZIS 3/2008, 166; *Esser*, JR 2004, 100.

Eine solche Aufzeichnung verstößt nach BGHSt 14, 358 gegen das Persönlichkeitsrecht einer Person am eigenen Wort nach Art. 2 Abs. 1 GG.¹⁰⁰¹ Ihre Verwertung gegen den Beschuldigten im Strafverfahren würde nach BGHSt 14, 358 nicht nur diesen Verstoß fortsetzen. Sie würde auch den rechtsstaatlichen Grundsatz missachten, dass das Wort eines Beschuldigten nicht gegen ihn selbst zeugen darf, wenn es ihm unter Missachtung seiner Persönlichkeit entlockt wurde. Dies liegt wie im Fall eines Aussagezwangs sowie der Anwendung verbotener Vernehmungsmethoden des § 136a StPO auch hier vor. Der Schutz der genannten Grundrechte gebietet daher die Nichtverwertung des heimlich aufgenommenen Tonbandes.¹⁰⁰²

Das BVerfG revidierte in NJW 1973, 891 diese Rechtsprechung dahingehend, dass ein absolutes Verwertungsverbot für ein heimlich aufgenommenes Tonband verfassungsrechtlich nur dann geboten ist, wenn sein selbstbelastender Inhalt den unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG betrifft. Anderenfalls ist über die Verwertbarkeit durch Abwägung zwischen öffentlichem Interesse an einer möglichst vollständigen Wahrheitsermittlung im Strafverfahren und dem Grundrechtsschutz des Beschuldigten zu entscheiden. In diesem Zusammenhang habe der Beschuldigte, abgesehen vom Verbot eines Aussagezwanges nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO, ein berechtigtes Interesse daran, dass seine unwissentlich gemachten Äußerungen im Strafverfahren nicht gegen ihn verwendet werden. In Fällen schwerer Kriminalität könne es allerdings geboten sein, dass dieses Interesse des Beschuldigten zugunsten einer Verwertung gegen ihn zurückzutreten hat.¹⁰⁰³

Für die Verwertbarkeit einer selbstbelastenden Tonbandaufnahme, die auch i.S.v. § 201 StGB rechtswidrig war, sprach nach BGHSt 26, 167 außerdem, dass diese nach der Rechtsprechung des EGMR im Fall *Schenk* nicht gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK verstößt.¹⁰⁰⁴

b) Unzulässigkeit einer polizeilich initiierten Abhörfälle

Nach BGHSt 31, 304 bestand die Rechtswidrigkeit einer Abhörfälle durch einen im Auftrag der Polizei agierenden Informanten i.S.v. § 204 StGB fort, wenn eine richterliche Anordnung zur Abhörung und Aufzeichnung des Telefonats nach §§ 100a, 100b StPO durch einen Polizeibeamten als Rechtfertigungsgrund fehlte. Der Rechtsverstoß einer solchen Beweiserhebung sei außerdem schwerwiegend gewesen, weil der rechtsstaatliche Grundsatz des Schutzes vor Aussagezwang (§ 136 Abs. 1 Satz 2 StPO) sowie das Verbot, durch unzulässige Mittel wie Täuschung,

¹⁰⁰¹ BGHSt 14, 358, 359 f.

¹⁰⁰² BGHSt 14, 358, 360 = NJW 1960, 1580.

¹⁰⁰³ BVerfG NJW 1973, 892 f.

¹⁰⁰⁴ BGHSt 36, 167, 173; siehe auch BayObLG NJW 190, 197; *Kramer*, NJW 1990, 1760.

Drohung oder Misshandlung auf die Willensfreiheit des Beschuldigten nicht einzuwirken, verletzt worden seien. Insgesamt sei eine solche Abhörfalle unzulässig, weil der Beschuldigte unter Umgehung der richterlichen Anordnungsbefugnis durch einen V-Mann gezielt angerufen und mithilfe einer Täuschung unter Ausnutzung des bestehenden Vertrauensverhältnisses zu einer fernmündlichen Selbstbelastung veranlasst wird.¹⁰⁰⁵

c) Abweichung – BGHSt 39, 335

Der 2. Strafsenat distanzierte sich in BGHSt 39, 335 von BGHSt 31, 304 hinsichtlich der Zulässigkeit einer Abhörfalle, die sich im konkreten Fall lediglich dadurch unterschied, dass das Telefongespräch nicht aufgezeichnet, sondern von einem Polizeibeamten über einen Zweithörer abgehört und im Anschluss ein Vermerk darüber angefertigt wurde. Nach dem Senat lag in diesem Vorgehen weder ein Eingriff in das Grundrecht auf die Achtung des Fernmeldegeheimnisses nach Art. 10 Abs. 1 und 2 GG vor noch in das Persönlichkeitsrecht am eigenen Wort oder in andere Grundsätze eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens, etwa das Gebot des fairen Verfahrens, den Rechtsgedanken des § 136a StPO oder das Schweigerecht des Beschuldigten.¹⁰⁰⁶

Erstens falle ein vom Anschlussnutzer gestattetes Mithören nicht in den Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses.¹⁰⁰⁷ Aus diesem Grund stelle die unterlassene Einholung einer richterlichen Anordnung einer Telefonüberwachung keinen Verstoß gegen §§ 100a, 100b StPO dar.¹⁰⁰⁸ Die Rechtswidrigkeit der Abhörfalle sei zweitens im Gegensatz zu BGHSt 31, 304 nicht wegen eines Verstoßes gegen § 201 Abs. 2 Nr. 1 StGB anzunehmen, weil das hierdurch geschützte Rechtsgut, nämlich das Persönlichkeitsrecht eines Beschuldigten an der Vertraulichkeit seines nicht öffentlich gesprochenen Wortes, nicht tangiert wurde. Diese Vorschrift setze als Tatbestandsmerkmal voraus, dass das Abhören mit einem Gerät durchgeführt wird, das nicht eine übliche und von der Post zugelassene Mithöreinrichtung ist. Der Schutz der Privatsphäre eines Fernsprechteilnehmers durch § 201 Abs. 2 Nr. 1 StGB erfahre dementsprechend eine Ausnahme: Er müsse mit dem Vorhandensein und der Benutzung einer solchen einfachen Mithöreinrichtung rechnen. Und dies sei im konkreten Fall beim Abhören über einen Zweithörer zu bejahen.¹⁰⁰⁹ Ein polizeilicher Informationseingriff liege folglich nicht vor.¹⁰¹⁰

¹⁰⁰⁵ BGHSt 31, 304, 308 = BGH NStZ 1983, 466 = StV 1983, 230; in diese Richtung auch die heimliche Erhebung einer Stimmprobe BGHSt 34, 39 ff.

¹⁰⁰⁶ BGHSt 39, 335, 338 ff. = BGH NJW 1994, 596 = StV 1994, 58.

¹⁰⁰⁷ BGHSt 39, 335, 340; zustimmend *Lesch*, JA 1996, 632.

¹⁰⁰⁸ BGHSt 39, 335, 341.

¹⁰⁰⁹ BGHSt 39, 335, 343.

¹⁰¹⁰ BGHSt 39, 335, 344 f.

Drittens sei das Stellen einer Abhörfalle ebenfalls entgegen BGHSt 31, 304 keine Täuschung, und zwar weder unter dem Aspekt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Beschuldigten nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG noch i.S.v. § 136a StPO. Wie BGHSt 42, 139 nachfolgend erneut festgestellt wird, unterfalle die polizeiliche Vorgehensweise der erlaubten List.¹⁰¹¹ Viertens und schließlich sei die Freiheit des Beschuldigten aus dem Nemo-tenetur-Grundsatz, sich zum Tatvorwurf zu äußern oder zu schweigen, durch den polizeilich gezielt herbeigeführten Zustand, in dem der Beschuldigte den Adressaten seiner Aussagen nicht kennt, nicht verletzt. Diese Freiheit betreffe eher die Freiwilligkeit des Beschuldigten bei der augenblicklichen Äußerung, welche beim Aussagen gegenüber einer Privatperson zu zweifelfrei nicht verletzt worden sei. Der genannte Wissensmangel sei nach dem Senat nicht schutzwürdig, weil ein Beschuldigter damit rechnen müsse, dass eine Privatperson ihr anvertrautes Wissen unter Umständen doch den Ermittlungsbehörden mitteilen könne.¹⁰¹² Insofern sei die mit einer Beschuldigtenvernehmung funktional vergleichbare Abhörfalle nicht rechtswidrig gewesen, weil hierbei keine von der Rechtsordnung missbilligten unlauteren Mittel angewandt worden seien.¹⁰¹³

d) Aktuelle Rechtsprechung des BGH

Die Unzulässigkeit einer Abhörfalle wurde ein letztes Mal vom 5. Strafsenat unter dem Umgehungsaspekt sowie verfassungsrechtlichen Vorgaben des Nemo-tenetur-Grundsatzes festgestellt. Diese verdrängen nach dem Senat die Befugnisse von verdeckten Ermittlungspersonen dahingehend, dass der Beschuldigte einer abgeschlossenen Straftat nicht gezielt zur Umgehung seiner Entscheidungsfreiheit, ob er an seiner eigenen Überführung mitwirken will oder nicht, durch eine einfache Abhörfalle zu selbstbelastenden Äußerungen veranlasst werden darf.¹⁰¹⁴ Der Einsatz von verdeckten Ermittlungspersonen nach §§ 110a ff., § 161, § 163 StPO würde bei einer solchen Auslegung nicht gegenstandslos, denn entsprechend der auch vom Senat befürworteten grundsätzlichen Zulässigkeit der verdeckten Befragung eines Beschuldigten sowie der Entbindung von Belehrungsvorschriften des § 136 Abs. 1 StPO dürfen diese doch bei dem hier beschriebenen Umgehungsverbot zum

¹⁰¹¹ BGHSt 39, 335, 346 f.; a.A. LR-StPO-Gleiß, § 136 Rn. 93; Roxin, NStZ-Sonderheft 2009 für Miebach, S. 45; ders, FS für Waltoš, S. 245; Matt, GA 2006, 323; Bosch, Aspekte, S. 237; Eisenberg, S. 190 Rn. 571; Beulke, StV 1990, 183; eingehend zu Literaturmeinungen Eidam, S. 60 f.

¹⁰¹² BGHSt 39, 335, 346; a.A. Eidam, S. 369 f.

¹⁰¹³ BGHSt 39, 335, 348 f.; in diese Richtung auch BGHSt 40, 72, 71 f.; kritisch hiergegen etwa Eisenberg, NStZ 1994, 598 f.

¹⁰¹⁴ BGH NStZ 1995, 410 f.; Vorlagebeschluss NStZ 1996, 200; zustimmend Nack, 20. Strafverteidigertag, S. 244; Roxin, NStZ 1995, 467; Eisenberg, JR 2011, 411; zur Anwendung der Mitwirkungslehre auf eine verdeckte Befragung eines Beschuldigten siehe Weßlau, ZStW 110/1998, 28 f. und 32 f.; Wolffs, S. 95; Aselmann, S. 47; Lagodny, 20. Strafverteidigertag, S. 120.; Eidam, S. 369 f.

Einsatz kommen und Beweiserhebungen vornehmen.¹⁰¹⁵ Nach wie vor dürfen diese präventiv kriminelle Strukturen unterwandern, Hinweise und Tipps an die Ermittlungsbehörde weiterleiten und auch bei einer Befragung des Beschuldigten tatrelevante Angaben erlangen. Unverwertbar sei nach dem Umgehungsverbot in dem hier vertretenen Sinn nämlich nur der Inhalt des durch die Abhörfalle geführten Gesprächs. Eine Fernwirkung habe dieses Verwertungsverbot aber nicht. Auch Zwangsmaßnahmen zur Erlangung weiterer Beweise dürften auf dessen Grundlage angeordnet werden.¹⁰¹⁶

Der Große Senat wies diese Auslegung des 5. Senats ab und bestätigte das Ergebnis von BGHSt 39, 335. Danach seien die Durchführung einer verdeckten Befragung durch eine Abhörfalle sowie die Verwertbarkeit der dadurch erlangten Aussagen über §§ 110a ff., 161, 163 StPO mit der Folge umfasst, dass bei einer einfachen Abhörfalle weder die Belehrungspflichten des § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO noch das Täuschungsverbot des § 136a Abs. 1 Satz 2 StPO tangiert werden – abgesehen davon, dass hier zur Anwendbarkeit dieser Vorschriften keine formelle Vernehmung eines Beschuldigten vorliegt.¹⁰¹⁷ Über diesen Standpunkt herrsche in der Rechtsprechung seit Langem Klarheit, solange es um eine Tatprovokation geht. Die Erweiterung des Schutzzumfangs der Selbstbelastungsfreiheit auf irrtumsbedingte Veranlassungen zu tatrelevanten Äußerungen würde diesem Grundsatz außerdem einen Inhalt geben, der über § 136a StPO hinausgehe. Solange es um die Beweismittelfunktion des Beschuldigten als Auskunftsperson gehe, biete dieser Grundsatz lediglich Schutz vor Aussagezwang (Selbstbelastungsfreiheit im engeren Sinn), der hier fehle.¹⁰¹⁸ Dabei ordnete der Große Senat den Schutzbereich der Selbstbelastungsfreiheit in den zweiten Teil ein, nämlich das Mitwirkungsverbot; dabei handelt es sich um eine Selbstbelastungsfreiheit im weiteren Sinn, wonach der Beschuldigte gegen seinen eigenen Willen zur Mitwirkung an seiner eigenen Überführung nicht „in anderer Weise als durch Äußerungen“ gezwungen werden darf.¹⁰¹⁹ Indem der Große Senat die Inanspruchnahme des Beschuldigten als Beweismittel – entsprechend zwei unterschiedlichen Beweisfunktionen – verschiedenen Regeln unterwarf,

¹⁰¹⁵ BGH NStZ 1995, 410 f.; Vorlagebeschluss NStZ 1996, 200; zu der verbreiteten Literaturansicht für eine solch restriktive Auslegung der §§ 110a StPO siehe *Fezer*, NStZ 1996, 290; *Roxin/Schünemann*, S. 306 Rn. 5; ablehnend *Verrel*, S. 164.

¹⁰¹⁶ BGH NStZ 1995, 410 f.; Vorlagebeschl. NStZ 1996, 200; zu den Grenzen zulässiger Tätigkeiten eines Verdeckten Ermittlers in der verbreiteten abweichenden Literaturansicht siehe *Roxin*, NStZ-Sonderheft 2009 für Miebach, S. 45; *Müssig*, GA 2004, 101 f.; *Ostendorf*, FS für Roxin, S. 1338; *SK-StPO-Wolter*, § 110a Rn. 3a; *Eidam*, S. 107.

¹⁰¹⁷ BGHSt 42, 139, 146 ff.; so erneut BGH NStZ 2011, 596 f.; vgl. *Verrel*, S. 148.

¹⁰¹⁸ BGHSt 42, 139, 146 ff.; vgl. BVerfG 2 BvR 2438/08 v. 15.10.2009, Rn. 10; dem BGH zustimmend *Verrel*, S. 153 f.; kritisch hiergegen *Lagodny*, StV 1996, 169; *Roxin*, NStZ-Sonderheft 2009 für Miebach, S. 44; *ders.*, StV 2012, 132; *Klein*, S. 37; *Bosch*, Aspekte, S. 209; *ders.*, Jura 1998, 237; *Bernsmann*, StV 1996, 117; *Derksen*, JR 1997, 169; *Nack*, 20. Strafverteidigertag, S. 244; *Kraft*, S. 316.

¹⁰¹⁹ BGHSt 42, 139, 146 ff.

entzog er dem 5. Senat gleichzeitig das Argument zur Annahme einer Umgehung, dass eine Mitwirkung des Beschuldigten, sei es aufgrund seiner belastenden Äußerungen oder seiner Stimme, durch verdeckte Maßnahmen erzielt werde.¹⁰²⁰

5. Verdeckte Befragung

An der grundsätzlichen Zulässigkeit einer Veranlassung eines Beschuldigten durch eine Privatperson, sei es in Form einer Abhörfalle oder – wie im konkreten Fall – in Gestalt einer unmittelbaren verdeckten Befragung, hielt der BGH kürzlich in NSTz 2011, 596, auch unter Berücksichtigung der EGMR-Rechtsprechung fest. Das konventionrechtliche Schweigerecht eines Beschuldigten vor Täuschung sei nämlich nur dann geschützt, wenn die Täuschung eine beachtliche Intensität erreicht hat, wie beim Aushorchen des inhaftierten Beschuldigte im Fall *Allan* oder bei ähnlichen schweren Methoden. Dies habe der EGMR jedoch bei der verdeckten Befragung im Fall *Bykov* abgelehnt. Die konkrete Befragung ähnele diesem insofern im Ansatz, da die selbstbelastenden Äußerungen des Beschuldigten weder durch Zwang noch durch eine „psychologischem Druck“ gleichkommende Täuschung, die eine Verletzung des Schweigerechts begründen könnte, erlangt worden sind.¹⁰²¹

6. Aushorchungsfälle

Bereits vor der Übernahme der EGMR-Rechtsprechung benannte der Große Senat in BGHSt 42, 139 Fälle, die einen sogenannten Beinahe-Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Verbot des Aussagezwangs darstellen und gleichzeitig die Grenzen rechtsstaatlicher Erfordernisse eines Strafverfahrens überschreiten:¹⁰²² etwa die Aushorchung eines inhaftierten Beschuldigten durch seinen Zellengenossen¹⁰²³ oder die Ausforschung eines Beschuldigten durch eine „Romeofalle“.¹⁰²⁴ Dieser Maßstab wurde nun von BGHSt 52, 11 ff., unter Berücksichtigung der EGMR-Rechtsprechung bezüglich der konventionsrechtlichen Selbstbelastungsfreiheit dahingehend revidiert und umschrieben, dass ein von seinem Schweigerecht Gebrauch machender Beschuldigter nicht unter Ausnutzung eines besonderen

¹⁰²⁰ BGHSt 42, 139, 147 f.

¹⁰²¹ BGH NSTz 2011, 597 f.; kritisch gegenüber einem solchen Ansatz *Verrel*, FS für Puppe, S. 1634; vgl. *Ostendorf*, FS für Roxin, S. 1338.

¹⁰²² Kritisch gegenüber einem solchen Maßstab *Lisken*, NJW 1994, 2069; *Bernsmann*, StV 1996, 119; *Jahn*, JuS 2000, 441; *Verrel*, S. 151; *Roxin*, NSTz-Sonderheft 2009 für Miebach, S. 42; *Weßlau*, ZStW 110/1998, 15; *Engländer*, ZIS 3/2008, 164; *Bernsmann*, StV 1996, 116; *Kraft*, S. 350; *Müssig*, GA 2004, 92; *Renzikowski*, JZ 1997, 715 f.

¹⁰²³ So bereits BGHSt 34, 362; vgl. BGHSt 44, 129; siehe auch *Schneider*, NSTz 2001, 9; *Pawlik*, GA 1998, 386 f.

¹⁰²⁴ Vgl. *Pawlik*, GA 1998, 387.

Vertrauensverhältnisses beharrlich zu einer Aussage gedrängt werden darf und ihm nicht in einer vernehmungsmähnlichen Befragung Äußerungen zum Tatvorwurf entlockt werden dürfen.¹⁰²⁵ Auch ohne ein bereits aufgebautes Vertrauensverhältnis sowie einen zuvor angekündigten Gebrauch des Schweigerechts sah BGHSt 55, 138 ff. die Grenzmarke einer „unfairen Vernachlässigung der Selbstbelastungsfreiheit“ als überschritten an, da der Beschuldigte unter Ausnutzung begleitender belastender Umstände der Inhaftierung zu selbstbelastenden Äußerungen gedrängt worden war.¹⁰²⁶

D. Zwischenergebnisse zum Umgehungsverbot

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Aussagefreiheit des Beschuldigten vor verdecktem Veranlassen nur einen bedingten Schutz hat. Insbesondere im Fall einer unzulässigen Tatprovokation gewährt der BGH dem rechtswidrig provozierten sowie zur Selbstbelastung veranlassenen Beschuldigten keine Aussagefreiheit. Bei den weiteren Methoden der verdeckten Abschöpfung des Tatwissens eines Beschuldigten, der wegen einer bereits abgeschlossen Straftat verfolgt wird, ergibt sich aus der Rechtsprechung ein differenzierter Schutz. Während das einfache räumliche Abhören eines Beschuldigten zulässig ist, hat BGHSt 53, 294 ff., seinem räumlichen Abhören unter Berufung auf Art. 6 EMRK Grenzen gezogen, wenn die Umstände des Abhörens u.a. insbesondere schwerwiegende Täuschungsmomente aufweisen. Dagegen hat sich BGHSt 42, 139, hinsichtlich der Zulässigkeit verdeckter Befragung eines Beschuldigten durch die Stellung einer Abhörfalle gegen BGH NSTZ 1995, 410, auch nach der Übernahme der Rechtsprechung des EGMR durchgesetzt. Ebenfalls zur Bestätigung der Zulässigkeit geführt hat die genannte Übernahme bei der unmittelbaren verdeckten Befragung eines Beschuldigten durch eine Privatperson in BGH NSTZ 2011, 596. Sie hat dagegen die bereits von BGHSt 42, 139, angeführte kategorische Unzulässigkeit von Aushorchungsfallen gefestigt.

¹⁰²⁵ So auch BGH NSTZ 2009, 343; BeckOK-StPO-Hegmann, § 110c Rn. 6; Meyer-Gößner, § 110c Rn. 3; kritisch hiergegen Meyer-Mews, NJW 2007, 3142; SK-StPO-Rogall, § 136 Rn. 16; bei der Abgrenzung unzulässiger verdeckter Befragungsmethoden von den zulässigen stellen etwa Meyer-Gößner, § 136a Rn. 4a; KK-StPO-Diemer, § 136a Rn. 20; LR-StPO-Gleß, § 136 Rn. 94; Kretschmer, HRRS 7–8/2010, 344 nach dieser Rechtsprechung eine Verschiebung vom Zwangselement auf Täuschung fest, wenn der Beschuldigte bereits zum Ausdruck gebracht hat, von seinem Schweigerecht Gebrauch machen zu wollen; vgl. Verrel, FS für Puppe, S. 1640 f., nach dem der BGH von einem gemischten Konzept ausgehe, das sowohl die Ausübung von psychischem Druck als auch das besondere Täuschungsmoment wegen der „Hinterhältigkeit des Vorgehens und des Ausmaßes an seiner Perfidität“ berücksichtige. Entscheidend solle hier das Kriterium der „Risikoverteilung“ sein; vgl. bereits Pawlik, GA 1998, 385 f.

¹⁰²⁶ Zustimmung, dass eine vorausgegangene Geltendmachung nicht entscheidend ist, Kretschmer, HRRS 7–8/2010, 347; Verrel, FS für Puppe, S. 1641; Roxin, NSTZ-Sonderheft 2009 für Miebach, S. 43; so bereits Rogall, NSTZ 2008, 112; Bosch, JA 2007, 904.

Nachdem in Teil III. und Teil IV. die Grenzen der offenen oder verdeckten Erhebung von Aussagen eines Beschuldigten dargelegt wurden, stellt sich entsprechend dem eingangs vorgestellten Gegenstand der vorliegenden Arbeit nun die Frage nach ergänzenden Schutzrechten bei einer polizeilichen Vernehmung.

V. Ergänzende Schutzrechte

Die ergänzenden Schutzrechte lassen sich in zwei Gruppen unterteilen; in Informationsrechte einerseits (A.) und das Recht auf Verteidigerbeistand andererseits (B.).

A. Informationsrechte

Informationsrechte eines Beschuldigten, die ihm für eine wirksame Ausübung seiner Aussagefreiheit bei der polizeilichen Vernehmung zur Seite stehen, sind die Belehrungen über die gegen ihn erhobenen Beschuldigungen (1.), über die Aussagefreiheit (2.) sowie über das Verteidigerkonsultationsrecht (3.).

1. Belehrung über Beschuldigungen

a) Allgemeine Belehrung

Dem Beschuldigten sind bei seiner Vernehmung gem. § 136 Abs. 1 Satz 1 StPO der Tatvorwurf und die dafür in Betracht kommenden Strafvorschriften zu eröffnen. Bei der polizeilichen Vernehmung kann von der genauen rechtlichen Beschreibung der Tat nach § 163a Abs. 4 Satz 1 StPO abgesehen werden.¹⁰²⁷ So muss etwa bei Tötungsdelikten nicht zwischen Mord und Totschlag unterschieden werden.¹⁰²⁸

Bei der Eröffnung des Tatvorwurfs läuft der Vernehmende aus ermittlungstaktischer Perspektive Gefahr, dem Beschuldigten auch einzelne Ermittlungsergebnisse, insbesondere Beweistatsachen und -mittel offenzulegen. Der BGH räumt den Ermittlungsorganen daher einen gewissen Beurteilungsspielraum ein, über den Umfang der Eröffnung so zu entscheiden, dass einerseits das Recht des Beschuldigten auf Belehrung über den ihm vorgeworfenen Sachverhalt gewahrt und andererseits der Ermittlungserfolg nicht unangemessen gefährdet wird.¹⁰²⁹ Jedenfalls

¹⁰²⁷ Für den Wortlaut dieser Vorschrift siehe Anhang: Gesetzestexte.

¹⁰²⁸ BGH 1 StR 623/11 Beschl. v. 06.03.2012, HRRS 2012 Nr. 423, Rn. 30; kritisch hiergegen *Bosch*, Aspekte, S. 144.

¹⁰²⁹ BGH 1 StR 623/11 Beschl. v. 06.03.2012, HRRS 2012 Nr. 423, Rn. 32; auf die Berücksichtigung von Erfordernissen einer wirksamen Verbrechensbekämpfung hinweisend

ist ihm der Sachverhalt in groben Zügen zu eröffnen.¹⁰³⁰ Mitteilungen, die sich ohne Bezugnahme auf die konkreten Umstände des Falles schlagwortartig auf die Nennung eines Delikts – etwa Diebstahl, Raub oder Betrug – beschränken, genügen dieser Anforderung jedoch nicht.¹⁰³¹

In diesem Zusammenhang können Vernehmungsbeamte zur Vorbeugung einer Beeinträchtigung von Beweismitteln dem Beschuldigten einige Ermittlungsergebnisse vorenthalten.¹⁰³² Dies steht auch mit dem Täuschungsverbot des § 136a Abs. 1 Satz 1 StPO im Einklang, welches grundsätzlich eine bewusste und wahrheitswidrige Vorspiegelung von Tatsachen durch aktives Tun voraussetzt, worunter das Verschweigen von Ermittlungsergebnissen nicht fällt.¹⁰³³ Unzulässig ist es dagegen, den Beschuldigten in Wahrheit über eine andere Tat als den angeblichen Gegenstand der Vernehmung zu befragen. Er muss stets wissen, wozu er sich im Fall des Aussagens einlässt.¹⁰³⁴

Schließlich sieht der BGH den Verstoß gegen § 136 Abs. 1 Satz 1 StPO erst dann als erheblich an, wenn die nicht mitgeteilte Tatsache, im konkreten Fall der mittlerweile eingetretene Tod des brutal niedergeschlagenen Opfers, auf das Aussageverhalten des Beschuldigten Einfluss genommen hat. Das sei trotz des fehlerhaften Verstoßes des Vernehmungsbeamten gegen die Eröffnungspflicht nicht gegeben, weil der Beschuldigte selbst angesichts der Umstände des Einzelfalles auf diese Idee kommen könnte, zumal der Beamte weder ausdrücklich noch sinngemäß das Gegenteil zum Ausdruck brachte. Das Informationsdefizit des Beschuldigten bei einer Vernehmung muss dementsprechend tatsächlich und rechtlich relevant sein.¹⁰³⁵

auch *Meyer-Goßner*, § 136 Rn. 6; *KMR-Pauckstadt-Maihold*, § 136 Rn. 8; *BeckOK-StPO-Monka*, § 136 Rn. 6.

¹⁰³⁰ BGH 1 StR 623/11 Beschl. v. 06.03.2012, HRRS 2012 Nr. 423, Rn. 32; FG Mecklenburg-Vorpommern Ur t. v. 21.08.2002 3 K 284/00, IWW; AG Backnang Beschl. v. 19.09.2012 – 2 Ls 90 Js (*Burhoff*).

¹⁰³¹ AG Backnang Beschl. v. 19.09.2012 – 2 Ls 90 Js (*Burhoff*); *Meyer-Goßner*, § 136 Rn. 6; *KMR-Pauckstadt-Maihold*, § 136 Rn. 8; *BeckOK-StPO-Monka*, § 136 Rn. 6; *LR-StPO-Gleiß*, § 136 Rn. 21.

¹⁰³² *LR-StPO-Gleiß*, § 136 Rn. 22; *SK-StPO-Rogall*, § 136 Rn. 38; *Bosch*, Aspekte, S. 145.

¹⁰³³ BGH 1 StR 623/11 Beschl. v. 06.03.2012, HRRS 2012 Nr. 423, Rn. 32 ff.; BGH NSTz 1990, 447; siehe außerdem oben Kap. 3, III.C.3.c).

¹⁰³⁴ FG Mecklenburg-Vorpommern Ur t. v. 21.08.2002 3 K 284/00, IWW; *LR-StPO-Gleiß*, § 136 Rn. 103; ähnlich *Eser*, ZStW 86/1974-Beiheft, 139.

¹⁰³⁵ BGH 1 StR 623/11 Beschl. v. 06.03.2012, HRRS 2012 Nr. 423, Rn. 32 ff.

b) Belehrung bei Freiheitsentzug

Neuerdings hat der Gesetzgeber durch das Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts vom 29.7.2009,¹⁰³⁶ das am 1.1.2010 in Kraft trat, weitere Unterrichtungspflichten aufgrund europäischer Vorgaben (hierzu gleich unten) eingeführt.¹⁰³⁷ Sachlicher Ausgangspunkt der neuen Regelungen sind die besonderen Informationsbedürfnisse einer Person zur Wahrung ihrer Interessen, deren Freiheit durch die polizeilichen Ermittlungsorgane wegen eines Haftbefehls (vgl. §§ 112 ff., 230 Abs. 2, 236, 329 Abs. 4 und 412 StPO) oder nach §§ 127, 127b sowie nach §§ 163b, 163c StPO entzogen ist.¹⁰³⁸ Diese Vorschriften enthalten neue Erfordernisse im Hinblick auf Inhalt, Umfang, Form, Zeitpunkt sowie Sprache der Unterrichtung. So ist einem Beschuldigten bei der Verhaftung nach § 114a Satz 1 StPO eine Abschrift des Haftbefehls auszuhändigen, die in der Ausführlichkeit den Erfordernissen des § 114 StPO Genüge leistet, wobei der exakte Zeitpunkt der Aushändigung unklar ist.¹⁰³⁹ Ist die Aushändigung der Abschrift nicht möglich, etwa weil eine Übersetzung für den der deutschen Sprache nicht mächtigen Beschuldigten noch nicht vorhanden ist,¹⁰⁴⁰ so ist ihm bei der Verhaftung unverzüglich in einer für ihn verständlichen Sprache mündlich mitzuteilen, welches die Gründe für die Verhaftung sind und welche Beschuldigungen gegen ihn erhoben werden (vgl. Art. 5 Abs. 2 EMRK und § 136 Abs. 1 Satz 1 StPO). Die wichtigen Garantien der Unterrichtungspflicht, nämlich der Ausführlichkeit und Schriftlichkeit, gegebenenfalls in übersetzter Form, sind nach § 114a Satz 3 StPO in diesem Fall unverzüglich nachzuholen. Nach der entsprechenden Anwendung des § 114a StPO bezieht sich die Belehrung im Fall der vorläufigen Festnahme und des Festhaltens zum Zweck der Identitätsfeststellung auf die Gründe dieser Ermittlungsakten und ebenfalls auf die gegen ihn erhobenen Beschuldigungen (§§ 127 Abs. 4, 127b Abs. 1 Satz 2 und 163c Abs. 1 StPO).

c) Ergebnisse

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass der Beschuldigte bei der polizeilichen Vernehmung im Allgemeinen sowie im Besonderen bei seinem Freiheitsentzug auf der Grundlage mehrerer oben genannter Vorschriften über die gegen ihn erhobenen Beschuldigungen zu belehren ist. Allerdings ist es in der Rechtsprechung nicht anerkannt, dass diese Belehrung ein Erfordernis seines Rechts auf

¹⁰³⁶ BGBl I, S. 2274.

¹⁰³⁷ Hierzu siehe außerdem BT-Drucksache 16/11644 S. 13 und 15; *Weider*, StV 2010, 102 ff.

¹⁰³⁸ BT-Drucksache 16/11644 S. 15.

¹⁰³⁹ BT-Drucksache 16/11644 S. 16; für den Wortlaut dieser Vorschrift siehe Anhang: Gesetzestexte.

¹⁰⁴⁰ BT-Drucksache 16/11644 S. 16.

Aussagefreiheit ist. Die Zurückhaltung des BGH lässt sich insbesondere daran erkennen, dass er bei Verstößen gegen § 136 Abs. 1 Satz 1 StPO ein tatsächliches Informationsdefizit des Beschuldigten verlangt.

2. Belehrung über die Aussagefreiheit

a) *Notwendigkeit einer Belehrung*

Anerkannt ist es in der Rechtsprechung dagegen, dass der Belehrung des Beschuldigten über seine Aussagefreiheit der Gedanke einer vorsorglichen und fürsorglichen Verfahrensführung im Einklang mit dem Grundsatz eines fairen Verfahrens zugrunde liegt.¹⁰⁴¹ Denn die StPO geht davon aus, dass dieses Recht nicht allgemein bekannt ist und der Beschuldigte gerade bei der ersten Vernehmung durch die Polizei im Vergleich zu den Verhältnissen in der Hauptverhandlung aufgrund seiner unvorbereiteten, ratlosen, von der vertrauten Umgebung abgeschnittenen, durch die Ereignisse verwirrten und durch die ungewohnte Umgebung bedrückten oder verängstigten Situation in größerem Maße der Gefahr ausgesetzt ist, sich unbedacht selbst zu belasten. Dabei sind seine ersten Angaben für den weiteren Verlauf des Verfahrens und seine Verteidigungsmöglichkeiten richtungsweisend.¹⁰⁴² Trotz dieser eindeutigen Stellung des Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung berücksichtigt der BGH die Kenntnis des Beschuldigten von seinem Schweigerecht bei der Folge eines Verstoßes gegen die Belehrungspflicht dahingehend, dass ein Beweisverwertungsverbot ausnahmsweise nicht anzunehmen ist.¹⁰⁴³

Nicht zuletzt wegen einer solchen einschneidenden Rechtsfolge im Strafprozess ist die Frage von großer Bedeutung, wann eine entsprechende Belehrung zu erteilen ist. Die StPO knüpfte dies seit ihrem Erlass nur in § 136 Abs. 1 Satz 1 StPO daran, dass die Auskunftsperson bei ihrer Vernehmung den Status eines Beschuldigten erlangt hat. Nach der Anerkennung der genannten Konsequenz einer unterbliebenen Belehrung folgte in der Rechtsprechung sowie im Schrifttum eine beachtliche Auseinandersetzung mit der Frage der Erlangung des Beschuldigtenstatus (b)) sowie des Vernehmungsbegriffs (c)), auf die im Folgenden einzugehen ist. Neuerdings erfährt die StPO durch Einführung europäischer Vorgaben eine zweite Entwicklung bei der Frage der Beschuldigtenbelehrung bei der polizeilichen Vernehmung nach §§ 136, 163a Abs. 4 Satz 2 StPO, welche u.a. den Zeitpunkt der Belehrung eines Beschuldigten über die Aussagefreiheit sowie sein Recht auf Verteidigerkonsultation durch die Polizei einschließt (d)).

¹⁰⁴¹ BGHSt 38, 214, 221.

¹⁰⁴² BGHSt 38, 214, 221 f.

¹⁰⁴³ BGHSt 38, 214, 224; BGH NJW 2002, 976.

b) Beschuldigtenstatus

aa) Ausgangspunkt

Die StPO schreibt vor, dass die Strafverfolgungsorgane Ermittlungen einzuleiten haben, wenn zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für den Verdacht einer Straftat vorliegen (§§ 152 Abs. 2, 160 Abs. 1 StPO).¹⁰⁴⁴ Damit bildet ein hinreichender Tatverdacht die Grundlage jedes Ermittlungsverfahrens, wenn auch zunächst gegen Unbekannt.¹⁰⁴⁵ Eine Person kann daher ohne eine vorherige Belehrung über ihre Rechte nach § 136 StPO informatorisch befragt werden, wenn überhaupt kein Verdacht einer Straftat vorliegt¹⁰⁴⁶ oder die Ermittlungsorgane einem solchen erst nachgehen.¹⁰⁴⁷ Hat sich der Verdacht für die Ermittlungsorgane gegen eine bestimmte Person konkretisiert,¹⁰⁴⁸ so erlangt nach dem BGH der nun personifizierbare Verdächtige doch nicht zugleich den Beschuldigtenstatus, solange er als Auskunftsperson befragt wird.¹⁰⁴⁹ Dass das Verdächtigsein ohne Weiteres diesen Status nicht zu begründen vermag, lasse sich u.a. an § 60 Nr. 2 StPO erkennen, der die uneidliche Vernehmung eines sogenannten verdächtigten Zeugen vorsieht.¹⁰⁵⁰ Daher ist es nach dem BGH statthaft, dass eine „zum Kreis der Tatverdächtigten gehörende“ Person informatorisch befragt wird, um zu klären, ob gegen sie förmlich als Beschuldigte zu ermitteln ist.¹⁰⁵¹ Der Verdächtige wird damit zu einer „personalen

¹⁰⁴⁴ OLG Hamm 3 Ss 786/98 (*Burhoff*); LG Stuttgart NStZ 1985, 568, 569; zum Anfangsverdacht des § 152 Abs. 2 StPO unter Berücksichtigung der Begründung des Beschuldigtenstatus eingehend *Hellmann*, FS für Kühne, S. 238 ff.

¹⁰⁴⁵ *Rieß*, JA 1980, 298; *Lesch*, JA 1995, 160; *Bringewat*, JZ 1981, 294; *Verrel*, S. 137.

¹⁰⁴⁶ So bei allgemeinen Verkehrskontrollen BayObLG NZV 2003, 435; KG Beschl. v. 05.06.2009 2 Ss 131/09, IWW.

¹⁰⁴⁷ OLG Köln Beschl. v. 09.01.2001 Ss 477/00 Rn. 24; siehe auch OLG Zweibrücken BeckRS 2010, 20170; BayObLG NStZ-RR 2005, 175; BayObLG NZV 2003, 435 f.; eingehend zu solchen Fällen in der Praxis *Moormann*, S. 7 ff.; zum Begriff der informatorischen Befragung siehe eingehend *Verrel*, S. 137 f.

¹⁰⁴⁸ Vgl. BayObLG NZV 2003, 435 f.; *Lesch*, JA 1995, 159; SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 17.

¹⁰⁴⁹ BGH-Nack Urt. v. 30.01.2001 – 1 StR 454/00; BGH BeckRS 2004, 03400; so auch wohl die h.M. *Roxin*, FS für Schöch, S. 825; *Hellmann*, FS für Kühne, S. 240; *Beulke*, S. 69 Rn. 111; *Kleinknecht*, Kriminalistik 1965, 451 f.; *Rogall*, NStZ 1997, 400; *Lesch*, JA 1995, 157; *Kraft*, S. 298; *Klein*, S. 10; *Volk*, S. 36 Rn. 1; *Mäder*, S. 98.

¹⁰⁵⁰ BGH NStZ 2008, 48; KMR-Pauckstadt-Maihold, Vor. §§ 133 ff. Rn. 2; KK-StPO-Diemer, § 136 Rn. 4; SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 11; *Klein*, S. 9 f.; *Roxin*, FS für Schöch, S. 825; *Beulke*, S. 69 Rn. 111.

¹⁰⁵¹ BGHSt 45, 367, 371 f.; SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 11; KK-StPO-Diemer, § 136 Rn. 4; *Verrel*, S. 138; *von Heintschel-Heinegg*, JA 2008, 151; im Grundsatz einer formlosen Befragung des Verdächtigten zur Klärung des Tatverdachts zustimmend *Helgerth*, S. 185; *Brunns*, FS für Schmidt-Leichner, S. 1; *Rieß*, JA 1980, 298; *Lesch*, JA 1995, 157; *Kraft*, S. 298; *Gruber*, S. 23; für die Schaffung eines selbstständigen Verdächtigtenstatus als schweigeberechtigte Auskunftsperson sui generis *Bringewat*, JZ 1981, 294; *Brunns*, FS für Schmidt-Leichner, S. 2 ff.; ablehnend SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 13; *Meyer-Göfner*, Einl. Rn. 7; *Volk*, S. 37 Rn. 5.

Vorstufe“ des Beschuldigten gemacht.¹⁰⁵² Die Rechtmäßigkeit einer formlosen informatorischen Befragung sowie der Vernehmung eines verdächtigten Zeugen wird dementsprechend durch das Fehlen eines personifizierten Tatverdachts und/oder des Beschuldigtenstatus begründet.¹⁰⁵³ Im Ergebnis bedeutet das, dass der zunächst rechtmäßig informatorisch oder zeugenschaftlich befragte spätere Beschuldigte in Übereinstimmung mit der verfassungsrechtlichen Selbstbelastungsfreiheit durch seine Äußerungen zu seiner eigenen Überführung beitragen kann, obwohl er über sein Recht nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO mangels einfachgesetzlicher Förmlichkeiten nicht belehrt worden war.¹⁰⁵⁴

Um die Beschuldigteneigenschaft einer Auskunftsperson zu bejahen, bedarf es nach dem BGH vielmehr eines Willensaktes der Ermittlungsorgane, das Verfahren gegen einen Tatverdächtigen als Beschuldigten zu führen.¹⁰⁵⁵ Dabei stehe ihnen ein pflichtgemäßer Beurteilungsspielraum zur Verfügung, darüber zu entscheiden, ob sich der Grad des Tatverdachts gegen jemanden so verdichtet hat, dass er nun als Täter oder Teilnehmer einer Straftat zu verfolgen ist (sog. subjektive Beschuldigtentheorie).¹⁰⁵⁶ Die Beschuldigteneigenschaft hängt hiernach grundsätzlich von einem ausdrücklichen subjektiven Willensakt der Ermittlungsorgane ab, wobei diese beim Vorliegen eines starken Tatverdachts verpflichtet sind, nach § 136 StPO vorzugehen, also den Verdächtigten als Beschuldigten über seine Rechte zu belehren.¹⁰⁵⁷

bb) Erste Revision der subjektiven Beschuldigtentheorie

Die subjektive Beschuldigtentheorie wird von der Literatur heftig kritisiert. Angeführt werden grundsätzlich die erhöhte Gefahr einer Umgehung von Belehrungsvorschriften und die Rechtsunsicherheit eines Ansatzes, der primär auf einen subjektiven und explizit zum Ausdruck zu bringenden Beschuldigungsakt abstellt. Die Beschuldigteneigenschaft solle vielmehr an dem objektiven Kriterium angeknüpft

¹⁰⁵² SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 13; *Bruns*, FS für Schmidt-Leichner, S. 12.

¹⁰⁵³ Vgl. SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 43; *KMR-Pauckstadt-Maihold*, Vor. §§ 133 ff. Rn. 8; *Kindhäuser*, S. 66; *Beulke*, S. 71 Rn. 113; *Volk*, S. 38 Rn. 6; *Artkämper/Schilling*, S. 4; *Moormann*, S. 50; *ter Veen*, StV 1983, 293.

¹⁰⁵⁴ *Roxin*, Isr. L. Rev. 31/1997, 86; StK-StPO-Joecks, § 136 Rn. 3a; *Klein*, S. 20; vgl. *Bosch*, Aspekte, S. 250 ff.; *Eisenberg*, S. 171 Rn. 509a; *ter Veen*, StV 1983, 296.

¹⁰⁵⁵ BGH-Nack Urt. v. 30.01.2001 – 1 StR 454/00; BVerfG NJW 1996, 3072; OLG Hamm 3 Ss 786/98 (*Burhoff*); zum Erfordernis eines sog. Inkulpatationsakts eingehend *Fincke*, ZStW 95/1983, 937 ff.; siehe auch *Kraft*, S. 302; *Lesch*, JA 1995, 158; *Gruber*, S. 23; *Eisenberg*, S. 170 Rn. 505; *Schmidt-Leichner*, NJW 1965, 1310 Fn. 10a); *Beulke*, StV 1990, 181; SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 16; *ders.*, NSiZ 1997, 400; *Klein*, S. 10; *Hellmann*, FS für Kühne, S. 241.

¹⁰⁵⁶ BGH Urt. v. 21. Juli 1994 – 1 StR 83/94 = BGHR StPO § 136 Belehrung 6; BGH NSiZ 1990, 446 f.; SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 17; *Volk*, S. 36 Rn. 2; *Beulke*, StV 1990, 181; a.A. *Kleinknecht*, Kriminalistik 1965, 452; *Rieß* JA 1980, 297; vgl. *Helgerth*, S. 185; *Salger*, S. 76.

¹⁰⁵⁷ *Beulke*, StV 1990, 181; *Artkämper*, StRR 2007, 224 f.

werden, ob die Ermittlungsorgane der Sache nach gegen einen Verdächtigen ermitteln bzw. in den Augen eines objektiven Betrachters ein Einschreiten der Ermittlungsbehörden gem. § 152 Abs. 2 StPO geboten ist (objektive Beschuldigten-theorie).¹⁰⁵⁸

Im weiteren Verlauf seiner Rechtsprechung gelangte der BGH wohl in Anbetracht der genannten Kritik zu dem Standpunkt, dass der Verfolgungswille der Ermittlungsorgane nicht unbedingt ausdrücklich nach außen bzw. dem Beschuldigten bekanntgegeben werden muss. Dieser lasse sich entsprechend den Grundgedanken des § 397 Abs. 1 AO auch konkludent annehmen, wenn die Strafverfolgungsbehörde faktisch Maßnahmen ergreift, die erkennbar darauf abzielen, gegen ihn wegen einer Straftat vorzugehen (kombinierte Beschuldigten-theorie).¹⁰⁵⁹ Konkludenter Verfolgungswille und somit der Beschuldigtenstatus nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO sind nach der Rechtsprechung des BGH in den folgenden Fällen regelmäßig anzunehmen: das Stellen einer Abhör-falle durch eine im Auftrag der Polizei agierende Privatperson;¹⁰⁶⁰ das Gespräch, das der Beamte mit einem Verdächtigen, selbst bei einem vergleichsweise geringen Grad des Verdachts, im Kraftfahrzeug der Polizei zur Dienststelle führt; die vorläufige Festnahme; die Durchsuchung beim Verdächtigen;¹⁰⁶¹ der Antrag auf ermittelungsrichterliche Vernehmung eines zunächst polizeilich vernommenen Belastungszeugen zur Aussagesicherung gegen einen Verdächtigen nach § 162 Abs. 1 StPO¹⁰⁶² oder Antrag auf Haftbefehl.¹⁰⁶³ Dagegen erweist sich die amtliche Vernehmung einer Auskunftsperson als solche ungeeignet, um einen entsprechenden Willensakt der Ermittlungsorgane festzustellen. Denn die StPO sieht auch die Vernehmung von Zeugen vor.¹⁰⁶⁴ Allein die Ent-

¹⁰⁵⁸ Vgl. *Kraft*, S. 301 ff.; *Klein*, S. 15; *Peters*, S. 201; *Bosch*, Aspekte, S. 155; *Lesch*, JA 1995, 158.

¹⁰⁵⁹ BGHSt 38, 214, 228; BGH NStZ 1997, 398 f.; BGHSt 51, 150, 157; bestätigt in BVerfG NJW 2000, 3776; einen kombinierten Ansatz befürwortet wohl auch die h.M. *Meyer-Gofner*, Einl. Rn. 76 f.; StK-StPO-*Joecks*, Einl. Rn. 79; LR-StPO-*Gleß*, § 136 Rn. 5; KMR-*Pauckstadt-Mailhold*, Vor. §§ 133 ff. Rn. 3; *Kraft*, S. 305 f.; *Kindhäuser*, S. 62 f.; *Klein*, S. 18 f.; *Beulke*, S. 70 Rn. 112; *Volk*, S. 37 Rn. 3; *Eisenberg*, S. 170 Rn. 505; zum Erfordernis eines sog. Inkulpatationsakts eingehend *Fincke*, ZStW 95/1983, 937 ff.

¹⁰⁶⁰ BGH NStZ 1996, 200; siehe auch BGHSt 31, 304 ff.; BGHSt 39, 335 ff.; LG Stuttgart NStZ 1985, 568 f.

¹⁰⁶¹ Vgl. BGH NStZ 1990, 446 f.; BGHSt 38, 214, 228; BGHSt 42, 391, 393; BGH NStZ 1997, 398 f.; vgl. BGH NStZ 2009, 281; siehe auch *Roxin*, FS für Schöch, S. 829; *Hellmann*, FS für Kühne, S. 236; *Klein*, S. 14; *Beulke*, S. 70 Rn. 112; *Kiehl*, NJW 1993, 502.

¹⁰⁶² BGHSt 51, 150, 156 f.

¹⁰⁶³ OLG Frankfurt NStZ 1988, 425, 426; *Beulke*, StV 1990, 181 f. (auch „Untersuchung und erkennungsdienstliche Behandlung“ nach §§ 81a, b StPO); siehe auch *Roxin*, JR 2008, 16, der §§ 81, 81a, 81b, 112 ff., 127 II StPO dazu zählt.

¹⁰⁶⁴ BGH NStZ 1990, 446, 447; OLG Frankfurt NStZ 1988, 425, 426; *Volk*, S. 36 Rn. 1; *Hellmann*, FS für Kühne, S. 243.

gegennahme einer Strafanzeige sowie eine sich daran anschließende Vernehmung begründen ebenso wenig den Beschuldigtenstatus nach § 136 Abs. 1 StPO.¹⁰⁶⁵

Obschon die Rechtsprechung die Voraussetzung des subjektiven Verfolgungswillens dadurch teilweise objektiviert hatte,¹⁰⁶⁶ blieb weiterhin klärungsbedürftig und umstritten, wann in einem konkreten Fall die erforderliche Stärke des Tatverdachts erreicht ist¹⁰⁶⁷ – insbesondere dann, wenn keine konkludenten Maßnahmen in dem genannten Sinn vorlagen.¹⁰⁶⁸ Fehle nach dem BGH bei einem Tötungsdelikt ein einschlägiges Tatmotiv, so impliziere die Mitnahme auf die Polizeidienststelle zur Zeugenvernehmung keinen konkludenten Verfolgungswillen.¹⁰⁶⁹ Die Beschuldigteneigenschaft eines Fahrzeughalters ist dagegen grundsätzlich anzunehmen, wenn das in eine Straftat verwickelte Fahrzeug ermittelt ist.¹⁰⁷⁰ Ob der in einem Fahrzeug wahrgenommene Alkoholgeruch die Beschuldigteneigenschaft des darin sitzenden Fahrers begründet, war allerdings nach der ersten Form der kombinierten Beschuldigtentheorie umstritten.¹⁰⁷¹

cc) Letzte Revision

Der BGH hat seine Rechtsprechung in BGHSt 51, 367 weiter konkretisiert und beschuldigtenfreundlich gelockert, wobei es grundsätzlich bei der kombinierten Beschuldigtentheorie geblieben ist.¹⁰⁷² Hiernach erfordert die Beschuldigteneigenschaft nach wie vor einen subjektiven Verfolgungswillen der Strafverfolgungsorgane, der an objektiven Umständen des Falles zu erkennen ist. Wie die bisherige Rechtsprechung bereits erarbeitet hat, besteht kein Zweifel an dem manifestierten Verfolgungswillen der Ermittlungsorgane, wenn ein förmliches Ermittlungsverfahren gegen den Betroffenen eingeleitet wird (ausdrücklicher Verfolgungswille¹⁰⁷³) oder strafprozessuale Maßnahmen gegen ihn vorgenommen werden, welche nur gegenüber einem Beschuldigten zulässig sind oder an einen Tatverdacht anknüpfen

¹⁰⁶⁵ OLG Hamm Beschl. v. 10.09.1998 3 Ss 786/98 (*Burhoff*).

¹⁰⁶⁶ LR-StPO-Gieß, § 136 Rn. 5.

¹⁰⁶⁷ Vgl. BGH 4 StR 475/03 Urt. v. 25.02.2004, HRRS 2004 Nr. 311 Rn. 28; *Lesch*, JA 1995, 159; *Kraft*, S. 299.

¹⁰⁶⁸ So ausdrücklich *Roxin*, FS für Schöch, S. 824, der eine vollständige Leistungsfähigkeit des § 397 Abs. 1 AO bezweifelt.

¹⁰⁶⁹ BGH NStZ-RR 2004, 378 f.

¹⁰⁷⁰ Vgl. OLG Karlsruhe NZV 1994, 123; OLG Oldenburg NStZ 1995, 412; LG Koblenz NZV 2002, 422; AG Bayreuth NZV 2003, 202 f.; AG Ellwangen, Blutalkohol 2005, 497 f.; OLG Hamm BeckRS 2009, 14282; OLG Stuttgart BeckRS 2009, 86318.

¹⁰⁷¹ Bejahend OLG Oldenburg Beschl. v. 08.02.1993 SS 487/92; OLG Stuttgart NStZ 1997, 405; StV 2001, 288 f.; ablehnend BayObLG NZV 2003, 435 f.; vgl. BayObLG NStZ-RR 2005, 175.

¹⁰⁷² So auch *Roxin*, JR 2008, 16.

¹⁰⁷³ Vgl. *Roxin*, FS für Schöch, S. 828 („ausdrückliche Inculpation“); siehe auch *Hellmann*, FS für Kühne, S. 241 f.

(konkludenter Verfolgungswille).¹⁰⁷⁴ Dabei soll der bereits in der Rechtsprechung anerkannte Vorbehalt bezüglich mehrdeutiger Maßnahmen, etwa Vernehmungen, weiterhin gelten. Die Vernehmung eines Verdächtigten sei ebenso nach wie vor zulässig und weise keinen stillschweigenden Verfolgungswillen allein dadurch auf, dass der Vernommene mit dem Tatverdacht konfrontiert wird.¹⁰⁷⁵ Der BGH konkretisierte hierbei die Stärke des Tatverdachts als Schutzvorkehrung zur Umgehung von Beschuldigtenrechten durch eine Zeugenvernehmung dahingehend, dass „hinreichend gesicherte Erkenntnisse hinsichtlich Tat und Täter“ nun genügen (verdachtsbasierter Verfolgungswille¹⁰⁷⁶). Ein lediglich auf kriminalistischer Erfahrung basierender Tatverdacht falle dagegen nicht hierunter.¹⁰⁷⁷

Schließlich erkannte der BGH an, dass ein Verfolgungswille unter weiteren Umständen angenommen werden kann. Um einen Verdächtigten vor Selbstbelastungen im Rahmen einer Zeugenvernehmung zu schützen, lässt sich der genannte Wille auch „aus dem Ziel, der Gestaltung und den Begleitumständen der Befragung“ (situativer Verfolgungswille¹⁰⁷⁸) entnehmen, wobei es hier außerdem auf die Sicht des Vernommenen ankommen kann.¹⁰⁷⁹ Dient eine Vernehmung vornehmlich dazu, den Befragten, von dessen mutmaßlicher Täterschaft der Vernehmungsbeamte überzeugt ist, zu überführen, indem man seine „Schwachstellen“ in der Aussage herausarbeitet und ihn dadurch zu einem Geständnis bewegt, so ist seine Beschuldigteneigenschaft zu bejahen.¹⁰⁸⁰

dd) Ergebnisse

Schaut man die folgende Rechtsprechung des BGH an, so ergibt sich, dass der verdachtbasierte Verfolgungswille weiterhin im Zentrum seiner Beurteilung steht,¹⁰⁸¹

¹⁰⁷⁴ BGHSt 51, 367, 370 f. = StV 2007, 450 = JR 2008, 39; zur Anmerkung zum Urteil siehe *Mikolajczyk*, ZIS 2007, 565; *Roxin*, JR 2008, 16; *Artkämper*, StRR 2007, 224; Fortsetzung in NStZ 2008, 48 f.; NStZ 2009, 281 f.; vgl. *Roxin*, FS für Schöch, S. 828 („konkludente Inculpation“).

¹⁰⁷⁵ BGHSt 51, 367, 371; zustimmend *Roxin*, JR 2008, 16.

¹⁰⁷⁶ Vgl. *Roxin*, FS für Schöch, S. 828 („Verdachtinculpation“, „dringender Tatverdacht“, wie im Haftrecht).

¹⁰⁷⁷ BGHSt 51, 367, 371; kritisch hiergegen *Artkämper*, StRR 2007, 224 f.; vgl. BVerfG NJW 1996, 3072.

¹⁰⁷⁸ Vgl. *Roxin*, FS für Schöch, S. 828 („faktische Inculpation“); siehe auch *Hellmann*, FS für Kühne, S. 244.

¹⁰⁷⁹ BGHSt 51, 367, 373; vgl. auf das Verhalten des Beamten nach außen abstellend bereits OLG Karlsruhe NZV 1994, 123; OLG Köln Beschl. v. 09.01.2001 Ss 477/00 Rn. 26; BayObLG NStZ-RR 2005, 175; siehe auch *Roxin*, FS für Schöch, S. 830 f.; auf die Sicht des Vernommenen abstellend auch KK-StPO-*Diemer*, § 136 Rn. 4; *Volk*, S. 36 Rn. 1; kritisch hiergegen *Artkämper*, StRR 2007, 224 f.

¹⁰⁸⁰ BGHSt 51, 367, 373 f.

¹⁰⁸¹ Vgl. BGH NStZ 2009, 281; BGH NStZ 2009, 702; BGH NStZ-RR 2012, 49 f.; so auch OLG Zweibrücken BeckRS 2010, 20170.

wobei er gleichzeitig darauf hinweist, dass die genannten Kriterien zueinander alternativ sind.¹⁰⁸² Die Durchführung einer Zeugenvernehmung zur Aufklärung eines bereits bestehenden Tatverdachts im Fall eines Tötungsdelikts ist weiterhin zulässig.¹⁰⁸³ Nicht zuletzt deswegen wird seine Rechtsprechung weiterhin für konkretisierungsbedürftig und zu kasuistisch gehalten.¹⁰⁸⁴ Vorgeschlagen wird daher ein allgemeiner zweckorientierter Ansatz bei der Bejahung der Beschuldigteneigenschaft eines Befragten.¹⁰⁸⁵

Bereits vor der letzten Revision wies das OLG Karlsruhe darauf hin, dass der verfassungsrechtlich gebotene Schutz jedes Menschen vor einer unbedachten Selbstbelastung gebiete, dass ein Verdächtiger spätestens dann über seine Aussagefreiheit belehrt wird, wenn „die wahrheitsgemäße Beantwortung der gestellten Frage faktisch einem Eingeständnis seiner Täterschaft gleichkam“.¹⁰⁸⁶ Ausgehend von diesem Standpunkt ist die Beschuldigteneigenschaft des Verdächtigen anzunehmen, der nach der Auffindung von einer gewissen Menge von Haschisch bei einer Durchsuchung gegen seinen Mitbewohner danach gefragt wird, „was das sei“.¹⁰⁸⁷ Dasselbe gilt für den Fall, in dem ein Polizeibeamter gleich nach dem Eintreffen des Betroffenen auf der Polizeidienststelle, der dort einen Bekannten mit seinem Pkw abholen wollte, bemerkte, dass er unter Drogeneinfluss stand und ihn fragte, wie er hierhergekommen sei.¹⁰⁸⁸ Von einer erhöhten Wahrscheinlichkeit einer Selbstbelastung musste schließlich der Polizeibeamte ausgehen, der nach der Sicherstellung einer Haschischmenge auf dem Wohnzimmer Tisch die drei in dem Raum befindlichen Personen fragte, wem die fragliche Geldbörse gehöre.¹⁰⁸⁹

c) Vernehmungsbegriff

aa) Definition

Abgesehen von der Erlangung des Beschuldigtenstatus setzt § 136 Abs. 1 StPO zur Erteilung der hierin enthaltenen Belehrungspflichten außerdem voraus, dass der Beschuldigte vernommen wird. Ebenso wie beim Beschuldigtenbegriff enthält die

¹⁰⁸² BGH NStZ 2009, 702; vgl. BGH NStZ 2009, 281.

¹⁰⁸³ BGH NStZ-RR 2012, 49 f.; BGH NStZ 2008, 49; vgl. BGH-Nack Ur. v. 30.01.2001 – 1 StR 454/00.

¹⁰⁸⁴ Roxin, FS für Schöch, S. 826; Jahn, JuS 2007, 963.

¹⁰⁸⁵ Roxin, FS für Schöch, S. 827; in diese Richtung bereits Ransiek, S. 60 f., Helgerth, S. 185; Bosch, Aspekte, S. 251.

¹⁰⁸⁶ OLG Karlsruhe NZV 1994, 123; auf die Gefahr einer Selbstbelastung abstellend auch BVerfG NJW 2000, 3776; vgl. BVerfG NJW 1996, 3071 ff.; a.A. OLG Zweibrücken BeckRS 2010, 20170; KG Ur. v. 26.03.1992 JR 1992, 437; siehe auch Salger, S. 76; Kleinknecht, Kriminalistik 1965, 452.

¹⁰⁸⁷ Vgl. LG Heilbronn, StV 2005, 383; AG München StV 2001, 501.

¹⁰⁸⁸ Insofern unzutreffend OLG Zweibrücken BeckRS 2010, 20170.

¹⁰⁸⁹ Ebenso unzutreffend KG JR 1992, 437.

StPO keine Definition einer Vernehmung. Vernommen wird jemand, sei er Beschuldigter oder Zeuge, im Sinn der StPO nach der gefestigten Rechtsprechung des BGH dann, wenn der Vernehmende ihm in amtlicher Eigenschaft gegenübertritt und Auskunft verlangt.¹⁰⁹⁰ Dabei setzt das keine speziellen Förmlichkeiten voraus, wie die offizielle Ladung des Betroffenen zur Vernehmung, sein Verbringen auf die polizeiliche Dienststelle, die Platzierung in einem Vernehmungsraum, eine Freiheitsentziehung, einen förmlichen Beginn, eine zeitgleiche und geordnete Protokollierung des Gesprächs, die Unterschrift des Beschuldigten nach dem gefertigten Protokoll oder gar die Verwendung besonderer Formulare dazu. Außer den anfangs genannten beiden Bedingungen herrscht insofern Formlosigkeit.¹⁰⁹¹

bb) Vorgespräch

In der Praxis werden dennoch vor der „eigentlichen“ Vernehmung Vorgespräche durchgeführt, welche als erforderlich erachtet werden, um überhaupt in eine zwischenmenschliche Kommunikation mit dem zu Vernehmenden einzusteigen.¹⁰⁹² Für den Beschuldigten besteht die Gefahr darin, dass die Gewährung der Selbstbelastungsfreiheit, konkret die Einhaltung des § 136 StPO, unter dem Deckmantel der Durchführung eines solchen Gesprächs umgangen werden kann.¹⁰⁹³ In der Tat kennt die StPO eine solche Institution nicht, und der Beschuldigte hat das Recht, jegliche Art von Aussagen, auch nicht krimineller Natur, zu verweigern.¹⁰⁹⁴ Daher überzeugt das Argument, dass die Vorgespräche keinen unmittelbaren Sachbezug aufweisen und den Weg zu einem reibungslosen Vernehmungsablauf ebnen, nicht. Nach zutreffender Ansicht sind diese Bestandteil einer Beschuldigtenvernehmung und unterliegen den Belehrungspflichten des § 136 StPO.¹⁰⁹⁵ Die Vorgehensweise stellt daher nach der zutreffenden Ansicht ungeachtet der Eingangsschwelle einer unzulässigen Täuschung i.S.d. § 136a StPO eine rechtswidrige Irreführung nach § 136 StPO dar, wenn ein Beschuldigter im Rahmen eines Vorgesprächs unter der Garantie, dass die förmliche Vernehmung noch nicht begonnen habe und seine Angaben erst nach entsprechender Protokollierung rechtlich bedeutsam seien, zunächst „inoffiziell“ zur Sache befragt wird.¹⁰⁹⁶

¹⁰⁹⁰ BGH NStZ 2011, 596, 597; BGHSt 52, 11, 15; siehe auch *Kraft*, S. 311 f.

¹⁰⁹¹ Vgl. BVerfG Beschl. v. 30.06.2005 – 2 BvR 1502/04; BGH NStZ 1995, 353; *Artkämper/Schilling*, S. 41; *Klein*, S. 23.

¹⁰⁹² Vgl. *Artkämper/Schilling*, S. 49 f.; *Bosch*, Aspekte, S. 243 f.; *Moormann*, S. 14.

¹⁰⁹³ *Bosch*, Aspekte, S. 244.

¹⁰⁹⁴ BGH NStZ 1997, 251; *Artkämper/Schilling*, S. 49; *Moormann*, S. 14.

¹⁰⁹⁵ LR-StPO-Gleiß, § 136a Rn. 16; *Artkämper/Schilling*, S. 50; *Eisenberg*, S. 193 Rn. 580; *KMR-Pauckstadt-Maihold*, Vor. §§ 133 ff. Rn. 8; *Bosch*, Aspekte, S. 243; *Moormann*, S. 14; *Ransiek*, S. 57.

¹⁰⁹⁶ *Bosch*, Aspekte, S. 245 f.; *ders.*, JA 2006, 414.

cc) Spontane Äußerungen

Eine Befragung liegt dagegen nicht vor, wenn eine Person gegenüber Ermittlungsbehörden spontan und aus freien Stücken Angaben zur Sache macht.¹⁰⁹⁷ Über die Verwertbarkeit solcher ohne staatliches Zutun zustande gekommenen Aussagen besteht Einigkeit.¹⁰⁹⁸ Ob die oben dargelegte kombinierte Beschuldigten-theorie ohne Einschränkung auch in Fällen gilt, in denen ein Polizeibeamter ohne eine gezielte Befragung passiv spontane und belastende Äußerungen einer Person entgegennimmt, die etwa die Polizeiwache auf eigene Initiative aufgesucht hat, ist in der Rechtsprechung nicht abschließend geklärt.¹⁰⁹⁹ Eine Pflicht der Behörden, den sich Äußernden zu unterbrechen, wird in der Literatur verneint und ihnen die Befugnis eingeräumt, durch Nachfragen den Verdacht weiter aufzuklären.¹¹⁰⁰ Unklar ist allerdings, ab wann die Belehrungspflicht in solchen Situationen eintritt.¹¹⁰¹

Im Übrigen stellt auch bei dem bejahten Beschuldigtenstatus nicht jede Entgegennahme einer Äußerung eine Vernehmung dar, wenn kein gezieltes Auskunftsbegehren seitens der Ermittlungsorgane vorliegt. Auch spontane Äußerungen eines Beschuldigten sind folglich kein Ergebnis der Vernehmung. Sie liegen daher außerhalb des Anwendungsbereichs der Vorschriften der StPO, die wie §§ 55, 136, 136a sowie § 252 ausdrücklich an einer Vernehmungssituation anknüpfen.¹¹⁰² Die Ermittlungsorgane dürfen jedoch den Zeitpunkt der Belehrung nicht gezielt hinauszögern, um den Beschuldigten unter Umgehung der Belehrungspflichten nach §§ 136 Abs. 1 Satz 2, 163a Abs. 2 Satz 2 StPO zu weiteren Äußerungen zu veranlassen.¹¹⁰³ Es ist insofern zutreffend, wenn darauf hingewiesen wird, dass das Vorliegen einer gezielten Befragung unter Umständen auch einem nonverbalen Verhalten des Vernehmenden entnommen werden kann.¹¹⁰⁴

¹⁰⁹⁷ BGH NJW 2009, 3589; siehe auch BGH NStZ NJW 2770; zu den Beispielen in der Praxis siehe *Artkämper/Schilling*, S. 45 f.

¹⁰⁹⁸ BGH NStZ 1990, 44; LR-StPO-Gleiß, § 136a Rn. 16; *Roxin*, Isr. L. Rev. 31/1997, 86; *Beulke*, S. 71 Rn. 113; *ders.*, StV 1990, 181.

¹⁰⁹⁹ BGH NJW 2009, 3589.

¹¹⁰⁰ *Artkämper/Schilling*, S. 46 f.

¹¹⁰¹ Vgl. *Meyer-Mews*, NStZ 2009, 3690.

¹¹⁰² BGH NJW 2009, 3589 f.; BGH NJW 2006, 1009; OLG Köln Beschl. v. 09.01.2001 Ss 477/00 Rn. 20; so auch hinsichtlich der Zeugenvernehmung BGH NStZ 2013, 247 f.; BGH NStZ 1992, 247; OLG Saarbrücken NStZ 2008, 585; OLG Jena BeckRS 2006, 06037; AG Rudolstadt BeckRS 2008, 24966; AG Saalfeld BeckRS 2006, 01059; OLG Düsseldorf NJW 1968, 1840; KMR-*Pauckstadt-Maihold*, Vor. §§ 133 ff. Rn. 9; *Eisenberg*, S. 172 Rn. 509a; *Volk*, S. 38 Rn. 7 Fn. 9; *Fezer*, NStZ 1996, 289; *Bosch*, Aspekte, S. 208; *Klein*, S. 24.

¹¹⁰³ BGH NJW 2009, 3589; *Artkämper/Schilling*, S. 46 f.

¹¹⁰⁴ *Klein*, S. 25.

d) Einführung europäischer Vorgaben – sogenannte *Letter of Rights*

aa) Entwicklungsgeschichte

Bereits in seinem Bericht vom 1996 beanstandete das CPT, dass während seines Besuchs in Deutschland zahlreiche in Polizeigewahrsam befindliche Personen offensichtlich über ihre Rechte einschließlich des Rechts auf Verteidigerzugang nicht informiert worden waren,¹¹⁰⁵ welches zur Verhütung vor Misshandlungen eine essenzielle Garantie darstellt, die das CPT nach Art. 10 Abs. 1 der Europäischen Antifolterkonvention für erforderlich hält.¹¹⁰⁶ Beim Besuch von 2005 bemängelte es außerdem, dass die Belehrung über das Verteidigerkonsultationsrecht häufig nicht gleich zu Beginn der Freiheitsentziehung (mit anderen Worten: ab dem Moment, in dem die Person verpflichtet ist, sich bei der Polizei aufzuhalten) erteilt wird.¹¹⁰⁷ Die entsprechenden Beschwerden stellte es 2010 erneut fest.¹¹⁰⁸ Eine solche Belehrung ist nach dem CPT ungeachtet des Grundes der Freiheitsentziehung erforderlich.¹¹⁰⁹ Es kommt insofern nicht darauf an, ob sich der Betroffene als Zeuge, Verdächtigter oder Beschuldigter im Polizeigewahrsam befindet. Die Belehrung muss unverzüglich nach der Freiheitsentziehung erfolgen.¹¹¹⁰ Darüber hinaus ist sie nach einer anfänglichen mündlichen Erteilung bei der frühestmöglichen Gelegenheit, also unverzüglich nach dem Betreten der Polizeieinrichtung, in schriftlicher und unkomplizierter Form nachzuholen. Dafür sind die entsprechenden Formulare in einem angemessenen Umfang in Fremdsprachen zur Verfügung zu stellen. Schließlich muss die Person danach gefragt werden, ob sie die erteilte Belehrung mit ihrer Unterschrift bezeugen möchte.¹¹¹¹

Insbesondere diese Forderungen des CPT sowie die Rechtsprechung des EGMR zum Recht auf Dolmetscherbeistand nach Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK veranlassten den Gesetzgeber,¹¹¹² die *Letter of Rights* in § 114b StPO einzuführen.¹¹¹³ Damit kam er außerdem zwei EU-Richtlinien zur Stärkung der Verteidigungsrechte von

¹¹⁰⁵ CPT-Bericht über den Deutschlandbesuch v. 14 bis 26.04.1996, Rn. 36; kritisch gegenüber der polizeilichen Belehrungspraxis auch *Kilian*, Notdienst, S. 155; *Artkämper/Schilling*, S. 38.

¹¹⁰⁶ 21. Generalbericht v. 01.08.2010 – 31.07.2011 Rn. 18.

¹¹⁰⁷ CPT-Bericht über den Deutschlandbesuch v. 20.11. bis 02.12.2005, Rn. 31.

¹¹⁰⁸ CPT-Bericht über den Deutschlandbesuch v. 25.11. bis 07.12.2010, Rn. 19.

¹¹⁰⁹ CPT-Bericht über den Deutschlandbesuch v. 20.11. bis 02.12.2005, Rn. 33.

¹¹¹⁰ 21. Generalbericht v. 01.08.2010–31.07.2011 Rn. 19.

¹¹¹¹ CPT-Bericht über den Deutschlandbesuch v. 20.11. bis 02.12.2005, Rn. 33.

¹¹¹² BT-Drucksache 16/11644 S. 16 f.

¹¹¹³ Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts v. 29.07.2009 in BGBl I, S. 2274; für den Wortlaut dieser Vorschrift siehe Anhang: Gesetzestexte.

Beschuldigten in Strafverfahren entgegen.¹¹¹⁴ Über die Aussagefreiheit und das Recht auf Verteidigerkonsultation ist eine Person ab jetzt nach § 114b Abs. 1 und 2 Nr. 2 und 4 StPO prinzipiell unverzüglich, schriftlich, in einer für sie verständlichen Sprache und mit einer entsprechend von ihr unterschriebenen Dokumentierung zu belehren, sobald sie zur Vollstreckung eines bereits gegen sie erlassenen Haftbefehls verhaftet wird (vgl. §§ 112 ff., 230 Abs. 2, 236, 329 Abs. 4 und 412 StPO) oder vorläufig festgenommen ist (vgl. § 127 Abs. 4 StPO) oder zum Zweck der Identitätsfeststellung festgehalten wird (vgl. § 163c Abs. 1 Satz 3 StPO). Zuletzt hat der Gesetzgeber die Belehrung über das Verteidigerkonsultationsrecht entsprechend den nun erlassenen EU-Richtlinien dahingehend ergänzt,¹¹¹⁵ dass eine Person, der die Freiheit in den genannten Fällen entzogen ist, auch auf die Möglichkeit einer Pflichtverteidigerbestellung nach den Maßstäben des § 141 Abs. 1 und 3 StPO hinzuweisen ist.¹¹¹⁶

bb) Beschuldigtenstatus bei Freiheitsentzug

Es stellt sich angesichts dieser neuen Bestimmungen in der StPO die Frage, ob und gegebenenfalls inwiefern sich der Zeitpunkt der Belehrung eines Beschuldigten über die genannten Rechte bzw. der Erlangung des Beschuldigtenstatus im Vergleich zur bereits oben ausführlich dargelegten Auslegung der §§ 136, 163a Abs. 4 Satz 2 StPO durch die Rechtsprechung und Literatur geändert hat. Wie der Gesetzgeber unterstrich, steht es fest, dass die Anwendbarkeit der letztgenannten Vorschriften durch die neuen Bestimmungen unberührt bleibt.¹¹¹⁷ Ihre Vorteile sieht er zum einen in dem Erfordernis der Unverzüglichkeit dahingehend, dass ein Beschuldigter gleich bei der Festnahme über seine Rechte zu belehren ist. Dadurch könne er sich auf die erste Vernehmung angemessen vorbereiten. Zum anderen ermögliche ihm das Erfordernis der Schriftlichkeit, dass er seine Rechte nachlesen kann und sich seine eventuelle Aufregung wegen der Freiheitsentziehung dadurch ausgleichen lässt.¹¹¹⁸

Berücksichtigt man diese Zwecke sowie die oben aufgeführten Forderungen des CPT, so ist davon auszugehen, dass sich die Unverzüglichkeit etwa im Fall der vorläufigen Festnahme auf einen Zeitpunkt vor dem Verbringen eines festgenommenen Beschuldigten auf die polizeiliche Dienststelle und dem Beginn seiner dortigen

¹¹¹⁴ Richtlinie über das Recht auf Dolmetscherleistungen und Übersetzung in Strafverfahren v. 20.10.2010 (2010/64/EU) und Richtlinie über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren v. 22.05.2012 (2012/13/EU).

¹¹¹⁵ BR-Drucksache 816/12 S. 17.

¹¹¹⁶ Gesetz zur Stärkung der Verteidigungsrechte von Beschuldigten in Strafverfahren v. 02.07.2013 in BGBl. 2013 Teil I, 1938 v. 05.07.2013; hierzu siehe *Eisenberg*, JR 2013, 442 ff.

¹¹¹⁷ BT-Drucksache 16/11644, S. 16.

¹¹¹⁸ BT-Drucksache 16/11644, S. 16.

Vernehmung bezieht.¹¹¹⁹ In der Tat besteht, wie schon festgestellt, kein Streit darüber, dass jemand bereits vor der Vollstreckung eines Haftbefehls, nämlich gleich bei seiner Beantragung, den Status eines Beschuldigten i.S.v. § 136 StPO erlangt.¹¹²⁰ Dasselbe gilt für die vorläufige Festnahme.¹¹²¹ Davon geht offenkundig auch der Gesetzgeber aus, wenn er auf die Vorteile der Letter of Rights hinweist.¹¹²²

e) Zwischenergebnisse

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Erlangung des Beschuldigtenstatus und das Vorliegen einer Vernehmung unmittelbare Grenzen des Rechts auf die Belehrung über Aussagefreiheit darstellen, sie sich aus § 136 Abs. 1 StPO ergeben. Daher überrascht es nicht, dass ihre Einzelheiten bei aller bereits erzielten Klarheit immer noch Gegenstand der höchstrichterlichen Rechtsprechung und mehrerer Erörterungen in der Literatur darstellen.

3. Belehrung über das Verteidigerkonsultationsrecht

a) Erforderlichkeit einer Belehrung

Mit Blick auf die strafprozessuale Stellung des Beschuldigten hat seine Belehrung über das Recht auf Verteidigerkonsultation vor der Vernehmung gem. § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO keinen geringeren Wert als die Belehrung über die Aussagefreiheit. Beide rufen gemeinsam ins Bewusstsein, dass es dem Beschuldigten zusteht, eine beratene Entscheidung über sein Aussageverhalten bei der polizeilichen Vernehmung treffen und sich somit vor einer unbedachten Selbstbelastung schützen zu können.¹¹²³ Trotz ihrer enormen rechtlichen Bedeutung ist die Einhaltung der Belehrungspflicht in der Praxis nicht gerade zufriedenstellend. Dies hat das CPT, wie bereits oben ausgeführt, auch in seinem letzten Bericht von 2010 zum Ausdruck gebracht.¹¹²⁴ Der Belehrung eines Beschuldigten über sein Recht auf Konsultation eines Verteidigers wird von polizeilichen Ermittlungsorganen eine hemmende Wirkung hinsichtlich der Aussagebereitschaft des Beschuldigten zugeschrieben, die den Erfolg von Ermittlungen erschwert.¹¹²⁵

¹¹¹⁹ Weider, StV 2010, 102.

¹¹²⁰ Stellvertretend etwa OLG Frankfurt NStZ 1988, 425, 426.

¹¹²¹ BGHSt 38, 214 ff.

¹¹²² BT-Drucksache 16/11644 S. 17.

¹¹²³ BGH NJW 2013, 2771; NJW 2002, 976; NJW 1993, 339; OLG Hamm NStZ-RR 2006, 47; hierzu siehe auch *Bosch*, Hinweispflichten, JA 2006, 409; *Matt*, GA 2006, 325; *Klemke*, StV 2003, 415; *Roxin*, Isr. L. Rev. 31/1997, 79.

¹¹²⁴ Hierzu siehe oben Kap. 3, V.A.2.a).

¹¹²⁵ *Beulke/Barisch*, StV 2006, 569; *Roxin*, JZ 1993, 427; *Schneider*, Jura 1997, 136; vgl. den Sachverhalt in BGH NJW 2009, 3589.

b) *Unvollständigkeit der StPO*

Die StPO enthielt lange Zeit in den §§ 136 Abs. 1 Satz 2, 163a Abs. 4 Satz 2 StPO nur die Belehrung über das Recht auf die Konsultation des Verteidigers eigener Wahl. Dies kam allerdings dem Informationsbedürfnis eines Beschuldigten über die vorhandenen Möglichkeiten zur Konsultation eines Verteidigers für eine wirksame Ausübung dieses Rechts nicht vollständig entgegen und ließ ihn in bestimmten Situationen über die Umstände der Verteidigerkonsultation im Unklaren. So beanstandete das CPT etwa in seinem Bericht von 2010, dass die im Polizeigewahrsam Inhaftierten nicht über den anwaltlichen Notdienst belehrt werden. Ohne Bereitstellung eines vollständigen Rechtshilfesystems für einen mittellosen Inhaftierten sowie seine Belehrung wäre aber das Recht auf Verteidigerkonsultation in vielen Fällen rein theoretisch.¹¹²⁶ Außerdem schwieg die StPO darüber, ob der Beschuldigte über die bereits nach dem geltenden Recht vorhandene Möglichkeit einer Pflichtverteidigerbestellung bei der polizeilichen Vernehmung zu belehren ist (vgl. § 136 Abs. 1 a.F.). Darüber hinaus sieht sie nicht ausdrücklich vor, wie informativ vorzugehen ist, wenn dem Beschuldigten die Konsultation eines Verteidigers nicht gelingt – sei es, dass die Kontaktaufnahme zu dem von ihm namentlich genannten Verteidiger gescheitert bzw. dieser nicht verfügbar ist oder der Beschuldigte gar keinen Verteidiger benennen kann.¹¹²⁷ Ob sich weitere Belehrungspflichten als die einfache Belehrung über das Recht auf Konsultation des Verteidigers seiner Wahl nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO trotz der offenkundigen Gesetzeslücke rechtlich begründen lassen, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten und nicht abschließend geklärt.¹¹²⁸

c) *Uneinheitliche Rechtsprechung*

Der 1. Strafsenat verlangte, dass die Spannung zwischen einer wirksamen Ausübung der Selbstbelastungsfreiheit und der des Verteidigungsrechts und dem öffentlichen Interesse an einer wirksamen Verbrechensbekämpfung bei einer über die § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO hinausgehenden einfachen Belehrung vom Gesetzgeber selbst gelöst wird.¹¹²⁹ Diese Ansicht sieht keine bzw. nur eine geringe Möglichkeit, weitere Belehrungspflichten aus §§ 136 Abs. 1 Satz 2, 137 Abs. 1 StPO sowie dem allgemeinen Prozessgrundrecht des Beschuldigten, nämlich dem Recht auf ein faires Verfahren, abzuleiten.¹¹³⁰ Dagegen halten jedoch einige Senate des BGH und

¹¹²⁶ CPT-Bericht über den Deutschlandbesuch v. 25.11. bis 07.12.2010, Rn. 21.

¹¹²⁷ *Beulke/Barisch*, StV 2006, 569; *Schneider*, Jura 1997, 135.

¹¹²⁸ *Kilian*, Notdienst, S. 165; *Beulke/Barisch*, StV 2006, 569.

¹¹²⁹ BGHSt 42, 170, 172; in diese Richtung auch *Rogall*, FS für Geppert, S. 521.

¹¹³⁰ BGHSt 42, 170, 172.

ein Teil der Literatur dies für möglich,¹¹³¹ wobei die hierzu ergangene Kasuistik nicht immer überschaubar ist und nicht alle Fälle, in denen der Beschuldigte außer der einfachen Belehrung des § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO einen Informationsbedarf für eine wirksame Ausübung des Verteidigerkonsultationsrechts hat, bereits entschieden sind.

d) Neue Belehrungspflicht des § 136 Abs. 1 Satz 3 StPO

Nun hat der Gesetzgeber durch das Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte des Beschuldigten im Strafverfahren vom 2.7.2013¹¹³² dem genannten Appell Rechnung getragen und durch die Einführung des § 136 Abs. 1 Satz 3 2. Hälfte i.V.m. § 163 Abs. 4 Satz 2 StPO interveniert, wonach ein Beschuldigter bei seiner polizeilichen Vernehmung außerdem darüber zu belehren ist, unter den Voraussetzungen des § 140 Abs. 1 und 2 die Bestellung eines Verteidigers nach Maßgabe des § 141 Abs. 1 und 3 beanspruchen zu können.¹¹³³ Damit sei Art. 3 Abs. 1 lit. b der EU-Richtlinie (2012/13EU) über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren Genüge getan worden, der die Belehrung über einen Anspruch auf unentgeltliche Rechtsberatung und die Voraussetzungen dafür im Rahmen des geltenden nationalen Rechts vorschreibt.¹¹³⁴ Auf eine Belehrung über den anwaltlichen Notdienst verzichtet er allerdings entgegen der klaren Forderung des CPT und zwar offenkundig deswegen, weil sich der Anspruch auf einen unentgeltlichen Verteidigerbeistand nach dem geltenden Recht in der Pflichtverteidigerbestellung erschöpft.

e) Überholte Rechtsprechung

Zu klären bleibt die Geltung der bereits ergangenen Rechtsprechung nach dieser Gesetzesänderung. Fasst man die Kasuistik des BGH über die Belehrung des Beschuldigten über sein Recht auf Verteidigerbeistand gem. § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO zusammen, so lässt sich dessen Rechtsprechung unter dem Gesichtspunkt eines fehlenden (aa) oder ausdrücklich geäußerten Wunsches (bb) nach einem Verteidiger wie folgt beurteilen.

¹¹³¹ Etwa BGHSt 42, 15, 19 f.; siehe auch *Neuhaus*, StV 2010, 45 f.; *Weider*, StV 2010, 1023; *Beulke*, NSTZ 1996, 259.

¹¹³² BGBl. 2013 Teil I, 1938 vom 05.07.2013.

¹¹³³ So bereits *Neuhaus*, StV 2010, 48; für den Wortlaut dieser Vorschriften siehe Anhang: Gesetzestexte.

¹¹³⁴ BR-Drucksache 816/12 S. 7.

aa) Bei fehlendem Wunsch

Hat der Beschuldigte auch ohne eine vorausgegangene Belehrung sein Recht auf Verteidigerkonsultation vor der polizeilichen Vernehmung gem. § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO gekannt und/oder nach einer entsprechenden Belehrung keinen Wunsch nach einem Verteidigerbeistand geäußert, so kommt für die Ermittlungsorgane eine weitere Belehrungspflicht zur Konsultation eines Verteidigers, insbesondere der Hinweis auf einen anwaltlichen Notdienst, nicht infrage.¹¹³⁵ Umstände wie das junge Alter einer Beschuldigten, eine Schwangerschaft, die Verletzbarkeit aufgrund der ungewöhnlichen Bedingungen der polizeilichen Vernehmung, die Schwere der vorgeworfenen Straftat (im konkreten Fall versuchter Mord) allein, also in Ermangelung eines ausdrücklich geäußerten Wunsches nach einer Verteidigerkonsultation vor der polizeilichen Vernehmung, gebieten nach dem BGH keine über § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO hinausreichende Belehrungspflicht der Ermittlungsorgane. Die rechtsstaatlichen Mindestanforderungen sind mit der Erteilung einer einfachen Belehrung erfüllt.¹¹³⁶ Verlangt der Beschuldigte nach dem 5. Senat ausdrücklich keine Verteidigerkonsultation vor der Vernehmung, so braucht er über die einfache Belehrung des § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO hinausgehend außerdem nicht auf sein Recht hingewiesen zu werden, dass er in geeigneten Fällen die Bestellung eines Pflichtverteidigers verlangen kann.¹¹³⁷ Auch die Mittellosigkeit des Beschuldigten ändere daran nichts.¹¹³⁸ Diese Rechtsprechung des BGH ist nun insoweit überholt, als dem Beschuldigten ohne Rücksichtnahme auf einen entsprechenden ausdrücklichen Wunsch nach §§ 136 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. 163 Abs. 4 Satz 2 StPO der Hinweis auf die Möglichkeit einer Pflichtverteidigerbestellung zu geben ist.

bb) Bei ausdrücklichem Wunsch

Eine Hinweispflicht auf den anwaltlichen Notdienst lässt sich nach dem 5. Senat lediglich als Anforderung einer wirksamen Rechtsausübung für den Beschuldigten begründen, der von seinem Verteidigerkonsultationsrecht ausdrücklich Gebrauch machen will, jedoch keinen Verteidiger erreichen kann, etwa weil der über ein Branchentelefonbuch von ihm gewählte Verteidiger zu der abendlichen Stunde

¹¹³⁵ BGH NJW 2002, 975 ff.; NStZ 2002, 381; so auch *Meyer-Göfner*, § 136 Rn. 10; KK-StPO-Diemer, § 136 Rn. 14; LR-StPO-Gleß, § 136 Rn. 41; SK-StPO-Rogall, § 136 Rn. 48; BeckOK-StPO-Monka, § 136 Rn. 11; *Jahn*, JuS 2006, 273; kritisch hiergegen *Wieder*, StV 2010, 103.

¹¹³⁶ BGHSt 47, 233, 235; BGH NStZ 2002, 380 = BGH 5 StR 588/01, Beschl. v. 05.02.2002, HRRS-Datenbank = BGHR StPO § 136 Abs. 1 Verteidigerbefragung 6; kritisch hiergegen *Roxin*, JZ 2002, 898.

¹¹³⁷ BGH NStZ 2004, 390; *Meyer-Göfner*, § 136 Rn. 10; a.A. *Klemke*, StV 2003, 414 f.

¹¹³⁸ BGH NStZ 2004, 390.

seiner Vernehmung telefonisch unerreichbar war.¹¹³⁹ Das Vorgehen von Vernehmungsbeamten, dem Beschuldigten weder die unter diesen Umständen gebotene Belehrung über den anwaltlichen Notdienst zu erteilen noch ihn vor der Fortsetzung der Vernehmung erneut über sein Recht auf Verteidigerbeistand zu belehren, sodass er sich damit ohne vorherige Konsultation einverstanden erklärt, zeigt nach dem Senat dagegen, dass sein Recht auf Verteidigerkonsultation wirksam unterlaufen worden ist. Dies gebietet nach dem Senat im Übrigen die Annahme eines Beweisverwertungsverbots, auch wenn diese Behandlung des Beschuldigten die Eingangsschwelle des § 136a StPO nicht erreicht hat.¹¹⁴⁰

Für die Statuierung einer Hinweispflicht auf den anwaltlichen Notdienst im Fall der nächtlichen Vernehmung des Beschuldigten, der zwar die Konsultation eines Verteidigers begehrt, jedoch keinen Wahlverteidiger hat und einen solchen zur Zeit der Vernehmung nicht erreichen kann, ist nach der ablehnenden Ansicht des 1. Senats der Gesetzgeber gefragt.¹¹⁴¹ Hat der Beschuldigte wegen der Vernehmung zur Nachtzeit keinen Verteidiger erreichen können, so entstehe dadurch weder ein Verbot der Vernehmung noch ein Gebot, auf einen anwaltlichen Notdienst hinzuweisen sowie erneut über das Recht auf Verteidigerkonsultation zu belehren. Dem 5. Senat sei insofern nicht zu folgen, wenn er meint, dass dem Beschuldigten die volle Entscheidungsfreiheit einzuräumen sei, ob und wann er Angaben zur Sache machen will. Selbst wenn man in der Ausnutzung des Zustands der Entmutigung des Beschuldigten ein unzulässiges Vorgehen der Vernehmungsbeamten sehen würde, begründe dies kein Beweisverwertungsverbot, wenn man sich die freiwillige Entscheidung des Beschuldigten zur Fortführung der Vernehmung und das Gewicht der unterlassenen Hilfeleistung bei der Abwägung zwischen öffentlichen und individuellen widerstreitenden Interessen vor Augen führe.¹¹⁴²

Eine Ausnahme stellt nach dem 1. Senat der Umstand dar, dass der Beschuldigte nach einer einfachen Belehrung nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO ausdrücklich zu erkennen gibt, dass er zwar einen Verteidiger konsultieren wolle, dies allerdings aufgrund seiner Mittellosigkeit nicht durchsetzen könne. Der ausdrücklich geäußerte Wunsch des mittellosen Beschuldigten darf nach dem BGH nicht zugunsten der Ermittlungsinteressen an einem aussagewilligen Beschuldigten übergangen werden. Liegt in so einem Fall zum Zeitpunkt der Vernehmung für die polizeilichen Ermittlungsbeamten zweifelsfrei der dringende Verdacht eines Verbrechens vor, welcher nicht schon durch weitere Ermittlungsmaßnahmen und insbesondere die Fortsetzung

¹¹³⁹ BGHSt 42, 15, 19 f. = BGH 5 StR 756/94 Urt. v. 12.01.1996, HRRS-Datenbank; SK-StPO-Rogall, § 136 Rn. 48; BeckOK-StPO-Monka, § 136 Rn. 11; Roxin, JZ 1997, 345; vgl. *Renzikowski*, FS für Roxin, S. 1343; kritisch hiergegen *Schneider*, Jura 1997, 136.

¹¹⁴⁰ BGHSt 42, 15, 21 ff.

¹¹⁴¹ BGHSt 42, 170, 172 = BGH 1 StR 154/96 Urt. v. 21.05.1996, HRRS-Datenbank; a.A. *Bosch*, JA 2006, 409.

¹¹⁴² BGHSt 42, 170, 174; kritisch hiergegen *Wieder*, StV 2010, 103; *Herrmann*, NStZ 1997, 211; *Roxin*, JZ 1997, 345.

der Beschuldigtenvernehmung abzuklären war, und war die Bestellung eines Pflichtverteidigers nach §§ 140 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. 141 Abs. 3 Satz 2 StPO zu erwarten, so ist der Beschuldigte gleich nach der Information über diesen Irrtum und vor der Fortführung der Vernehmung darüber zu belehren, dass er einen Verteidiger seines Vertrauens konsultieren oder den anwaltlichen Notdienst anrufen kann, der aufgrund der später zu erwartenden Pflichtverteidigerbestellung auch ohne eine vorab zu klärende Kostenfrage sofort tätig werden kann. Entgegen dem 5. Senat sei jedoch ein Beweisverwertungsverbot im Fall des Verstoßes gegen diese Pflicht nicht anzunehmen, da er im Vergleich zu einer Unterlassung einer regelrechten Belehrung nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO nicht schwerwiegend sei.¹¹⁴³ Auch diese Rechtsprechung ist durch die neue Gesetzesänderung überholt. Denn die Belehrung über die Möglichkeit der Pflichtverteidigerbestellung ist weder an einen ausdrücklich geäußerten Wunsch des Beschuldigten noch an seine Mittellosigkeit gebunden.

f) Zwischenergebnisse

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die neue Belehrungspflicht einige Unvollständigkeiten in der StPO beseitigt und für die uneinheitliche Rechtsprechung den Wunsch des Gesetzgebers klargestellt hat, dem Informationsdefizit des Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung wirksam abzuhelpfen. Allerdings darf ihre Leistungskraft nicht überschätzt werden. Die Belehrung über die Möglichkeit einer Pflichtverteidigerbestellung gem. § 136 Abs. 1 Satz 3 StPO bedeutet nämlich keine gesetzliche Zusicherung einer tatsächlichen Beordnung eines amtlichen Verteidigers. Die Bestellung und die Beordnung sind weiterhin nur unter den sachlichen und formellen Voraussetzungen der §§ 140 Abs. und 2, § 141 Abs. 1 bis 3 StPO vorzunehmen. Darauf wird unten noch einzugehen sein.¹¹⁴⁴ An dieser Stelle kann jedoch vorweg festgestellt werden, dass diese Vorschriften nicht dahingehend verstanden werden, dass dem Beschuldigten in einem begründeten Fall eines Pflichtverteidigers nach § 140 Abs. 1 und 2 StPO zum Beginn seiner Vernehmung durch die Zuweisung eines solchen Verteidigers vom Amts wegen zuvorzukommen ist.¹¹⁴⁵ Wie der Gesetzgeber auch bei der letzten Gesetzesänderung feststellte, erfolgt die Bestellung eines Verteidigers weiterhin stets auf Antrag der Staatsanwaltschaft. Mit der neuen Belehrung wird dem Beschuldigten im Ergebnis klar vor Augen geführt, dass er die Möglichkeit hat, einen solchen in Anspruch zu nehmen und dafür eine entsprechende

¹¹⁴³ BGH NStZ 2006, 237 = BGH 1 StR 114/05 Beschl. v. 18.10.2005, HRRS 2005 Nr. 893; NStZ-RR 2006, 182 f. = BGH 1 StR 117/05 Beschl. v. 19.10.2005, HRRS 2005 Nr. 894; siehe auch SK-StPO-Rogall, § 136 Rn. 51; Meyer-Göfner, § 136 Rn. 10; KK-StPO-Diemer, § 136 Rn. 14; LR-StPO-Gleiß, § 136 Rn. 41; BeckOK-StPO-Monka, § 136 Rn. 12; vgl. Renzikowski, FS für Roxin, S. 1343; a.A. Wieder, StV 2010, 103; Bosch, Belehrungspflichten, JA 2006, 414; Teuter, StV 2005, 240.

¹¹⁴⁴ Hierzu siehe unten Kap. 3, V.B.2.

¹¹⁴⁵ BGHSt 47, 172 ff. = BGH NJW 2002, 975 = JR 2002, 290 mit Anm. Wohlers; BGH 1 StR 220/01 Urt. v. 22.11.2001, HRRS-Datenbank.

Anregung an die Staatsanwaltschaft richten kann.¹¹⁴⁶ Gerade in der Effektivität der tatsächlichen Erreichbarkeit eines Verteidigers unterscheidet sich die Inanspruchnahme des anwaltlichen Notdienstes von der genannten Anregung, welche an keine Formalitäten gebunden ist. Ihr Nachteil liegt allerdings darin, dass die Beratung durch den Verteidiger telefonisch erfolgt und sein Besuch im Polizeigewahrsam für den Beschuldigten mit Kosten verbunden sein kann.¹¹⁴⁷

B. Recht auf Verteidigerbeistand

Nach der Belehrung über den Verteidigerbeistand stellt sich die Frage über den Schutzzinhalt dieses Rechts selbst, dem für eine wirksame Ausübung der Aussagefreiheit eine große Bedeutung zukommt (1.). Bei näherer Betrachtung ergibt sich, dass das Verteidigerkonsultationsrecht rechtliche und faktische Grenzen hat (2.). Weitere Unterschiede ergeben sich aus der Einteilung dieses Rechts in das Recht auf Verteidigerbeistand eigener Wahl (3.) sowie das Recht auf die Bestellung eines Pflichtverteidigers (4.).

1. Bedeutung für die Aussagefreiheit

Es ist eine Binsenweisheit im strafprozessualen Alltag, dass die Weichen für den Ausgang des Hauptverfahrens nicht zuletzt aufgrund des häufig zu beobachtenden aktenlastigen Beweisaufnahmeverfahrens oft schon durch die Ermittlungsmaßnahmen im Vorverfahren gestellt werden und die polizeiliche Beschuldigtenvernehmung hier eine enorme präjudizierende Wirkung entfalten kann.¹¹⁴⁸ In diesem Zusammenhang erkennt auch die Rechtsprechung an, dass sich der Beschuldigte insbesondere aufgrund der Freiheitsentziehung im polizeilichen Gewahrsam unvorbereitet, ohne Ratgeber in einer verwirrten, bedrückten, verängstigten und von der vertrauten Umgebung abgeschnittenen Lage befindet.¹¹⁴⁹ Den Ausgleich zur Rechtsstellung des Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung, die anerkanntermaßen dadurch gekennzeichnet ist, dass er nicht nur Objekt des Strafverfahrens ist, sondern zur Wahrung seiner Rechte auf dessen Gang und Ergebnis Einfluss nehmen kann (vgl. Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK),¹¹⁵⁰ stellt § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO abgesehen von der Aussagefreiheit auch dadurch her, dass er vor der Vernehmung das Recht auf die Konsultation eines Verteidigers hat.¹¹⁵¹ Dieses Recht nach § 136

¹¹⁴⁶ BR-Drucksache 816/12 S. 17; siehe auch *Eisenberg*, JR 2013, 448.

¹¹⁴⁷ Darauf hinweisend auch CPT-Bericht über den Deutschlandbesuch v. 25.11. bis 07.12.2010, Rn. 21.

¹¹⁴⁸ Vgl. *Sowada*, NStZ 2005, 2; *Ventzke*, StV 1996, 524; *Wollweber*, StV 1999, 355 f.

¹¹⁴⁹ BGHSt 42, 15, 19 f.; BGH NJW 2013, 2271; zustimmend *Jahn*, JuS 2006, 273.

¹¹⁵⁰ BGH NJW 1993, 339; NJW 2013, 2271.

¹¹⁵¹ BGH NJW 2013, 2271.

Abs. 1 Satz 2 StPO beugt somit einerseits der Gefahr einer Misshandlung zum Zweck der Geständniserlangung vor, andererseits ermöglicht es dem Beschuldigten, über eine der bedeutsamsten Fragen des Strafverfahrens gegen ihn eine mit einem Verteidiger beratene Entscheidung zu treffen.¹¹⁵² Vor einer unbedachten Selbstbelastung ist er zweifelsohne am besten durch eine vorherige Verteidigerkonsultation geschützt,¹¹⁵³ die somit die wirksame Ausübung der Selbstbelastungsfreiheit flankiert.¹¹⁵⁴

Gleichwohl findet sich in der StPO kein Grundsatz, wonach das Strafverfahren gegen einen Beschuldigten einschließlich der polizeilichen Vernehmung stets mit Beistand eines Verteidigers durchzuführen wäre.¹¹⁵⁵ Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung gehört nur das Recht des Beschuldigten, sich im Strafverfahren von einem gewählten Anwalt seines Vertrauens verteidigen zu lassen, zu dem Anspruch auf ein faires Verfahren, der durch Art. 2 Abs. 1 GG und das Rechtsstaatsprinzip verfassungsrechtlich gewährleistet wird.¹¹⁵⁶ Dem letztgenannten Prozessgrundrecht eines unverteidigten Beschuldigten hinsichtlich einer notwendigen Mitwirkung des Verteidigers und seiner vom Amts wegen zu erfolgenden Bestellung wird nur im Rahmen der einschlägigen Vorschriften der StPO (vgl. insbes. §§ 140 ff. StPO) Genüge getan.¹¹⁵⁷ Es liegt allerdings auf der Hand, dass ein Beschuldigter durchaus und gerade bei der polizeilichen Vernehmung keinen bereits gewählten Verteidiger hat und aus unterschiedlichen Gründen – seien es Unerfahrenheit, Leichtsinn, Abgeschnittenheit von der Außenwelt oder Mittellosigkeit – nicht in den Genuss eines Verteidigerbeistands kommt. Dem wird gewissermaßen dadurch entgegengewirkt, dass die genannten Mängel durch Einhaltung der oben dargelegten gesetzlichen, aber auch höchstrichterlich anerkannten Hinweispflichten teilweise behoben werden.

2. Rechtliche und faktische Grenzen

Dennoch hat das Recht auf Verteidigerbeistand in § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO eine beschränkte Reichweite sowie Probleme bei der Umsetzung. So beanstandet das CPT, dass die Gewährung des Verteidigerzugangs nicht gleich zu Beginn der Freiheitsentziehung erfolgt, sondern in der Regel erst einige Stunden danach oder gar nach einem informellen Vorgespräch.¹¹⁵⁸ Außerdem hält es das CPT für eine wirksame

¹¹⁵² BGH NJW 2013, 2770; NJW 1993, 339; NStZ 1997, 609; BGHSt 42, 15, 22; Herrmann, NStZ 1997, 209; Kaufmann, NStZ 1998, 474.

¹¹⁵³ Vgl. BGH NJW 2013, 2271; Wollweber, StV 1999, 355 f.; Neuhaus, StV 2010, 45; Roxin, FS für Waltoś, S. 240.

¹¹⁵⁴ Roxin, Isr. L. Rev. 31/1997, 78 f.; Matt, GA 2006, 325.

¹¹⁵⁵ Vgl. BGHSt 46, 93, 98; Dahs, NJW 1965, S. 84.

¹¹⁵⁶ BVerfG NJW 1975, 1014; BGHSt 42, 15, 21 f.; Neuhaus, StV 2010, 47.

¹¹⁵⁷ BVerfG NJW 1978, 151; mehr dazu unten Kap. 3, V.B.2.

¹¹⁵⁸ CPT-Bericht über den Deutschlandbesuch v. 20.11. bis 02.12.2005, Rn. 23.

Verhütung von Misshandlungen für unumgänglich, dass dieses Recht die Möglichkeit einschließt, einen Verteidiger zu kontaktieren, von ihm im Polizeigewahrsam besucht zu werden, dafür die Vernehmung – abgesehen von einem begründeten Ausnahmefall in einer dringenden Sache – für eine angemessene Zeit bis zum Eintreffen des Verteidigers auszusetzen, mit diesem vertraulich zu sprechen und seinen Beistand weiter durch seine Anwesenheit während der Vernehmung zu beanspruchen.¹¹⁵⁹ In diesem Zusammenhang bemängelt das CPT das geltende Recht, nach dem der Verteidiger bei der polizeilichen Vernehmung kein Anwesenheitsrecht hat.¹¹⁶⁰ Das Argument, dass der Beschuldigte dabei über sein Aussageverweigerungsrecht belehrt wird und sich dementsprechend der Vernehmung nicht zu stellen braucht oder dadurch die Anwesenheit des Verteidigers erzwingen kann,¹¹⁶¹ überzeugt das CPT nicht. Denn diese Möglichkeit beseitige die besondere Verletzlichkeit des Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung weiterhin nicht, und das Komitee sei bei seinen Besuchen sehr wenigen Inhaftierten im Polizeigewahrsam begegnet, die tatsächlich den Beistand eines Verteidigers erhalten hätten.¹¹⁶² Die Anwesenheit eines Verteidigers bei der polizeilichen Vernehmung gehe folglich in der Praxis über eine theoretische Möglichkeit nicht hinaus.¹¹⁶³

Weitere Fragen des Verteidigerkonsultationsrechts im Polizeigewahrsam, wie etwa Anforderungen einer nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO rechtmäßigen Fortsetzung der Beschuldigtenvernehmung im Anschluss an den ausdrücklich geäußerten Wunsch nach einer Verteidigerkonsultation, erweisen sich in der Praxis als enorm wichtig und sind in Rechtsprechung und Literatur umstritten und nicht abschließend geklärt.¹¹⁶⁴ Hinzu kommt, dass die stark einzelfallorientierte Spruchpraxis des BGH für die Ausarbeitung fallübergreifender Anforderungen für die Praxis teilweise dermaßen unergiebig und dass der konkret zu beurteilende Sachverhalt nach einer BGH-Entscheidung manchmal schwer festzustellen ist.¹¹⁶⁵

¹¹⁵⁹ CPT-Bericht über den Deutschlandbesuch v. 08. bis 20.12.1991, Rn. 35; CPT-Bericht über den Deutschlandbesuch v. 25.11. bis 07.12.2010, Rn. 21.

¹¹⁶⁰ Hierzu siehe LR-StPO-Gleß, § 136 Rn. 45; Dahs, S. 208 f. Rn. 292; Beulke, S. 99 Rn. 156; ein solches Recht fordernd Eisenberg, S. 174 Rn. 517; Esser, FS für Kühne, S. 539 und 541; so auch Gesetzesentwurf des Deutschen Anwaltsvereins, AnwBl 2006, 25.

¹¹⁶¹ So die Stellungnahme der Regierung zum CPT-Bericht über den Deutschlandbesuch v. 08. bis 20.12.1991, S. 7; ebenso die Stellungnahme zum CPT-Bericht über den Deutschlandbesuch v. 14 bis 26.04.1996, S. 86 f.; so auch Ransiek, S. 9; SK-StPO-Rogall, § 136 Rn. 69; Renzikowski, FS für Roxin, S. 1342; Dahs, S. 209 Rn. 292; kritisch hiergegen Beulke, S. 99 Rn. 156.

¹¹⁶² CPT-Bericht über den Deutschlandbesuch v. 25.11. bis 07.12.2010, Rn. 22.

¹¹⁶³ CPT-Bericht über den Deutschlandbesuch v. 14. bis 26.04.1996, Rn. 20.

¹¹⁶⁴ Vgl. LR-StPO-Gleß, § 136 Rn. 41–43; Beulke/Barisch, StV 2006, 569; Beulke, NSz 1996, 260.

¹¹⁶⁵ Klein, StV 2007, 282 f.

3. Recht auf Konsultation eines Verteidigers eigener Wahl

a) Grundzüge des Schutzzumfangs

Äußert sich der Beschuldigte bei der polizeilichen Vernehmung nach entsprechender Belehrung gem. § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO dahingehend, vor der polizeilichen Vernehmung mit seinem bereits gewählten Verteidiger sprechen zu wollen, so darf ihm die Konsultation nicht erschwert oder diese gar verhindert werden (vgl. § 137 Abs. 1 StPO).¹¹⁶⁶ Die Vernehmung muss nach der Äußerung dieses Verlangens unterbrochen werden, um ihm anschließend Zugang zum Verteidiger zu gewähren.¹¹⁶⁷ Die psychische Verweigerung des Zugangs zum gewählten Verteidiger, etwa durch die Aussage, er müsse selbst wissen, ob er aussagen wolle; diese Entscheidung könne ihm der Verteidiger nicht abnehmen; er werde vernommen, bis Klarheit herrsche, verstößt einhellig gegen die Zugangspflicht und zieht die Unverwertbarkeit der ohne Verteidigerbeistand geführten Vernehmung nach sich.¹¹⁶⁸

Die Unterbrechungs- sowie Zugangspflicht tritt auch ein, wenn der Beschuldigte einen Verteidiger konsultieren will, jedoch einen solchen nicht benennen kann.¹¹⁶⁹ Über die weiter bei der Gewährung des Rechts auf Verteidigerkonsultation gem. § 136 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 137 Abs. 1 StPO einzuhaltende rechtliche Vorgehensweise für die Ermittlungsorgane, insbesondere eine Hilfspflicht und gegebenenfalls ihren Umfang, besteht in der Rechtsprechung keine Einigkeit.¹¹⁷⁰ Grundsätzlich sieht der 1. Strafsenat in solchen Fällen sowie bei der Gewährung des Zugangs zu einem bereits benannten Verteidiger einen Verstoß nur darin, dass die Ermittlungsorgane dem Beschuldigten durch ihr entsprechendes Verhalten klarmachen, dass er sein Recht auf einen Verteidigerbeistand nicht durchsetzen werde. Abgesehen von der oben genannten ersten Hinweispflicht auf die Möglichkeit des anwaltlichen Notdienstes im Fall eines Kapitaldeliktes¹¹⁷¹ erlegt er den polizeilichen

¹¹⁶⁶ BGHSt 38, 372, 373 = BGH 4 StR 126/92 Ur. v. 29.10.1992, HRRS-Datenbank; OLG Frankfurt Beschl. v. 28.02.2007 – 1 W 47/06 BeckRS 2007, 03886; siehe auch *Roxin*, JZ 1993, 426; für den Wortlaut dieser Vorschrift siehe Anhang: Gesetzestexte.

¹¹⁶⁷ BGH NJW 2013, 2770; BGHSt 38, 372, 373; LG Kiel StV 2005, 600; SK-StPO-Rogall, § 136 Rn. 47; KMR-Pauckstadt-Maihold, § 136 Rn. 14; Meyer-Göfner, § 136 Rn. 10; BeckOK-StPO-Monka, § 136 Rn. 11; KK-StPO-Diemer, § 136 Rn. 14; LR-StPO-Gleß, § 136 Rn. 43; *Renzikowski*, FS für Roxin, S. 1343; *Beulke*, NStZ 1996, 259; *Rieß*, JR 1993, 334.

¹¹⁶⁸ BGHSt 38, 372, 373; AG Neumünster, StV 2001, 499 mit Anm. *Gübner*; vgl. OLG Frankfurt Beschl. v. 28.02.2007 – 1 W 47/06, BeckRS 2007, 03886; ebenso LG Frankfurt am Main Ur. v. 04.08.2011 Az. 2-04 O 521/05 Rn. 93 = OpenJur 2011, 94498.

¹¹⁶⁹ BGHSt 42, 15, 19 f. = BGH 5 StR 756/94 Ur. v. 12.01.1996, HRRS-Datenbank.

¹¹⁷⁰ *Neuhaus*, StV 2010, 45; *Bosch*, Hinweispflichten, JA 2006, 409; *Herrmann* NStZ 1997, 209.

¹¹⁷¹ BGH NStZ 2006, 237 = BGH 1 StR 114/05 Beschl. v. 18.10.2005, HRRS 2005 Nr. 893; NStZ-RR 2006, 182 f. = BGH 1 StR 117/05 Beschl. v. 19.10.2005, HRRS 2005 Nr. 89.

Ermittlungsorganen keine weiteren aktiven Handlungspflichten auf. Der belehrte Beschuldigte könne die Suche und Konsultierung eines neuen Verteidigers durch die Aufrechterhaltung der Aussageverweigerung „unschwer“ durchsetzen.¹¹⁷² Dagegen bürdet der 5. Strafsenat den Ermittlungsorganen auf, nicht nur den Willen des Beschuldigten bezüglich der Konsultation eines Verteidigers zu beachten, sondern ihm auch bei der Suche nach einem Verteidiger eine gewisse Hilfe zu leisten und die Vernehmung erst unter Einhaltung einer weiteren qualifizierten Belehrung fortzusetzen.¹¹⁷³

b) Reichweite der Sorgepflicht

Verlangt ein Beschuldigter bei der polizeilichen Vernehmung die Konsultation eines Verteidigers, kann einen solchen jedoch nicht namhaft machen, so haben ihm die polizeilichen Ermittlungsorgane nach der erforderlichen Unterbrechung durch ernsthafte und geeignete Bemühungen in effektiver Weise dabei zu helfen, Kontakt mit einem Verteidiger aufzunehmen.¹¹⁷⁴ Der Hinweis auf Rechtsanwaltsbüros in einem lokalen Telefonbuch stellt nach dem 5. Senat für einen der deutschen Sprache nicht mächtigen Beschuldigten keine geeignete Hilfeleistung dar.¹¹⁷⁵ Außer der oben bereits erwähnten ersten Belehrung des Beschuldigten, der eine Konsultation wünscht, über den anwaltlichen Notdienst¹¹⁷⁶ besteht auch nach der beschuldigtenfreundlichen Rechtsprechung des 5. Strafsenats für die polizeilichen Ermittlungsbehörden keine qualifizierte Hinweispflicht auf den anwaltlichen Notdienst, wenn die Kontaktaufnahme zu dem vom Beschuldigten selbst benannten Verteidiger gescheitert ist und dieser nicht den Wunsch äußert, einen anderen Verteidiger zu wählen. Die gebotene Hilfestellung sei durch die Vornahme des nicht erfolgreichen Telefonates mit dem zuerst benannten Verteidiger erfüllt worden.¹¹⁷⁷

Es sei erneut darauf hingewiesen, dass die erforderliche Hilfestellung nach dem 1. Strafsenat bereits dann geleistet ist, wenn sich die Vernehmungsbeamten nach dem ausdrücklich geäußerten Wunsch eines Beschuldigten, die Konsultation eines namentlich von ihm benannten Verteidigers vor der Vernehmung zu beanspruchen,

¹¹⁷² BGHSt 42, 170, 174 = BGH 1 StR 154/96 Urt. v. 21.05.1996, HRRS-Datenbank; hierzu siehe *Schneider*, Jura 1997, 135; kritisch hiergegen *Ventzke*, StV 1996, 526; *Herrmann*, NStZ 1997, 210 f.; *Wollweber*, NStZ 1998, 311.

¹¹⁷³ BGHSt 42, 15, 19 f.; *Müller*, StV 1996, 359; kritisch hiergegen *Schneider*, Jura 1997, 132.

¹¹⁷⁴ BGHSt 42, 15, 19 f.; BeckOK-StPO-Monka, § 136 Rn. 12; KK-StPO-Diemer, § 136 Rn. 14; *Renzikowski*, FS für Roxin, S. 1343; vgl. BGHSt 42, 170, 171 ff.

¹¹⁷⁵ BGHSt 42, 15, 19 f.

¹¹⁷⁶ Hierzu siehe oben Kap. 3, V.A.3.e).

¹¹⁷⁷ BGH NStZ 2006, 115 = BGH 5 StR 200/05 Beschl. v. 11.08.2005, HRRS 2005 Nr. 861; SK-StPO-Rogall, § 136 Rn. 48; BeckOK-StPO-Monka, § 136 Rn. 11; a.A. *Jahn*, JuS 2006, 273; kritisch hiergegen auch *Beulke/Barisch*, StV 2006, 570; zur Entscheidungsbesprechung siehe auch *Bosch*, Hinweispflichten, JA 2006, 409 f.

ernsthaft und aktiv um die Kontaktaufnahme bemühen. Der von seinem Schweigerecht Gebrauch machende Beschuldigte müsse bei dem erneuten Vernehmungsvorversuch über die gescheiterte Kontaktaufnahme nicht belehrt werden. Eine wiederholte einfache Belehrung nach §§ 136 i.V.m. 163a StPO zeige, dass das Recht des Beschuldigten auf Verteidigerkonsultation respektiert und nicht beeinträchtigt worden ist und dieser über die Ausübung seines Schweigerechts frei verantwortlich entscheiden konnte.¹¹⁷⁸

c) Fortsetzung der Vernehmung

Erklärt der Beschuldigte noch vor der Entscheidung, ob er sich zur Sache einlässt oder nicht, zunächst einen Verteidiger konsultieren zu wollen, so haben die Vernehmungsbeamten diesen Wunsch grundsätzlich zu respektieren.¹¹⁷⁹ Seine Veranlassung zu weiteren Sachäußerungen könnte nach dem BGH sowohl eine Missachtung und Verletzung des Schweigerechts als auch eine unzulässige Beeinträchtigung seines Rechts auf Verteidigerkonsultation gem. § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO zur Folge haben.¹¹⁸⁰ Dies bedeutet allerdings kein Verbot der Fortsetzung der Vernehmung bzw. Entgegennahme von Beschuldigtenäußerungen ohne eine vorherige Verteidigerkonsultation.¹¹⁸¹ Diese Rechtslage besteht im Übrigen auch für die Fälle, in denen eine Pflichtverteidigerbestellung aufgrund des bereits vor der Vernehmung vorliegenden dringenden Tatverdachts eines Verbrechens (vgl. § 140 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 141 Abs. 3 Satz 2 StPO) geboten war.¹¹⁸² Eine Pflicht, die Vernehmung bis zum Eintreffen des Pflichtverteidigers oder zumindest für eine angemessene Wartezeit zu unterbrechen, lässt sich nach dem BGH aus diesen Vorschriften nicht ableiten.¹¹⁸³ Dieser Rechtsprechung wird in der Literatur zutreffend mehrmals widersprochen.¹¹⁸⁴ Zuletzt hat der 3. Strafsenat bemängelt, dass mit der Vernehmung des Beschuldigten durch die Haftrichterin nicht bis nach der Mittagspause gewartet wurde, da sein namentlich genannter Verteidiger nicht erreichbar war und sich der Beschuldigte weiter auf sein Schweigerecht berief.¹¹⁸⁵

¹¹⁷⁸ BGH NStZ 2013, 300.

¹¹⁷⁹ BGH NJW 2013, 2770; *Bosch*, Hinweispflichten, JA 2006, 409; *Klemke*, StV 2003, 415.

¹¹⁸⁰ BGH NJW 2013, 2770; NStZ 2004, 451.

¹¹⁸¹ BGH NJW 2009, 3590; NStZ 1997, 252; NJW 1992, 2904.

¹¹⁸² Für den Wortlaut dieser Vorschriften siehe Anhang: Gesetzestexte.

¹¹⁸³ BGH NJW 2006, 1010 = BGHR StPO § 136 Abs. 1 Verteidigerbefragung 9; vgl. *BGH-Nack* Urt. v. 13.11.1997 – 4 StR 363/97 = NStZ 1998, 265.

¹¹⁸⁴ *Roxin*, JZ 1997, 345; *Beulke*, NStZ 1996, 259; *Klemke*, StV 2003, 415; *Teuter*, StV 2005, 236; *SK-StPO-Rogall*, § 136 Rn. 46.

¹¹⁸⁵ BGH NJW 2013, 2770 f.

aa) Grenzen freiwilligen Verzichts

Über die normativen Grenzen des weiteren Vorgehens bei einer möglichen Fortsetzung der Vernehmung besteht in Rechtsprechung und Literatur keine Klarheit und Einigkeit.¹¹⁸⁶ Grundsätzlich gilt, dass ein Beschuldigter auf sein Recht auf Verteidigerbeistand gem. § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO freiwillig verzichten und der Fortsetzung der Vernehmung zustimmen kann, selbst wenn ein Pflichtverteidigerfall vorliegt.¹¹⁸⁷ Nach dem 3. Strafsenat verbietet § 136a StPO auch in diesem Zusammenhang nicht jede List.¹¹⁸⁸ In einer folgenden Entscheidung widersprach der 5. Strafsenat dieser Grenzziehung ausdrücklich. Die Respektspflicht der Verteidigerkonsultation gehe über die Maßstäbe des § 136a StPO hinaus.¹¹⁸⁹ Die Hilfsbedürftigkeit des Beschuldigten darf nach dem Senat keineswegs dazu missbraucht werden, ihn davon zu überzeugen bzw. dazu zu drängen, der Fortsetzung der Vernehmung ohne eine Verteidigerkonsultation zuzustimmen.¹¹⁹⁰

In diesem Zusammenhang war nach dem Senat etwa das polizeiliche Vorgehen „bedenklich“, dass der Beschuldigte, der sich ausdrücklich auf sein Schweigerecht berief und eine Aussagebereitschaft von der Konsultation eines von ihm namentlich angegebenen Verteidigers abhängig machte, dennoch danach gefragt wurde, ob man während der Wartezeit „miteinander sprechen“ könnte, obwohl die Ermittlungsorgane die Benachrichtigung des Verteidigers nicht beabsichtigten. Ein solches Vorgehen ist nach dem Senat dazu geeignet, den Beschuldigten dahingehend in die Irre zu führen, dass jenes „Gespräch“ sich in seiner Verwertbarkeit von einer „förmlichen“ Vernehmung unterscheidet. Eine Täuschung nach § 136a Abs. 1 StPO lag unter den konkreten Umständen des Falles jedoch nicht vor, da das bedenkliche Vorgehen bei dem Beschuldigten keinen entsprechenden Irrtum verursachte.¹¹⁹¹ Über die Grenzen des § 136a StPO hinaus kann nach dem Senat das Schweigerecht eines unverteidigten Beschuldigten entwertet werden, wenn dieser durch stetiges Nachfragen ohne einen zureichenden Grund weiter zur Aussage veranlasst wird. Dieses wäre erst dann begründet, wenn neue Beweistatsachen bekannt geworden sind, nach denen der Beschuldigte noch nicht befragt worden war, eine neue prozessuale Situation eingetreten oder eine gewisse Zeitspanne verstrichen ist, in der

¹¹⁸⁶ LR-StPO-Gleiß, § 136 Rn. 99.

¹¹⁸⁷ BVerfG 2 BvR 2085/05 v. 16.02.2006.

¹¹⁸⁸ BGH NJW 1992, 2904 f.; in diese Richtung auch BGH NJW 2009, 3590; NStZ 1997, 252; vgl. AG Neumünster, StV 2001, 499 mit Anm. Gübner; LG Kiel StV 2005, 600.

¹¹⁸⁹ BGH NStZ 1996, 292; in diese Richtung Müller, StV 1996, 359; Roxin, JZ 1997, 345; BeckOK-StPO-Monka, § 136 Rn. 11; Renzikowski, FS für Roxin, S. 1344; Bosch, Hinweispflichten, JA 2006, 409.

¹¹⁹⁰ BGHSt 42, 15, 20; Fortsetzung in BGH NStZ 2004, 389 f.

¹¹⁹¹ BGH NJW 2006, 1009; zur Unzulässigkeit solch informeller Gespräche siehe auch Beulke, NStZ 1996, 259 f.

er sich sein Aussageverhalten neu überlegt haben könnte.¹¹⁹² Das Schweigerecht des unverteidigten Beschuldigten sei insofern missachtet worden, als er über die Absicht der Fortsetzung der Vernehmung ohne eine vorherige Verteidigerkonsultation nicht informiert und weiter zur Sache befragt wurde, obwohl er seine Aussagebereitschaft von der Konsultation seines Verteidigers abhängig gemacht hatte. Die Frage, ob dies ein Beweisverwertungsverbot zur Folge hat, lässt der Senat allerdings offen, weil das Urteil nicht auf den Aussagen des Beschuldigten beruhe, die er bei der fraglichen Vernehmung gemacht habe.¹¹⁹³

Unter Heranziehung des genannten normativen Maßstabes des 3. Senats betrachtet zuletzt der 4. Senat das Vorgehen der polizeilichen Ermittlungsorgane nicht per se als unzulässig, dass der schweigende Beschuldigte, der trotz spontaner belastender Äußerungen nach einer einfachen Belehrung entsprechend § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO nun alles über seinen Anwalt regeln wollte, doch durch Schaffung des Anreizes zum Umdenken gebracht wurde, da er durch das Aussagen auch zu seiner Entlastung beitragen könnte und seine entlastenden Angaben im Rahmen der fortdauernden Ermittlungen am Tatort bei einer Spurensuche berücksichtigt werden könnten. Durch die Herbeiführung eines solchen Aussagemotivs sei der Beschuldigte weder in die Irre geführt noch in unzulässiger Weise zu Aussage gedrängt worden. Er sei dennoch imstande gewesen, die möglichen Vorteile seiner Einlassung einzuschätzen und sich zwischen Aussage und Schweigen zu entscheiden.¹¹⁹⁴

bb) Entgegennahme spontaner Äußerungen

Macht ein Beschuldigter nach dem Abbruch der Vernehmung in einem Gespräch mit dem Vernehmungsbeamten Sachangaben, obwohl er weiß, dass währenddessen ein anderer Beamter mit seiner benannten Verteidigerin telefonierte, so liegt nach dem 1. Strafsenat keine Beeinträchtigung des Verteidigerkonsultationsrechts gem. § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO vor.¹¹⁹⁵ Der 3. Strafsenat hob in seiner kürzlich ergangenen Entscheidung den Maßstab der Respektspflicht für die Ermittlungsorgane im Hinblick auf die Reichweite der Entgegennahmefugnis deutlich mit der Begründung an, dass die tatsächliche Wahrnehmung der Verteidigerkonsultation eine erhebliche Sachnähe zu verfassungsrechtlich verankerter Selbstbelastungsfreiheit aufweist. Als Grundsatz gilt daher nun, dass die Vernehmung ohne eine vorausgegangene Konsultation erst dann fortgesetzt werden darf, wenn der Beschuldigte

¹¹⁹² BGH NJW 2006, 1009; siehe auch SK-StPO-Rogall, § 136 Rn. 49; siehe auch StK-StPO-Joecks, § 136 Rn. 9; Meyer-Gofner, § 136 Rn. 10; Renzikowski, FS für Roxin, S. 1344.

¹¹⁹³ BGH NJW 2006, 1010.

¹¹⁹⁴ BGH NJW 2009, 3590 = BGH 4 StR 170/09 Beschl. v. 09.06.2009, HRRS 2009 Nr. 6; a.A. Meyer-Mews, NStZ 2009, 3690 f.

¹¹⁹⁵ BGH NStZ 2004, 451 = BGH 1 StR 380/03 Beschl. v. 18.12.2003, HRRS 2004 Nr. 194.

dem auch nach getätigten spontanen Äußerungen in freier Entscheidung zustimmt.¹¹⁹⁶ Solange weitere Erkenntnisse oder eine neue prozessuale Situation nicht eintraten, hätte die Vernehmung nach den spontanen Äußerung nur dann fortgesetzt werden dürfen, wenn der Beschuldigte vor dem Nachfragen ausdrücklich befragt worden wäre, ob er nunmehr bereit wäre, sich auch ohne vorherige Verteidigerkonsultation umfassend zur Sache einzulassen. Denn erst dadurch wäre die Ungewissheit, ob und gegebenenfalls wann sein Verteidiger erreichbar sein würde, beseitigt worden. Das gegenteilige Verhalten der Ermittlungsrichterin stellte nach dem BGH einen unzulässigen Eingriff in die Selbstbelastungsfreiheit des Beschuldigten dar. Dies machte nach dem Senat auch die unter Verstoß dagegen gemachten Aussagen unverwertbar.¹¹⁹⁷

4. Bestellung eines Pflichtverteidigers

Hat der Beschuldigte keinen Verteidiger seiner Wahl, so kann er nach §§ 140, 141 StPO, die die Konkretisierung des verfassungsrechtlichen und nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK einzuhaltenden Gebots einer fairen Verfahrensführung darstellen,¹¹⁹⁸ durch die Beordnung eines Pflichtverteidigers einen rechtlichen Beistand in Anspruch nehmen.¹¹⁹⁹ Bei erfüllten formellen und materiellen Voraussetzungen der §§ 140 ff. StPO ist seine Bestellung vom Amts wegen vorzunehmen (a)). Der Beschuldigte kann dies jedoch durch einen Antrag anregen (vgl. § 140 Abs. 2 StPO),¹²⁰⁰ wenn er etwa nach der neuen Gesetzesänderung gem. § 136 Abs. 1 Satz 3 StPO spätestens bei der polizeilichen Vernehmung über die Möglichkeit einer Pflichtverteidigerbestellung belehrt wird. Die konkrete Beordnung steht bei näherer Betrachtung weitgehend im Ermessen der Strafverfolgungsorgane, dessen rechtmäßige Ausübung von der Rechtsprechung geprüft wird (b)).

a) Voraussetzung einer Pflichtverteidigerbestellung

Der gesetzlich vorgesehene Fall einer notwendigen Verteidigung liegt im Hinblick auf eine polizeiliche Vernehmung des Beschuldigten bei den in § 140 Abs. 1 StPO genannten Beispielen in der Regel bei dem Vorwurf eines Verbrechens vor. Außerdem kann die Beordnung eines Pflichtverteidigers entsprechend der Generalklausel des § 140 Abs. 2 StPO vorgenommen werden, wenn wegen der

¹¹⁹⁶ BGH NJW 2013, 2770 = BGH 3 StR 435/12 Urt. v. 27.06.2013, HRRS 2013 Nr. 805; KK-StPO-Diemer, § 136 Rn. 14.

¹¹⁹⁷ BGH NJW 2013, 2770 f.; hierzu kritisch Jäger, JA 2013, 793 ff.

¹¹⁹⁸ BVerfG NJW 1983, 1599; NJW 1984, 113; NJW 1978, 151; BGH NStZ 2002, 381; hierzu siehe auch Brunhöber, ZIS 12/2010, 767; Volk, S. 101 Rn. 27.

¹¹⁹⁹ Vgl. Schlothauer, FS für Samson, S. 713.

¹²⁰⁰ BVerfG NJW 1978, 151; siehe auch Franke, GA 2002, 573; Klemke, StV 2003, 413; Sowada, NStZ 2005, 1; Esser, FS für Kühne, S. 543 f.

Schwere der Tat oder wegen der Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage die Mitwirkung eines Verteidigers geboten erscheint oder wenn ersichtlich ist, dass sich der Beschuldigte nicht selbst verteidigen kann.¹²⁰¹ Hierunter fällt auch der Umstand, dass der wegen einer „schwerwiegenden“ Straftat Beschuldigte die Kosten eines gewählten Verteidigers nicht aufbringen kann.¹²⁰²

Im Vorverfahren stellt nach § 141 Abs. 3 Satz 2 StPO die Staatsanwaltschaft dann den Antrag auf die Bestellung eines Pflichtverteidigers beim Gericht, wenn nach ihrer Auffassung in dem gerichtlichen Verfahren dessen Mitwirkung nach § 140 Abs. 1 oder 2 notwendig sein wird. Über die Auslegung dieser Befugnis der Staatsanwaltschaft besteht bei den Senaten des BGH weitgehend Unklarheit.¹²⁰³

b) Rechtsprechung des BGH

Unumstritten ist es zwischen dem 1. und 5. Senat, dass sich aus den genannten Vorschriften der StPO nicht entnehmen lässt, dass die Staatsanwaltschaft oder die polizeiliche Ermittlungsbehörde bei der Erlangung des Beschuldigtenstatus wegen eines hinreichenden Verdachts eines Verbrechens oder eines gewichtigen Vergehens automatisch die Stellung eines entsprechenden Antrags vorzunehmen hätten.¹²⁰⁴ Des Weiteren verlangen die Vorschriften nach dem BGH nicht, auch nach der Vornahme der Antragstellung auf Beordnung eines Pflichtverteidigers mit der Vernehmung des Beschuldigten innezuhalten, konkret weder die Fortsetzung der Vernehmung zu initiieren noch selbstbelastende Äußerungen des Beschuldigten entgegenzunehmen bzw. diese nach spontanen Äußerungen durch Nachfragen zu provozieren, bis der Verteidiger tatsächlich gerichtlich bestellt ist und seine Tätigkeit aufgenommen hat. Nach den beiden Senaten ist die Fortsetzung jedenfalls unbedenklich, wenn der seine Rechte kennende Beschuldigte zuvor ausdrücklich darüber belehrt wird, dass ihm nunmehr ein Pflichtverteidiger zu bestellen ist.¹²⁰⁵ Die Frage, ob eine unbewusste Unterlassung der genannten Belehrung ein Beweisverwertungsverbot zu begründen vermag, lässt der BGH offen.¹²⁰⁶

¹²⁰¹ Vgl. *Volk*, S. 102 Rn. 29 nach dem in der Praxis u.a. bei Erwartung einer Freiheitsstrafe von einem Jahr die Voraussetzung der Schwere der Tat als erfüllt angesehen wird.

¹²⁰² BVerfG NJW 1983, 1599; vgl. BGHSt 46, 178, 182 ff., wonach das Recht auf ein faires Verfahren gemäß Art. 6 EMRK sowie § 140 Abs. 2 StPO nicht gebietet, einem Beschuldigten allein deswegen einen Pflichtverteidiger beizuordnen, weil er der deutschen Sprache nicht mächtig ist und nicht für die Kosten eines Dolmetschers aufkommen kann.

¹²⁰³ Vgl. LR-StPO-Gleiß, § 136 Rn. 42; SK-StPO-Rogall, § 136 Rn. 50; *Esser*, FS für Kühne, S. 549 f.; *Teuter*, StV 2005, 223.

¹²⁰⁴ BGH NStZ 2002, 381; NJW 2000, 977; so auch im Ergebnis BVerfG 2 BvR 2085/05 v. 16.02.2006; *Franke*, GA 2002, 577; kritisch *Teuter*, StV 2005, 226 f.

¹²⁰⁵ BGH NStZ 2002, 380; NJW 2002, 977; so auch im Ergebnis BGH NStZ 2004, 390; vgl. BVerfG 2 BvR 2085/05 v. 16.02.2006.

¹²⁰⁶ BGHSt 50, 272, 274 f. = BGH 1 StR 447/05 Beschl. v. 09.11.2005, HRRS 2006 Nr. 40; kritisch *Neuhaus*, StV 2010, 51.

Eine automatische Antragstellungs- und Aussetzungspflicht ist nach dem BGH auch unter dem Aspekt des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK i.V.m. Art. 2 Abs. 1 und 20 Abs. 3 GG als Mindeststandard nicht geboten. Dafür sei eine rechtspolitische Entscheidung des Gesetzgebers gefragt, der die Interessen des Beschuldigten an möglichst effektiver Verteidigung, die Belange der Wahrheitsermittlung, der Verfahrensbeschleunigung, eines effektiven Opferschutzes und der Kosteninteressen abzuwägen habe.¹²⁰⁷ Nach dem 1. Strafsenat wäre auch das Gewicht einer unterstellten Verletzung des § 141 Abs. 3 Satz 2 StPO nicht ausreichend schwerwiegend, um ein Verwertungsverbot für die ohne eine vorherige Verteidigerkonsultation durchgeführte Vernehmung des Beschuldigten im Fall einer möglichen notwendigen Verteidigung anzunehmen, wenn der Beschuldigte sein Schweige- und Verteidigerkonsultationsrecht kannte.¹²⁰⁸

Im Übrigen erachtet der 1. Strafsenat eine Pflicht zur Antragstellung erst dann für gegeben, wenn sich der Tatverdacht für die Staatsanwaltschaft als dringend erwiesen hat und der Beschuldigte bereits in dieser Lage des Verfahrens, also bei der polizeilichen Vernehmung, des Beistands eines Verteidigers bedarf.¹²⁰⁹ Außerdem könne die Staatsanwaltschaft die Antragstellung hinauszögern, bis sie geklärt hat, ob der Beschuldigte nicht sein Recht beansprucht, einen Verteidiger seiner Wahl zu konsultieren.¹²¹⁰ Jedenfalls sei die Antragstellung zu erwägen, wenn die Staatsanwaltschaft die Beantragung der U-Haft beabsichtigt (vgl. §§ 140 Abs. 1 Nr. 4 und 5 sowie § 141 Abs. 3 Satz 4 StPO).¹²¹¹

Über die Pflichtverteidigerbeordnung entscheidet dann das erkennende Gericht nach seinem Ermessen, das jedoch seine Einschätzung der Lage nicht ohne Weiteres an die Stelle der Staatsanwaltschaft setzen darf.¹²¹² Der 5. Senat nimmt dagegen die Antragspflicht der Staatsanwaltschaft hinsichtlich einer Pflichtverteidigerbestellung für den Beschuldigten ohne Wahlverteidiger bei der polizeilichen Vernehmung erst dann an, wenn sie i.S.d. § 140 Abs. 1 und Abs. 2 StPO mit einer gewichtigen Anklageerhebung, nämlich wegen eines Verbrechens oder eines gewichtigen Vergehens, zu rechnen hat und die Mitwirkung eines Verteidigers schon vor Anklageerhebung

¹²⁰⁷ BGH NStZ 2002, 381; siehe auch BGH NStZ 2004, 390; kritisch *Roxin/Schünemann*, S. 125 Rn. 42.

¹²⁰⁸ BGHSt 47, 172, 179 f.; BGH NJW 2002, 978.

¹²⁰⁹ BGHSt 47, 172, 176; BGH NJW 2002, 977; siehe auch LR-StPO-Gleiß, § 136 Rn. 44; SK-StPO-Rogall, § 136 Rn. 50; *Roxin/Schünemann*, S. 120 Rn. 24; *Teuter*, StV 2005, 223; *Franke*, GA 2002, 577.

¹²¹⁰ BGHSt 47, 172, 177; BGH NJW 2002, 977; kritisch hiergegen *Teuter*, StV 2005, 236.

¹²¹¹ BGHSt 47, 172, 177; BGH NJW 2002, 977; *Sowada*, NStZ 2005, 4; zur Erforderlichkeit eines Verteidigers für den inhaftierten Beschuldigten siehe auch *Schlothauer*, FS für Samson, S. 709 f.; *Teuter*, StV 2005, 235.

¹²¹² BGH NJW 2002, 977; siehe auch *Klemke*, StV 2003, 414; *Sowada*, NStZ 2005, 4 ff.; kritisch gegenüber der Zuständigkeit des erkennenden Gerichts im Ermittlungsverfahren *Esser*, FS für Kühne, S. 542.

für eine effektive Wahrnehmung der Verteidigungsinteressen unerlässlich ist. Darüber zu entscheiden liegt nach dem Senat innerhalb des nicht umfassend gerichtlich überprüfbaren Beurteilungsspielraums der Staatsanwaltschaft.¹²¹³ Ihr Entscheidungsspielraum ist nach der neuen Fassung des § 141 Abs. 3 StPO durch das Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts vom 29.7.2009 nur dann gleich null, wenn der Haftbefehl bereits erlassen und mit der Vollstreckung der U-Haft begonnen worden ist. In diesem Fall ist dem inhaftierten Beschuldigten nach § 141 Abs. 3 Satz 4 StPO unverzüglich ein Pflichtverteidiger zu bestellen. Dasselbe gilt nach der gefestigten Rechtsprechung für den Fall einer beweissichernden ermittlungsrichterlichen Vernehmung eines wesentlichen Belastungszeugen in Abwesenheit des Beschuldigten.¹²¹⁴

c) Ergebnisse

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass § 140 StPO einer restriktiven Auslegung unterliegt, die zu Recht beanstandet wird. Die Beiordnung eines Pflichtverteidigers im gesamten Ermittlungsverfahren bleibt im Ergebnis eine Ausnahme, zumal die Staatsanwaltschaft die Bestellung eines Pflichtverteidigers eher entsprechend § 141 Abs. 1 StPO als gem. § 141 Abs. 3 StPO erst bei der Anklageerhebung erwägt, wo der Beschuldigte nach § 201 StPO zu einer Erklärung über die Anklageschrift aufgefordert wird.¹²¹⁵ Daher gelten die Vorschriften über die Pflichtverteidigerbestellung bei der polizeilichen Vernehmung weiterhin als äußerst reformbedürftig.¹²¹⁶ Hinzu kommt, dass die polizeilichen Ermittlungsbehörden bewusst in den abendlichen oder nächtlichen Stunden sowie am Wochenende Verhaftungen vornehmen, wenn die Betroffenen erfahrungsgemäß wenig Aussicht auf die Inanspruchnahme eines Verteidigerbeistands haben.¹²¹⁷

5. Zwischenergebnisse zum Recht auf Verteidigerbeistand

In Anbetracht der oben dargelegten gesetzlichen Regelungen sowie der entsprechenden Rechtsprechung lässt sich konstatieren, dass die Gewährung des Rechts

¹²¹³ BGH NStZ 2002, 380; kritisch hiergegen *Klemke*, StV 2003, 414; siehe auch SK-StPO-Rogall, § 136 Rn. 50.

¹²¹⁴ BGH NStZ 2002, 380; siehe auch SK-StPO-Paeffgen, § 114b Rn. 9b; *Thielmann*, HRRS 2013, 283 ff.

¹²¹⁵ *Wohlens*, StV 2007, 376; *Teuter*, StV 2005, 224; *Sowada*, NStZ 2005, 1.

¹²¹⁶ LR-StPO-Gleiß, § 136 Rn. 44; *Roxin/Schünemann*, S. 125 Rn. 42 ff.; *Esser*, FS für Kühne, S. 560 ff.; weitere Nachweise bei *Teuter*, StV 2005, 223 Fn. 9; *Sowada*, NStZ 2005, 2 Fn. 13; siehe etwa Gesetzesentwurf des Deutschen Anwaltsvereins, AnwBl 2006, 24 ff.

¹²¹⁷ *Kilian*, Notdienst, S. 153; *Klein*, StV 2007, 283; für weitere Probleme der Pflichtverteidigerbestellung in der Praxis, etwa zum sog. genehmen und unkomplizierten Verteidiger, siehe auch *Esser*, FS für Kühne, S. 546 ff.

auf Verteidigerbeistand bei der polizeilichen Vernehmung in einer sehr engen Verbindung mit der Aussagefreiheit steht. Daran ändert es nichts, wenn das Verteidigerkonsultationsrecht nicht unmittelbar aus der Aussagefreiheit abgeleitet wird. Es steht jedoch fest, dass die verfassungsrechtliche Höhe des letztgenannten Rechts für eine weite Auslegung der gesetzlichen Vorschriften über das Verteidigerkonsultationsrechts richtungsgebend ist.

VI. Beweisverwertungsverbote

Die materiellen Aspekte der Aussagefreiheit bei der polizeilichen Vernehmung eines Beschuldigten wurden bereits untersucht. Nun stellt sich die Frage nach der prozessrechtlichen Folge, wenn gegen die Aussagefreiheit verstoßen wird. Von großer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die Annahme eines Beweisverwertungsverbots, die sich im Allgemeinen nicht leicht herausstellt (A.). Die verfassungsrechtliche Verbürgung der Selbstbelastungsfreiheit stellt dabei in ihrem Kern eine beachtliche Grundlage dar, die im Regelfall imstande ist, den Interessen der Strafrechtspflege an der Verwertung wirksam entgegenzutreten (B.). Die tatsächliche Reichweite des beweisrechtlichen Schutzes der Aussagefreiheit lässt sich erst bei näherer Betrachtung einzelner Beweisverwertungsverbote feststellen (C.).

A. Erforderlichkeit eines Verwertungsverbots

Es besteht kein Zweifel, dass die Annahme eines Verwertungsverbots eines der wirksamen strafprozessualen Mittel darstellt, um den Rechtszustand wiederherzustellen, der durch den Verfahrensverstoß bei der Erhebung eines Beweises verletzt wurde bzw. um die Verletzung angemessen zu kompensieren. Die Frage, ob und wie sich das rechtlich allgemein für alle Arten von Verfahrensverstößen begründen lässt, ist in Rechtsprechung und Schrifttum dennoch äußerst umstritten.¹²¹⁸ Angeführt werden mehrere Beweislehren, auf die hier aus Platzgründen nicht eingegangen werden kann.¹²¹⁹ Die Rechtsprechung befürwortet die Abwägungslehre, deren Kernaussage darin besteht, dass nicht jeder Verfahrensverstoß bei der Erhebung eines Beweismittels zugleich ein entsprechendes Verwertungsverbot im Strafverfahren zur Folge

¹²¹⁸ Gaede, JR 2009, 498 f.; Lesch, JA 1995, 160.

¹²¹⁹ Hierzu siehe etwa Eisenberg, S. 121 ff.; StK-StPO-Joecks, Einl. Rn. 188 ff.; Kindhäuser, S. 179 ff.; Volk, S. 261 ff.; Beulke, S. 279 ff.

hat.¹²²⁰ Über die Annahme eines solchen Verbots soll in jedem Einzelfall durch eine sorgfältige Prüfung entschieden werden, in der zwischen den sich widerstreitenden prozessual- und verfassungsrechtlichen Grundsätzen, nämlich dem Schutz der betroffenen Rechtsgüter eines Beschuldigten und der Achtung der Interessen der Allgemeinheit an einer wirksamen Strafrechtspflege, abgewogen wird. Zu berücksichtigen seien hier insbesondere die Art und Schwere des Verfahrensverstößes und die Erheblichkeit der aufzuklärenden Straftat.¹²²¹ Betrifft der Verstoß eines der grundlegenden Rechte des Beschuldigten, so ist ein Beweisverwertungsverbot angezeigt.¹²²²

B. Verwertungsverbote bei Verstößen gegen die Selbstbelastungsfreiheit

Bei Verstößen gegen die Selbstbelastungsfreiheit wiegt der Verfahrensfehler besonders schwer, weil eines der verfassungsrechtlich garantierten Rechte des Beschuldigten verletzt wird, dessen Schutz nach der Rechtsprechung die Annahme eines Verwertungsverbots begründen kann.¹²²³ Insofern lassen sich aus der Selbstbelastungsfreiheit als einem abwehrrechtlichen Justizgrundrecht nicht nur Beweiserhebungsverbote ableiten. Diese Freiheit zielt ebenfalls darauf ab, dass der Beschuldigte gerade nicht durch die Verwendung von selbstbelastenden Beweismitteln verurteilt wird, die unter Verstoß gegen dieses Grundrecht erlangt worden sind. Ein Verwertungsverbot für solche Beweise lässt sich daher durch ihren Schutzzweck begründen und unmittelbar diesem Grundsatz entnehmen,¹²²⁴ auch wenn diese Rechtsfolge abgesehen von § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO nicht ausdrücklich in der Rechtsordnung verankert ist.¹²²⁵

Im Einzelnen berührt ein Zwang zur Selbstbezeichnung die Würde des Betroffenen, wenn seine Aussage als Mittel gegen ihn selbst verwendet wird. Gerade darin erweist sich die Selbstbelastungsfreiheit zu Recht als Instrumentalisierungsver-

¹²²⁰ BVerfG Beschl. v. 30.06.2005 – 2 BvR 1502/04 = JuS 2006, 189 mit Anm. *Jahn*; BGHSt 31, 304, 307 f.; BGHSt 38, 214, 219; BGHSt 372, 373 f.; BGHSt 42, 15, 21; BGH NJW 2013, 2271; kritisch gegenüber der Abwägungslehre etwa *Neuhaus*, StV 2010, 49 ff.; *Beulke/Barisch*, StV 2006, 569 f.

¹²²¹ BGHSt 38, 214, 220; BGHSt 38, 372, 373 f.; BGH NJW 2013, 2271.

¹²²² BGHSt 38, 372, 373 f.; BGH NJW 2013, 2271.

¹²²³ BVerfG NJW 2005, 657; BGHSt 31, 304, 308; *Rogall*, S. 205; *Rieß*, JA 1980, 296; *Lorenz*, JZ 1992, 1006.

¹²²⁴ BVerfG NJW 1981, 1431; StV 1995, 505; BVerfG Entsch. v. 13.05.2009 – 2 BvL 19/08; BGHSt 14, 358, 364 f.; BGHSt 31, 304, 308; BGH NStZ 2005, 517, 518; so auch in der Literatur SK-StPO-*Rogall*, Vor. § 133 ff. Rn. 132; *ders.*, S. 196 ff.; *Beulke*, S. 287 Rn. 467; *Gruber*, S. 101; *Kraft*, S. 144; *Aselmann*, S. 49; *Kasiske*, ZIS 2009, 319; *Kretschmer*, HRRS 7–8/2010, 347; in diese Richtung auch *Eisenberg*, NStZ 1994, 598.

¹²²⁵ *Rogall*, S. 199.

bot.¹²²⁶ Hieran ist außerdem zu erkennen, dass die verfassungsrechtlich „richtige“ Begründung der Selbstbelastung Auswirkungen auf die Frage der Rechtsfolgen hat und zwar dergestalt, dass eine Abwägung bei Verstößen gegen den Kernbereich der Selbstbelastungsfreiheit insbesondere wegen des besonderen Stellenwerts der Würdegarantie im GG als nicht zulässig anzusehen ist.¹²²⁷ Dagegen begegnen Schutzbereichserweiterungen der Selbstbelastungsfreiheit durch andere verfassungsrechtliche Begründungen der Problematik unscharfer Rechtsfolgen, wenn sie einschränkbar sind und auch auf der Rechtsfolgenebene keine Abwägungsfestigkeit aufweisen. Die verfassungsrechtlich begründete Annahme eines Verwertungsverbots ist deshalb nur für die durch Zwang erlangte Aussage des Beschuldigten, also bei Verstößen gegen den Kernbereich der Selbstbelastungsfreiheit, zwingend.¹²²⁸ Im Hinblick auf die Verstöße gegen das Umgehungsverbot sowie gegen Schutzrechte kann das nicht mit letzter Sicherheit gesagt werden, wobei die sachliche Nähe dieser Garantien zur Selbstbelastungsfreiheit ein starkes Indiz dafür darstellt.¹²²⁹

Im Folgenden werden Beweisverwertungsverbote im Einzelnen thematisiert, sofern der Beschuldigte unter Verstoß gegen die oben aufgeführten Anforderungen der Selbstbelastungsfreiheit zu einer Selbstbelastung veranlasst wurde. Die sich als Schutzvorkehrung unmittelbar aus dem Nemo-tenetur-Grundsatz ergebenden Verwertungsverbote für eine Selbstbezeichnung in einem folgenden Strafverfahren, die ursprünglich außerhalb eines Strafverfahrens zur Erfüllung anderer legitimer Zwecke als der Aufklärung des sich gegen einen Beschuldigten richtenden Tatverdachts unter Zwang zustande kam, scheiden hiermit aus.¹²³⁰

C. Einzelne Beweisverwertungsverbote

1. Verwertungsverbote bei erzwungenen Beweismitteln

Das unmittelbar verfassungsrechtlich gebotene Verwertungsverbot für erzwungene Aussagen bringt § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO im Strafverfahren explizit zum Ausdruck. Außerdem verankert Art. 15 UN-Antifolterkonvention vom 10.12.1984,¹²³¹ welche gem. Art. 59 Abs. 1 GG ratifiziert¹²³² und somit als einfaches Bundesgesetz

¹²²⁶ BVerfG *Entsch. v. 13.05.2009 – 2 BvL 19/08* Rn. 72.

¹²²⁷ *Rogall*, S. 205; *Aselmann*, S. 49; *Renzikowski*, JR 2008, 164.

¹²²⁸ BVerfG NJW 1981, 1433; StV 1995, 506; NJW 2005, 657; BGHSt 31, 304, 308; BGHSt 34, 39, 52; so auch SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 162; *Kraft*, S. 199; *Mäder*, S. 108.

¹²²⁹ Vgl. BGH NJW 2013, 2770 f.

¹²³⁰ Hierzu siehe etwa BVerfG *Entsch. v. 31.03.2008 – 2 BvR 467/08*; BGH JR 2005, 300 mit Anm. von *Lesch*; BGHSt 38, 214, 221.

¹²³¹ Für den Wortlaut dieser Vorschrift siehe Anhang: Gesetzestexte.

¹²³² BGBl. 1990 II S. 246.

unmittelbar anwendbares deutsches Recht ist,¹²³³ ein umfangreiches Verwertungsverbot für Aussagen, die nachweislich durch Folter herbeigeführt worden sind.

a) Art. 15 UN-Antifolterkonvention

Das Verwertungsverbot des Art. 15 UN-Antifolterkonvention gilt bereits nach seinem Wortlaut unabhängig davon, von wem der Betroffene gefoltert worden ist, etwa durch Agenten fremder Staaten, aus wem die Aussagen erfoltert worden sind, etwa einem Zeugen, Beschuldigten oder Mitbeschuldigten, gegen wen und in welchem Verfahren diese Aussagen zu verwerten sind, etwa gegen den Mitbeschuldigten im Strafverfahren.¹²³⁴ Der Vorschrift fußt somit unmissverständlich auf dem Grundgedanken, erfolgerten Beweisen ohne Wenn und Aber in keiner Weise rechtliche Wirkung zu verleihen.

Diesen Schutzzweck übersieht der BGH, wenn er in NJW 2011, 1523 auf die mögliche Vorstellung des Beschuldigten, dass der Konsularbeamte ihm seine bereits gegenüber dem betreffenden ausländischen Geheimdienst gemachten ähnlichen Äußerungen vorhalten könnte und ein abweichendes Aussageverhalten aufgrund der bereits aktenkundig gemachten Geständnisse aussichtslos wäre, sowie auf die Frage einer qualifizierten Belehrung im Rahmen des Art. 15 der UN-Antifolterkonvention keine Rücksicht nimmt. Er hielt offenkundig den Gedanken für überzogen, dass ein erfolgertes Geständnis in keiner Weise, auch nicht durch den unbeteiligten Konsularbeamten, in ein Strafverfahren eingeführt werden darf.¹²³⁵ Im Übrigen verneinte der BGH unter konkreten Umständen des Einzelfalls die Fortwirkung der angeblichen Folterungen bei jenem Gespräch.¹²³⁶

Von rechtlicher Bedeutung ist außerdem die Frage, ob das Verwertungsverbot des Art. 15 UN-Antifolterkonvention eine Fernwirkung dahingehend zu entfalten vermag, dass infolge der erfolgerten Aussagen auch mittelbar erlangte Beweismittel unverwertbar sind. Nach dem BGH gebietet das Verwertungsverbot der Art. 15 UN-Antifolterkonvention weder seinem Wortlaut noch der entsprechenden Praxis der Vertragsstaaten nach eine Fernwirkung für die nachweislich unter Folter erlangten Aussagen. Gleiches gelte nach dem BGH bei Berücksichtigung der Verpflichtung aus Art. 3 EMRK, wie am Urteil des EGMR im Fall *Gäfgen* zu sehen sei.¹²³⁷

¹²³³ BGH NStZ 2008, 643; OLG Hamburg BeckRS 2005, 07556.

¹²³⁴ Vgl. BGH NJW 2011, 1523, 1524; BGH NStZ 2008, 643; OLG Hamburg BeckRS 2005, 07556; LR-StPO-Gleß, § 136a Rn. 71.

¹²³⁵ BGH NJW 2011, 1523, 1524.

¹²³⁶ BGH NJW 2011, 1523, 1524.

¹²³⁷ BGH NJW 2011, 1523, 1524.

b) § 136 Abs. 3 Satz 2 StPO

aa) Voraussetzungen

Das Verwertungsverbot des § 136 Abs. 3 Satz 2 StPO umfasst alle Aussagen, welche durch die Anwendung verbotener Vernehmungsmethoden des § 136 Abs. 1 und 2 erlangt worden sind, nämlich durch die Beeinträchtigung der Willensentschluss- und Betätigungsfreiheit eines Beschuldigten. Damit geht es über das oben genannte verfassungsrechtlich geforderte Verwertungsverbot für erzwungene Aussagen hinaus.¹²³⁸

Dieses setzt voraus, dass die angewandte Vernehmungsmethode für die Beeinträchtigung der Willensfreiheit des Beschuldigten ursächlich ist und ihn diese Beeinträchtigung zu selbstbelastenden Äußerungen veranlasst.¹²³⁹ Für das Vorliegen der beiden Voraussetzungen reicht es aus, dass die kausalen Zusammenhänge nicht auszuschließen sind.¹²⁴⁰ Der Nachweis der tatsächlichen Anwendung einer verbotenen Vernehmungsmethode des § 136a Abs. 1 und 2 StPO erfolgt dagegen, wie grundsätzlich bei Verfahrensverstößen angenommen wird, im Freibeweisverfahren.¹²⁴¹ Die Erbringung des Nachweises gilt als äußerst schwierig, da derartige Verstöße erfahrungsgemäß nicht aktenkundig gemacht werden.¹²⁴² Einen solchen Verstoß gegen § 136a Abs. 1 und 2 StPO im weiteren Verlauf des Strafverfahrens zu behaupten, ist im Regelfall deswegen als aussichtslos anzusehen.¹²⁴³ Außerdem wird die Anwendung des Zweifelsgrundsatzes bei der Feststellung eines Verfahrensverstößes generell abgelehnt, weil es sich hierbei nicht um schuldrelevante Tatsachen handelt.¹²⁴⁴

Ist der entsprechende Nachweis erbracht, so bezieht sich das Verwertungsverbot des § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO auf alle Aussagen, die unter Verstoß dagegen gemacht wurden, und zwar unabhängig davon, ob sie der Wahrheit entsprechen oder

¹²³⁸ Zum Verhältnis zwischen Zwang und Willensfreiheit siehe oben Kap. 3, III.B.

¹²³⁹ SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 102.

¹²⁴⁰ Meyer-Göfner, § 136a Rn. 28; BeckOK-StPO-Monka, § 136a Rn. 29; KK-StPO-Diemer, § 136a Rn. 38; LR-StPO-Gleiß, § 136a Rn. 70; Roxin/Schünemann, S. 194 Rn. 16; vgl. Volk, S. 41 Rn. 13.

¹²⁴¹ BGH 4 StR 84/04, Urt. v. 16.09.2004, HRRS 2004 Nr. 904; OLG Hamburg BeckRS 2005, 07556; SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 101; kritisch hiergegen Jahn, JuS 2005, 1062; LR-StPO-Gleiß, § 136a Rn. 77.

¹²⁴² Saliger, ZStW 116/2004, 39, sieht insofern den Fall Gäfgen als Ausnahme an; ähnlich auch Lindner, S. 77.

¹²⁴³ Siehe hierzu etwa BGH 2 StR 299/09 Beschl. v. 16.09.2009, HRRS 2009 Nr. 955; BGH 1 StR 617/07 Beschl. v. 10.01.2008, HRRS 2008 Nr. 108; BGH 1 StR 117/05 Beschl. v. 19.10.2005, HRRS 2005 Nr. 894.

¹²⁴⁴ OLG Hamburg BeckRS 2005, 07556; SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 101; kritisch hiergegen Jahn, JuS 2005, 1062.

nicht.¹²⁴⁵ An dem Verwertungsverbot ändert auch die Zustimmung des Beschuldigten nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO nichts. Dennoch wird in Rechtsprechung und Literatur darüber diskutiert, ob die unter Verstoß gegen § 136a StPO erlangten Aussagen des Beschuldigten trotz des eindeutig entgegengesetzten Wortlauts des § 136a Abs. 3 Satz 2 aus übergeordneten verfassungsrechtlichen Prinzipien doch mit einer entsprechenden Zustimmung zu seinen Gunsten, also sofern sie ihn entlasten, verwertet werden können.¹²⁴⁶ Die Vorschrift verbietet schließlich nicht nur die unmittelbare, sondern auch die mittelbare Verwertung der Aussage durch Verlesung, Vorhalt oder Vernehmung von Ermittlungsbeamten darüber.¹²⁴⁷

bb) Fortwirkung

Das Verwertungsverbot des § 136a Abs. 3 StPO gilt nur für diejenige Aussage, die durch in § 136a Abs. 1 und 2 StPO verbotene Mittel herbeigeführt wird.¹²⁴⁸ Der kausale Zusammenhang zwischen der verbotenen Vernehmungsmethode und der Beeinträchtigung der Aussagefreiheit des Beschuldigten besteht, bis die Einwirkung jener Methode auf seine Entscheidungsfreiheit nicht mehr vorhanden ist. Eine spätere Aussage des Beschuldigten, bei der seine Willensfreiheit nicht mehr beeinträchtigt war, ist regelmäßig verwertbar. Nach dem BGH geht es bei der Frage der Fortwirkung einer verbotenen Vernehmungsmethode des § 136 Abs. 1 und 2 StPO grundsätzlich darum, ob sich der Beschuldigte bei der fraglichen Vernehmung seiner freien Entscheidungsmöglichkeit bewusst ist.¹²⁴⁹ Diese Frage sei nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen. Als Faustregel gilt, dass die Einwirkung einer verbotenen Vernehmungsmethode nachlässt, je länger die Anwendung dieser Methode zurückliegt und je geringer die verursachte Beeinträchtigung war.¹²⁵⁰ Umgekehrt liegt die Fortwirkung eher nahe, wenn der Beschuldigte bei späteren Vernehmungen nicht aus eigener Initiative aussagt, sondern auf Vorhalt sein früheres Geständnis pauschal bestätigt oder darauf Bezug nimmt.¹²⁵¹

¹²⁴⁵ SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 106; Meyer-Göfner, § 136a Rn. 27; BeckOK-StPO-Monka, § 136a Rn. 28; LR-StPO-Gleiß, § 136a Rn. 71; Volk, S. 44 Rn. 18.

¹²⁴⁶ BGH StV 1009, 113; dies befürworten Roxin/Schäfer/Widmaier, StV 2006, 655 ff. mittels der sog. Mühlenteichtheorie; erneut Roxin, StV 2009, 113 ff.

¹²⁴⁷ BGH-Nack Urt. v. 30.01.2001 – 1 StR 454/00; SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 106; Meyer-Göfner, § 136a Rn. 28; BeckOK-StPO-Monka, § 136a Rn. 30; KK-StPO-Diemer, § 136a Rn. 39; LR-StPO-Gleiß, § 136a Rn. 73; Volk, S. 47 Rn. 25.

¹²⁴⁸ BGHSt 35, 328, 332 f.; BGHR StPO § 136 Abs. 1 Täuschung 2; BGH-Nack Beschl. v. 09.03.1995 – 4 StR 77/95 = NJW 1995, 2047.

¹²⁴⁹ BGHR StPO § 136 Abs. 1 Täuschung 2; BGH-Nack Beschl. v. 09.03.1995 – 4 StR 77/95; Meyer-Göfner, § 136a Rn. 30.

¹²⁵⁰ Vgl. BGHR StPO § 136 Abs. 1 Täuschung 2; LG Frankfurt RA 2003, 713.

¹²⁵¹ Vgl. BGHSt 35, 328, 332 f.; BGHR StPO § 136a Abs. 1 Täuschung 9 = NStZ 1996, 290; LG Frankfurt RA 2003, 713 = StV 2003, 327.

Umstritten ist die Rolle einer qualifizierten Belehrung des Beschuldigten bei seinen späteren Vernehmungen dahingehend, dass seine früheren Aussagen wegen des erfolgten Verfahrensverstößes gegen § 136a StPO rechtlich unverwertbar sind. Denn nicht selten unterliegt der Beschuldigte bei folgenden Vernehmungen neben der tatsächlich fortdauernden Wirkung der Beeinträchtigung seiner Willensfreiheit durch die verbotenen Vernehmungsmethode auch dem Irrtum, dass ihm nun gar keine andere Möglichkeit bleibe, als bereits gemachte Aussagen zu wiederholen und/oder zu vertiefen, da er sich nun einmal rechtswirksam belastet habe.¹²⁵² Während ein Teil der Literatur und der erstinstanzlichen Gerichte für die Annahme einer völligen Entscheidungsfreiheit des Beschuldigten die Erteilung einer solchen Belehrung bei folgenden Vernehmungen als unumgänglich ansieht, damit die Aussagefreiheit des Beschuldigten vor der Fortwirkung einer verbotenen Vernehmungsmethode nicht nur hinsichtlich des Willens- sondern auch des Wissenselements seiner Entscheidungskomponente abgesichert wird,¹²⁵³ lässt der BGH zwar bei der Frage der Fortwirkung dem Umstand, ob eine qualifizierte Belehrung erteilt worden ist, eine zunehmend größere Bedeutung zukommen; im Ergebnis bleibt er jedoch bei seiner Einzelfallprüfung, in der die unterbliebene qualifizierte Belehrung nur als einer von mehreren Umständen zu berücksichtigen ist.¹²⁵⁴

cc) Fernwirkung

Eine Fernwirkung des Verwertungsverbots von § 136a Abs. 3 Satz 2 wird vom BGH grundsätzlich abgelehnt.¹²⁵⁵ In der Literatur wird die Frage der Fernwirkung dagegen kontrovers diskutiert und gilt insgesamt als äußerst streitig.¹²⁵⁶ Dabei werden im Allgemeinen die dem amerikanischen Recht entlehnte *fruit of the poisonous tree doctrine* mit gewissen Ausnahmen, etwa durch die *hypothetical clean path*

¹²⁵² LG Heilbronn StV 2005, 382 f.; LG Frankfurt RA 2003, 713 = StV 2003, 327; *Weigend*, StV 2003, 438.

¹²⁵³ LG Frankfurt StV 2003, 327 f.; OLG Frankfurt Beschl. v. 28.02.2007 BeckRS 2007, 03886; SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 104; LR-StPO-Gleiß, § 136a Rn. 74; *Beulke*, S. 76 Rn. 119; *Neuhaus*, StV 2010, 46; *Saliger*, ZStW 116/2004, 50 ff.; *Weigend*, StV 2003, 438 f.

¹²⁵⁴ Im Einzelnen siehe BGHSt 35, 328, 332 f.; BGHR StPO § 136a Abs. 1 Täuschung 9 = NSZ 1996, 290; BGHR StPO § 136 Abs. 1 Täuschung 2; BGH-Nack Beschl. v. 10.05.2001 – 3 StR 80/01, bestätigt durch BVerfG 2 BvR 1225/01 v. 21.01.2002.

¹²⁵⁵ BGH NJW 2011, 1524; *Meyer-Gofner*, § 136a Rn. 31; BeckOK-StPO-Monka, § 136a Rn. 32; LR-StPO-Gleiß, § 136a Rn. 75; *Volk*, S. 47 Rn. 27; a.A. OLG Oldenburg NSZ 1995, 412; kritisch gegenüber dem BGH *Eisenberg*, S. 240 Rn. 722; *Jahn*, JuS 2005, 1062.

¹²⁵⁶ SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 108; *Meyer-Gofner*, § 136a Rn. 31; LR-StPO-Gleiß, § 136a Rn. 75; zum Meinungsstand siehe etwa eingehend *Saliger*, ZStW 116/2004, 53 f.; siehe auch BeckOK-StPO-Monka, § 136a Rn. 32.

doctrine, die eine Fernwirkung grundsätzlich bejaht,¹²⁵⁷ und die Abwägungslehre angeführt; letztere macht als vermittelnde Ansicht eine Fernwirkung von einer Einzelfallprüfung abhängig.¹²⁵⁸

Die vermittelnde Ansicht stellt auf eine Abwägung insbesondere dahingehend ab, wie gravierend der begangene Verfahrensverstoß ist und wie schwer die dem Beschuldigten vorgeworfene Straftat wiegt.¹²⁵⁹ Nach dem LG Frankfurt lässt die Androhung körperlicher Gewalt die Erweiterung des Verwertungsverbots auf Beweismittel, die infolge der unverwertbaren Aussagen des Beschuldigten bekannt geworden sind, bei dem Tatvorwurf der Tötung eines Kindes unverhältnismäßig erscheinen.¹²⁶⁰ Dagegen vertritt man in der Literatur die Ansicht, dass auch bei einer Abwägung schwere Verstöße wie Folter, Misshandlungen oder Quälerei stets eine Fernwirkung begründen.¹²⁶¹ Dasselbe wird generell für alle Verstöße gegen die Selbstbelastungsfreiheit verlangt, weil dieser grundsätzlich der Vorrang vor Strafverfolgungsinteressen zukommt und sie zudem abwägungsfest ist.¹²⁶²

2. Verwertungsverbote bei Verstößen gegen das Umgehungsverbot

Eine generelle Beurteilung lässt sich aus der Rechtsprechung des BGH hinsichtlich der Verwertungsverbote für die Aussagen eines Beschuldigten nicht entnehmen, zu denen er durch eine verdeckte staatliche Maßnahme veranlasst wurde. In den Entscheidungen des BGH geht es um unterschiedliche Fallkonstellationen und ebenfalls um zur Würdigung dieser Fälle herangezogene unterschiedliche rechtliche Bewertungsmaßstäbe.¹²⁶³ So lehnt es der BGH strikt ab, Fälle einer unzulässigen Tatprovokation allgemein sowie im Bezug auf hierdurch verdeckt erhobene Aussagen des betroffenen Beschuldigten § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO, dem Nemo-tenetur-Grundsatz oder dem Recht auf ein faires Verfahren zu unterwerfen.¹²⁶⁴ Als angemessene strafprozessuale Folge sieht er hier die sogenannte Strafzumessungslösung an.¹²⁶⁵ Die Verletzung der erwähnten Rechte verneint er ebenfalls bei der

¹²⁵⁷ Kühne, StV 2001, 74; Weigend, StV 2003, 440; Ransiek, S. 3; vgl. Beulke, StV 1990, 181; ablehnend Lindner, S. 77; Saliger, ZStW 116/2004, 55 f.

¹²⁵⁸ So etwa Saliger, ZStW 116/2004, 55 f.; für eine differenzierte Lösung LR-StPO-Gleiß, § 136a Rn. 76; ähnlich SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 109.

¹²⁵⁹ LG Frankfurt RA 2003, 713 = StV 2003, 328.

¹²⁶⁰ LG Frankfurt RA 2003, 713 = StV 2003, 328; bestätigt durch BGH 2 StR 35/04 Beschl. v. 21.05.2004, HRRS-Datenbank und BVerfG NJW 2005, 657; vgl. OLG Frankfurt Beschl. v. 28.02.2007 BeckRS 2007, 03886; vgl. BVerfG 1 BvR 1807/07 Beschl. v. 19.02.2008, HRRS 2008 Nr. 255.

¹²⁶¹ Saliger, ZStW 116/2004, 55 f.; ähnlich LR-StPO-Gleiß, § 136a Rn. 76.

¹²⁶² SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 164; ders., S. 207.

¹²⁶³ Siehe oben Kap. 3, IV.C.

¹²⁶⁴ BGH NJW 1984, 2302.

¹²⁶⁵ BGHSt 45, 321 ff.; BGH 5 StR 240/13 – Urt. v. 11.12.2013, HRRS 2014 Nr. 163; hierzu siehe auch Gaede/Buermeyer, HRRS 6/2008, 283 ff.

Aussageerhebung eines Beschuldigten durch die Stellung einer Abhörfalle. Folglich sind alle hierdurch erlangten Beschuldigtenaussagen verwertbar.¹²⁶⁶ Strengere Maßstäbe setzt er jedoch, wenn ein inhaftierter Beschuldigter ausgeforscht wird. Im Besucherraum-Fall ging er von einer Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren gemäß Art. 6 Abs. 1 EMRK aus, welche dermaßen gravierend gewesen sei, dass die Annahme eines Verwertungsverbots für die hierdurch erlangten Aussagen des Beschuldigten erforderlich war.¹²⁶⁷ Wegen des gravierenden Eingriffs in die prozessualen Rechte des Betroffenen hat die Ausforschung eines inhaftierten Beschuldigten durch einen Mitgefangenen in der Rechtsprechung des BGH regelmäßig ein Verwertungsverbot zur Folge. Gleiches gilt, wenn der auf freiem Fuß befindliche Beschuldigte durch einen Verdeckten Ermittler ausgeforscht wird.¹²⁶⁸

Auch hier stellt sich die Frage der Fortwirkung, welche insbesondere hinsichtlich der qualifizierten Belehrung des Beschuldigten bei einer der verdeckten Befragung folgenden Vernehmung über die Unverwertbarkeit seiner dadurch erlangten Aussage von großer Bedeutung ist. Über die Fortwirkung entscheidet der BGH wie üblich grundsätzlich anhand der Umstände des Einzelfalls, die auf einen örtlichen, zeitlichen oder inhaltlichen Zusammenhang zwischen unmittelbar infolge des Verstoßes gegen das Umgehungsverbot erlangten und unverwertbaren Aussagen des Beschuldigten und seinen späteren Aussagen hinweisen. Anders als seine gängige Rechtsprechung über das Erfordernis einer qualifizierten Belehrung bei Verstößen gegen Beweiserhebungsverbote hob der BGH in BGHSt 52, 11 hervor, dass dem Beschuldigten bei seiner späteren Vernehmung seine Aussagefreiheit nicht bewusst war, weil der Vernehmungsbeamte ihm ausdrücklich mitgeteilt hatte, dass seine fraglichen Aussagen doch gerichtsverwertbar seien.¹²⁶⁹ Insofern machte der BGH einen Schritt zu der in der Literatur verbreiteten Ansicht, die allerdings nicht nur für den Fall einer solchen ausdrücklichen Fehlinformation die Fortwirkung des Verfahrensverstößes bejaht, sondern auch dann, wenn der Vernehmungsbeamte die Unverwertbarkeit bloß verschweigt.¹²⁷⁰

Schließlich hält der BGH auch bei Verstößen gegen das Umgehungsverbot an seiner ablehnenden Haltung zur Annahme einer Fernwirkung fest. Insofern sind die Aussagen eines Zeugen, der durch Auswertung der unverwertbaren Aussagen des Beschuldigten polizeilich ermittelt wurde, vom Verwertungsverbot nicht umfasst.

¹²⁶⁶ BGH NStZ 2011, 597 f.; BGHSt 42, 139 ff.; 35, 115; vgl. BGH NStZ 1995, 410; a.A. *Eidam*, S. 105 f.; vgl. BGHSt 14, 358, 365; BGHSt 31, 304, 308.

¹²⁶⁷ BGHSt 53, 294, 309 f.

¹²⁶⁸ BGHSt 55, 138, 146; BGHSt 52, 11, 23 f.; ähnlich BGH NStZ 2009, 344; SK-StPO-Wolter, § 110a Rn. 3a f.; *Volk*, S. 45 Rn. 19; vgl. BGHSt 34, 363, 364 f., in dem der BGH das Verwertungsverbot für die durch eine Ausforschungsfalle erlangten Aussagen eines inhaftierten Beschuldigten bei einer analogen Anwendung des § 136a aus § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO ableitete.

¹²⁶⁹ BGHSt 52, 11, 24.

¹²⁷⁰ *Ostendorf*, FS für Roxin, S. 1335; vgl. *Artkämper/Schilling*, S. 55.

Denn ein Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot dürfe nicht ohne Weiteres zur Lahmlegung des gesamten Strafverfahrens führen. Eine Begrenzung seiner Auswirkung sei für eine wirksame Verbrechenbekämpfung erforderlich. Außerdem lasse sich kaum jemals feststellen, ob die Polizei den Zeugen auch ohne den Verstoß gefunden hätte.¹²⁷¹

3. Verwertungsverbote bei Verstößen gegen Informationsrechte

a) Unterlassene Belehrung über die Aussagefreiheit

Seit BGHSt 38, 214 stellt es eine der wichtigsten Errungenschaften des deutschen Strafverfahrensrechts dar, dass Aussagen, die ein Beschuldigter bei seiner polizeilichen Vernehmung entgegen §§ 136 Abs. 1 Satz 2, 163 Abs. 4 Satz 2 StPO ohne eine Belehrung über seine Aussagefreiheit gemacht hat, unverwertbar sind.¹²⁷² Die unterlassene Belehrung stellt eine Rechtsverkürzung dar, weil der Beschuldigte über sein Wahlrecht zwischen Schweigen und Aussagen im Unklaren gelassen wird,¹²⁷³ und wiegt als Verstoß gegen die Belehrungspflichten des § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO allgemein schwer, weil diese die Ausübung der verfassungsrechtlich garantierten Selbstbelastungsfreiheit flankieren.¹²⁷⁴ Ein Verwertungsverbot ist hier dementsprechend sowohl der Schutzzwecklehre als auch der Abwägungslehre zu entnehmen.¹²⁷⁵

b) Unterlassene Belehrung über das Verteidigerkonsultationsrecht

Die Frage, ob die Unterlassung der Belehrung des Beschuldigten über das Recht auf Verteidigerkonsultation nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO ein Beweisverwertungsverbot fordert, wurde von der Rechtsprechung noch nicht deutlich beantwortet. § 136 Abs. 1 StPO enthalte Belehrungspflichten mit unterschiedlichem Gewicht.¹²⁷⁶ Unmissverständliche Worte finden sich dagegen in den erstinstanzlichen

¹²⁷¹ BGHSt 34, 363, 364 f.; kritisch hiergegen *Fezer*, JZ 1987, 938.

¹²⁷² BGHSt 38, 214, 221 = BGH 5 StR 190/91 Beschl. v. 27.02.1992, HRRS-Datenbank; *Quentmeier*, JA 1996, 218; für die frühere Rechtsprechung des BGH siehe BGHSt 31, 395, 399 f.; OLG Frankfurt NStZ 1988, 425; BGHSt 25, 325, 330 = NJW 1974, 1570; BGHSt 22, 170, 172 ff.; BGH GA 162, 148; BGH NJW 1966, 1718; *Rejewski* NJW 1967, 2000; a.A. bereits zu der Zeit etwa OLG Celle NStZ 1991, 403; AG Hameln NStZ 1990, 293; *Rüping*, JR 1974, 137; *Schmidt*, NJW 1968, 1218.

¹²⁷³ BGHSt 38, 214, 221; *Eidam*, S. 396 f.

¹²⁷⁴ BGH NJW 2013, 2770.

¹²⁷⁵ Zur Verwertbarkeit von Auslandsvernehmungen ohne eine vorherige Belehrung über das Schweigerecht in der Rechtsprechung des BGH und einer kritischen Würdigung siehe *Roxin*, FS für Kühne, S. 323 f.

¹²⁷⁶ Insofern die Frage offenlassend BGH NStZ 1997, 609 f. = StV 1999, 354 mit Anm. *Wollweber*; hierzu siehe auch *Lesch*, JA 1995, 162 f.; kritisch hiergegen *Kaufmann*, NStZ 1998, 474 f.; vgl. BGH NJW 2002, 975 f. = BGHR StPO § 136 Belehrung 13.

Entscheidungen,¹²⁷⁷ die von der Literatur unterstützt werden.¹²⁷⁸ Für die Annahme eines Verwertungsverbots wegen der unterbliebenen Belehrung des Beschuldigten über sein Verteidigerkonsultationsrecht nach § 136a Abs. 1 Satz 2 StPO spricht die Gleichwertigkeit ihrer Schwere mit der Unterlassung der Belehrung über das Schweigerecht,¹²⁷⁹ welche nach der gefestigten Rechtsprechung des BGH zu einem Beweisverwertungsverbot führt.

Mit klaren Worten sprach sich der BGH gegen die Annahme eines Verwertungsverbots wegen unterlassener Belehrung über die Möglichkeit einer Pflichtverteidigerbestellung aus, die nun durch das Gesetz zur Stärkung der Verteidigungsrechte von Beschuldigten in Strafverfahren vom 2.7.2013 als § 136 Abs. 1 Satz 3 Alt. 2 StPO vorgeschrieben ist.¹²⁸⁰ Denn das Gewicht dieses Verstoßes komme einer völlig fehlenden Belehrung nicht annähernd zu.¹²⁸¹ An dieser Rechtsprechung kann angesichts des unmissverständlichen Willens des Gesetzgebers nicht mehr festgehalten werden.

Führt man sich die gesetzgeberische Zielsetzung der neuen Belehrungspflicht des § 136 Abs. 1 Satz 3 Alt. 2 StPO vor Augen, nämlich den Beschuldigten ohne Rücksichtnahme auf einen bereits bei ihm vorliegenden Wunsch nach einer Verteidigerkonsultation über die Möglichkeit der Pflichtverteidigerbestellung zu informieren und ihn somit vor seinem möglichen eigenen Irrtum zu schützen, so ist auch die Rechtsprechung des 5. Senats überholt. Nach dieser war die Verwertbarkeit der haftrichterlichen Vernehmung des Beschuldigten rechtlich ohne Bedenken, auch wenn ihm kein Hinweis auf die Möglichkeit einer Inanspruchnahme des Strafverteidigernotdienstes erteilt worden ist, weil dieser nach der erfolgten einfachen Belehrung gem. § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO keinen Wunsch geäußert hat, einen Verteidiger zu konsultieren und ein Fall der unterlassenen Pflichtverteidigerbestellung nicht vorlag.¹²⁸²

In der Tat hat der 3. Strafsenat diese restriktive Rechtsprechung des 1. und 5. Senats bereits vor der genannten Gesetzesänderung beanstandet. Im Allgemeinen mag der Beschuldigte, der in solchen Situationen seine Rechte kennt und dennoch Angaben zu Sache macht, weniger schutzbedürftig sein. Für einen verstärkten Schutz spricht hier jedoch der enge Zusammenhang zwischen dem Verteidigerkonsulta-

¹²⁷⁷ AG Homburg, StV 1994, 123; AG Neumünster, StV 2001, 489 f.

¹²⁷⁸ So etwa *Lesch*, JA 1995, 163; *Roxin*, JZ 1993, 427; *ders.*, FS für Kühne, S. 317; *Wollweber*, StV 1999, 355 f.; *Bosch*, Hinweispflichten, JA 2006, 409; *Weider*, StV 2010, 103; *Beulke*, S. 74 Rn. 117; *Roxin/Schünemann*, S. 176 Rn. 37; *Volk*, S. 40 Rn. 11.

¹²⁷⁹ OLG Hamm NStZ-RR 2006, 47 = *OpenJur* 2011, 28767; *Kaufmann*, NStZ 1998, 474.

¹²⁸⁰ BGBl. 2013 Teil I, 1938 vom 05.07.2013.

¹²⁸¹ BGH NStZ 2006, 237; so auch der 5. Senat in BGH NStZ-RR 2006, 182 f.; a.A. *SK-StPO-Rogall*, § 136 Rn. 52; *Beulke/Barisch*, StV 2006, 571; *Wieder*, StV 2010, 103.

¹²⁸² BGH NStZ 2002, 381 f.; a.A. *Roxin*, JZ 2002, 900; *Klemke*, StV 2003, 415; *Bosch*, JA 2006, Belehrungspflichten, 414; *Teuter*, StV 2005, 240; *Wieder*, StV 2010, 103.

tions- und dem Schweigerecht. Denn er bringt in diesen Fällen unmissverständlich zum Ausdruck, erst nach einer entsprechenden Beratung über sein Aussageverhalten zu entscheiden. Ist dies nicht möglich, weil etwa der Verteidiger während der Mittagspause nicht erreichbar ist, und wird die Vernehmung nach der Entgegennahme der spontanen Äußerungen des Beschuldigten zu Randbedingungen des Vorfalls durch aufklärende Nachfragen fortgesetzt, so wiegen die Verfahrensverstöße, die Vernehmung nach der gescheiterten Kontaktaufnahme nicht weiter auszusetzen, ihn nicht über die Versuche und ihre Ergebnisse zu informieren sowie ihn bei einer beabsichtigten Fortsetzung nicht erneut über seine Rechte zu belehren, schwer und führen zu einem Verwertungsverbot.¹²⁸³

c) Voraussetzungen eines Verwertungsverbots

Ebenfalls gehört es zu der gefestigten Rechtsprechung des BGH, dass ein Beweisverwertungsverbot wegen Verstößen gegen § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO ausnahmsweise nicht anzunehmen ist, wenn die Rechtsverkürzung nicht tatsächlich eingetreten ist, der Beschuldigte also sein Schweige- oder Verteidigerkonsultationsrecht kannte.¹²⁸⁴ Dies hat das Tatgericht im Freibeweisverfahren zu prüfen, wobei im Zweifelsfall die Kenntnis des Beschuldigten zu verneinen ist. Denn auch der Gesetzgeber geht grundsätzlich davon aus, dass ihm sein Recht nicht bewusst ist.¹²⁸⁵ Außerdem knüpft der BGH die Annahme eines Verwertungsverbotes an eine formelle Bedingung, nämlich dass der verteidigte Beschuldigte bis zu dem in § 257 StPO genannten Zeitpunkt, also im Anschluss an diejenige Beweiserhebung, die sich auf den Inhalt jener Aussagen bezieht, widerspricht.¹²⁸⁶ Der unvereidigte Beschuldigte ist vom Vorsitzenden über die Widerspruchsvoraussetzung zu belehren. Andernfalls gilt das Verwertungsverbot.¹²⁸⁷ Die Nichtausübung des Widerspruchsrechts innerhalb der genannten Frist führt zum endgültigen Rechtsverlust.¹²⁸⁸

Schließlich muss der Verstoß gegen die Belehrungspflichten des § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO nachgewiesen werden. Sofern tatsächliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Belehrung unterblieben ist, hat der Tatrichter die Frage im Freibeweisverfahren zu klären, ob der Polizeibeamte den Beschuldigten entsprechend

¹²⁸³ BGH NJW 2013, 2271.

¹²⁸⁴ BGH NJW 2004, 3051, 3056 f.; BGH NJW 2002, 975 f. = BGHR StPO § 136 Belehrung 13; BGHSt 38, 214, 225; so auch BVerwG Urt. v. 15.03.2006 1 D 3.05-VG DB 10 K 3/04 Rn. 14; kritisch hiergegen *Bosch*, Aspekte, S. 330 ff.

¹²⁸⁵ BGHSt 38, 214, 225; OLG Karlsruhe NZV 1994, 123; vgl. LR-StPO-Gleiß, § 136 Rn. 79.

¹²⁸⁶ BGHSt 38, 214, 225 f.; kritisch gegen das Widersprucherfordernis *Fezer*, JR 1992, 386; *Roxin*, FS für Waltoś, S. 239; *Lesch*, JA 1995, 162; keinen Widerspruch bei der Annahme eines Beweisverwertungsverbots erfordernd auch AG Braunschweig Urt. v. 23.04.2001 9 Cs 806 Js 52114/2000.

¹²⁸⁷ BGHSt 38, 214, 226.

¹²⁸⁸ BGH NStZ 2006, 349; BayObLG NStZ 1997, 100; OLG Stuttgart NStZ 1997, 405.

§ 136 Abs. 1 Satz 2 belehrt hat. Dabei ist besonders darauf zu achten, ob die Vorgaben der RiStBV Nr. 45 Abs. 1 zur Festhaltung einer erfolgten Belehrung eingehalten worden sind. Im Zweifelsfall kann der Richter den Inhalt der Vernehmung verwerten.¹²⁸⁹ Versäumt der Vernehmungsbeamte die Einhaltung von Nr. 45 Abs. 1 RiStBV und macht er nicht aktenkundig, dass die Belehrung erteilt worden ist, so stellt das lediglich ein Indiz im Rahmen der freibeweislichen Würdigung dar und belegt nicht automatisch, dass die Belehrung nicht erfolgt ist. Sollten weitere hinreichend verlässliche Anhaltspunkte, etwa die bestätigende Aussage des Vernehmungsbeamten, für eine erteilte Belehrung sprechen, so kann entgegen dem Akteninhalt die Einhaltung des § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO angenommen werden.¹²⁹⁰ Fehlen allerdings solche Aussagen von Vernehmungsbeamten und ist die Belehrung nach RiStBV Nr. 45 Abs. 1 nicht aktenkundig gemacht worden, so ist davon auszugehen, dass die Belehrung nicht erfolgt ist und die Aussagen des Beschuldigten unverwertbar sind.¹²⁹¹

d) Fortwirkung

Von dem Verwertungsverbot sind die Aussagen des Beschuldigten umfasst, die er unter Verstoß gegen die Belehrungspflichten des § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO gemacht hat. Auch hier stellt sich die Frage der Fortwirkung. Der Verstoß gegen die Belehrungspflicht wird nach der h.M. jedenfalls nicht allein dadurch geheilt, dass der Beschuldigte bei der Folgevernehmung nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO einfach belehrt wird.¹²⁹² Ebenfalls nach der h.M. gebieten in solchen Fällen die Selbstbelastungsfreiheit sowie das Recht auf ein faires Verfahren, dass er zu Beginn einer folgenden Vernehmung über die einfache Belehrung des § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO hinaus außerdem über die Unverwertbarkeit seiner früheren Aussagen zu belehren ist, damit er nun unbefangen und nicht in dem Glauben, dass er sich nun einmal belastet habe und das Gebrauchmachen von seiner Aussagefreiheit zwecklos wäre, über sein weiteres Aussageverhalten entscheiden kann.¹²⁹³ Unbestritten wird daher

¹²⁸⁹ BGHSt 38, 214, 224; BGH NJW 2003, 1124; BGHSt 47, 172, 173; BGH Beschl. v. 06.08.2002 5-StR 286/02, HRRS-Datenbank; kritisch gegen die Nichtanwendbarkeit des Zweifelsgrundsatzes *Bosch*, Aspekte, S. 326; *Kraft*, S. 331 f.; *Wohlers*, JR 2007, 127; *Roxin*, Isr. L. Rev. 31/1997, 78; *Roxin*, JZ 1992, 923 f.; *Bauer*, wistra 1993, 99 f.; beim Nachweis von Verfahrensverstößen den Zweifelssatz zugunsten des Beschuldigten heranziehend etwa AG Frankfurt Urt. v. 18.01.2010 – 998 = BeckRS 2010, 12332.

¹²⁹⁰ BGH NStZ 1997, 610; OLG München BeckRS 2010, 20170; vgl. AG Offenbach StV 1993, 123.

¹²⁹¹ BGH 1 StR 454/06 Beschl. v. 08.11.2006, HRRS 2007 Nr. 36 = BGH StV 2007, 65.

¹²⁹² BGHSt 51, 367, 376; BGHSt 53, 112, 115; Anmerkung zum Urteil *Gleiß*, JR 2009, 383; *Kasiske*, ZIS 2009, 319.

¹²⁹³ BGHSt 53, 112, 115 f.; BGH NStZ 2009, 703; OLG Hamm BeckRS 2009, 14282; AG Neumünster, StV 2001, 499 mit Anm. *Gübner*; *Neuhaus*, StV 2010, 46; *Kasiske*, ZIS 2009, 319 ff.; *Bosch*, Belehrungspflichten, JA 2006, 413; vgl. *Rogall*, FS für Geppert, S. 527 ff.

angenommen, dass eine qualifizierte Belehrung des Beschuldigten, dass seine früher gemachten Aussagen wegen der unterbliebenen Belehrung unverwertbar sind, diese Fortwirkung des Verfahrensverstößes regelmäßig verhindern wird.¹²⁹⁴ Umstritten ist dagegen, ob die Unterlassung einer solchen qualifizierten Belehrung stets die Fortwirkung des Verfahrensverstößes mit der Folge bedeutet, dass auch spätere Aussagen des Beschuldigten unverwertbar sind. Dies verneint die Rechtsprechung trotz des Widerstands der erstinstanzlichen Gerichte und der Literatur¹²⁹⁵ und befürwortet eine Einzelfallprüfung dahingehend, ob es tatsächlich eine Fortwirkung gegeben hat. Die Unterlassung einer qualifizierten Belehrung sei mit dem Gewicht des Verfahrensverstößes gegen die anfänglich unterlassene Belehrung des Beschuldigten nach § 136 Abs. 2 Satz 2 StPO nicht gleichzusetzen.¹²⁹⁶

Im Einzelnen ist die Fortwirkung der unterlassenen Belehrung nach dem BGH grundsätzlich anzunehmen, wenn sich aus den Umständen des Falles ergibt, dass der Vernommene davon ausgegangen ist, von seinen ohne Belehrung gemachten Angaben bei seiner weiteren Vernehmung nicht mehr abrücken zu können. Ist die folgende Vernehmung eine bloße Wiederholung oder Fortsetzung der in der früheren Vernehmung gemachten Angaben, so wirkt der Verfahrensverstoß fort.¹²⁹⁷ Gegen die Fortwirkung spricht etwa, dass der Beschuldigte seine früheren Äußerungen nicht nur wiederholt, sondern erstmals weitere umfassende selbstbelastende Angaben macht.¹²⁹⁸ Sind die späteren Aussagen des Beschuldigten bei seinen folgenden Vernehmungen, denen eine einfache Belehrung über den § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO vorausgeht, nur ergänzender Natur, so stellt sich die Frage der Fortwirkung und der Erforderlichkeit einer qualifizierten Belehrung im Gegensatz zu dem Fall nicht, dass der Beschuldigte seine früheren Aussagen nun nach der einfachen Belehrung bestätigt.¹²⁹⁹

4. Verwertungsverbote bei Verstößen gegen das Verteidigerkonsultationsrecht

Das Recht auf Verteidigerkonsultation zu Beginn einer polizeilichen Vernehmung nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO gehört zu den wichtigsten verfahrensrechtlichen

¹²⁹⁴ BGH NJW 2009, 3590.

¹²⁹⁵ So etwa AG München StV 2001, 501; weitere Nachweise bei *Neuhaus*, StV 2010, 46 Fn. 16; in der Literatur *Wohlers*, JR 2002, 295; *Jahn*, JuS 2005, 1062; *Artkämper*, StRR 2007, 225; *Kasiske*, ZIS 2009, 322; *Roxin*, HRRS 5/2009, 186 f.; *Renzikowski*, FS für Roxin, S. 1345; *Beulke*, S. 76 Rn. 119.

¹²⁹⁶ BGHSt 53, 112, 116 f.; BGH NStZ 2009, 703; OLG Hamm BeckRS 2009, 14282; so auch im Ergebnis *Rogall*, FS für Geppert, S. 540 ff.

¹²⁹⁷ BGHSt 53, 112, 117.

¹²⁹⁸ BGHSt 53, 112, 117; so auch im Ergebnis BGH NStZ 2009, 648; BGH NStZ 2009, 703; OLG Hamm BeckRS 2009, 14282.

¹²⁹⁹ BGHSt 51, 367, 376.

Prinzipien.¹³⁰⁰ In BGHSt 41, 15 stellte der 5. Senat obiter dictum fest, dass sowohl Rechtssicherheit als auch der hohe Rang des Rechts auf Verteidigerbeistand für ein faires Verfahren es nicht zulassen, bei der Annahme eines Verwertungsverbots wegen Verletzung des Rechts auf Zugang zu einem Verteidiger zwischen Zugangsverweigerungsfällen verschiedenen Gewichts zu unterscheiden, solange der Wunsch des Beschuldigten, vor der Vernehmung einen Verteidiger zu befragen, wirksam unterlaufen wird.¹³⁰¹ Abgesehen von der Erklärungsbedürftigkeit dieser Rechtsprechung nahm der Senat selbst später von dieser „sehr weitgehenden“ Feststellung Abstand. Gleichwohl beanstandete er die „erheblich restriktive“ Rechtsprechung des 1. Senats, wonach bei der Annahme eines gewichtigen Verstoßes gegen das Verteidigerkonsultationsrecht, welcher ein Verwertungsverbot begründen würde, strenge Anforderungen an die konkrete Beeinträchtigung des Verteidigerzugangs zu stellen sind.¹³⁰² In der Literatur wird dagegen eine unterschiedliche Behandlung von Verstößen gegen das Verteidigerzugangsrecht des Beschuldigten beanstandet und für alle Fälle die Annahme eines Verwertungsverbots gefordert.¹³⁰³

Im Einzelnen gilt, dass ein Verwertungsverbot für die Aussagen des unverteidigten Beschuldigten anzunehmen ist, wenn dem Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung der Zugang zu seinem gewählten Verteidiger vollständig verwehrt wird.¹³⁰⁴ Ein das Verwertungsverbot begründender Verstoß liegt auch vor, wenn durch Unterlassung ernsthafter und effektiver Bemühungen der Verteidigerkonsultationswille eines Beschuldigten, der bei der polizeilichen Vernehmung trotz seines entsprechenden Willens keinen Verteidiger benennen kann, wirksam unterlaufen wird.¹³⁰⁵ Dagegen ist die Annahme eines Verwertungsverbots nicht erforderlich, wenn davon auszugehen ist, dass die Staatsanwaltschaft versäumt hat, einen entsprechenden Antrag zu stellen und die Vernehmung bis zur Aufnahme der Verteidigung durch einen bestellten Verteidiger aussetzen zu lassen. Denn das Gewicht eines solchen unterstellten Verstoßes gegen § 141 Abs. 3 Satz 2 StPO reiche dafür jedenfalls nicht aus, wenn der Beschuldigte auch ohne vorherige Belehrung sein Recht zum Schweigen und auf Verteidigerkonsultation kannte.¹³⁰⁶

Die Annahme eines Verwertungsverbots wegen Verstoßes gegen das Verteidigerkonsultationsrecht bei der polizeilichen Vernehmung knüpft der BGH außerdem an

¹³⁰⁰ BGH NJW 2013, 2271.

¹³⁰¹ BGHSt 42, 15, 21.

¹³⁰² BGH NStZ 2004, 390.

¹³⁰³ Vgl. SK-StPO-Rogall, § 136 Rn. 47; *Beulke*, S. 288 Rn. 469; *Roxin/Schünemann*, S. 176 Rn. 37 f.; *Volk*, S. 41 Rn. 12; *Beulke/Barisch*, StV 2006, 571; *Wohlers*, JR 2002, 294; *Roxin*, JZ 1993, 427.

¹³⁰⁴ BGHSt 38, 372, 374 = NJW 1993, 338; *Neuhaus*, StV 2010, 45.

¹³⁰⁵ BGHSt 42, 15, 21 f.; LG Kiel StV 2005, 600; *Neuhaus*, StV 2010, 45; *Roxin*, JZ 1997, 345; vgl. BGHSt 42, 170 ff.

¹³⁰⁶ BGH NJW 2002, 977 f.; ähnlich auch BGH NStZ 2006, 237; kritisch hiergegen *Wohlers*, JR 2002, 295; *Volk*, S. 103 Rn. 32.

die Erfüllung der formellen Bedingung des Widerspruchs.¹³⁰⁷ Die Kenntnis des Beschuldigten von seinem Verteidigerkonsultationsrecht ist dagegen keine das Verwertungsverbot ausschließende Ausnahme, da es hier um die Hinderung des Beschuldigten an der Durchsetzung seines Rechts geht. Darüber hinaus sind die Verstöße gegen einen Verteidigerzugang ebenfalls im Freibeweisverfahren nachzuweisen,¹³⁰⁸ dessen Einzelheiten bereits oben aufgeführt worden sind. Schließlich bleibt sich der BGH auch hier bei der Frage der Fortwirkung seiner Rechtsprechung bezüglich der Erforderlichkeit einer sogenannten qualifizierten Belehrung treu.¹³⁰⁹ Diesbezüglich sei auf die obigen Ausführungen verwiesen.

5. Zwischenergebnisse

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass Verstöße gegen die einzelnen Ausprägungen der Aussagefreiheit sowie gegen Ergänzende Schutzrechte mit mehreren gewichtigen Beweisverwertungsverböten gehandelt werden, die in Art. 15 UN-Antifolterkonvention sowie § 136 Abs. 3 Satz 2 StPO verankert oder in der Rechtsprechung anerkannt sind. Allerdings verlieren die Verwertungsverböte an Schärfe, wenn es um die Frage der Fort- und Fernwirkung geht. Hinzu kommen die formellen Voraussetzungen, die die Rechtsprechung zur Annahme eines Verwertungsverbötes verlangt. Ebenfalls übt sie bei Verstößen gegen das Verteidigerkonsultationsrecht, das in der StPO in Anbetracht der Vielzahl der sich bei seiner Gewährung in der Praxis ergebenden Fragen nicht vollständig geregelt ist, eine beachtliche Zurückhaltung.

VII. Zusammenfassung

Das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit ist im GG ausdrücklich nicht verankert. Über seinen Verfassungsrang besteht dennoch kein Zweifel. Umstritten sind aber seine Ableitung, Begründung und Reichweite. Erkenntnisse darüber sollen seine historische, teleologische sowie systematische Auslegung geben.

Das klassische Inquisitionsverfahren zeichnete sich dadurch aus, dass es das Geständnis eines Beschuldigten als Beweismittel betrachtete und die Folter zu seiner Erzwingung zuließ. Ihre Legitimation leitete sich außerdem von den damals herrschenden Moralvorstellungen ab. Bereits die humanistischen Gedanken des 16. Jahrhunderts ließen gewichtige Bedenken gegen die Folter aufkommen. 1740 führte dies zur Abschaffung der Folter in Preußen. Das Strafverfahren blieb jedoch weiterhin

¹³⁰⁷ BGHSt 42, 15, 22 f.

¹³⁰⁸ Siehe etwa BGH Urt. v. 23.08.2011 1 StR 153/11, HRRS 2011 Nr. 1036; BGH 1 StR 117/05 Beschl. v. 19.10.2005, HRRS 2005 Nr. 894.

¹³⁰⁹ BGH NJW 1993, 339; kritisch hiergegen *Beulke*, S. 76 Rn. 119.

inquisitorisch und räumte einem Beschuldigten kein Recht auf Selbstbelastungsfreiheit ein. Zu weiteren Vorbehalten über die Rechtsstellung des Beschuldigten im inquisitorischen Strafverfahren kam es im Zuge der strafprozessualen Reformbestrebungen, die sich an den *Code d'instruction criminelle* von 1808 anlehnten. Insbesondere der Grundsatz des Anklageprozesses lieferte wichtige Argumente für eine Verbesserung seiner Rechtsstellung auch hinsichtlich seiner Funktion als Beweismittel. Eine ebenfalls bedeutsame Aufwertung erlangte seine Rechtsstellung von staatsrechtlichen, liberalen Ideen des 19. Jahrhunderts, die ihn aus den Schatten des Absolutismus retteten und ihm auch im Strafverfahren eine Persönlichkeit zusprachen. Diese Entwicklungen mündeten schließlich zugunsten der Selbstbelastungsfreiheit in § 136 und 54 a.F. der Reichsprozessordnung von 1877.

Der historische Gesetzgeber merkte für die in § 136 vorgesehene Hinweispflicht, ob der Beschuldigte bei der richterlichen Vernehmung etwas auf die Beschuldigungen erwidern wolle, ausdrücklich an, dass dadurch dem „berechtigten Ansprüche des Beschuldigten auf Schutz gegen ungehörige Zumuthungen“ Rechnung getragen wird. Trotz dieser historischen Anerkennung der legitimen Interessen eines Beschuldigten an Schutz vor Selbstbelastung lässt sich den vorbereitenden Arbeiten keine Klarheit über die Begründung sowie die Reichweite dieses Rechts entnehmen. Im Gegenteil unterstrich der Gesetzgeber die sittliche Pflicht jedes Beschuldigten, nur die Wahrheit zu sagen. Außerdem stand er beim Schweigen unter dem prozessualen Zwang, dass der Richter dies zu seinem Nachteil verwertete. Es lässt sich somit feststellen, dass der inquisitorische Geist des Strafverfahrens mit der Anerkennung des Schutzes vor Selbstbelastung noch nicht besiegt war.

Nach der Zäsur der Geltung dieses Schutzes im Dritten Reich prägte die Menschenwürdegarantie in Art. 1 Abs. 1 GG die Rechtsstellung des Beschuldigten im Strafverfahren. In NJW 1981, 1431 stellte das BVerfG explizit fest, dass ein Zwang zur Selbstbezeichnung gegen diese Garantie verstößt, weil dieser die personelle Freiheit der Willensentschließung berühre. Wie der Gesetzgeber der RStPO von 1877, begründete das Gericht die Selbstbelastungsfreiheit außerdem unter Berufung auf den Schutz des Beschuldigten vor unzumutbaren Konfliktsituationen, der nun durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG Verfassungsrang hat. Unter dem Aspekt des Persönlichkeitsschutzes betonte es zuletzt in NJW 2013, 1058 ff. seine Eigenverantwortlichkeit bzw. persönliche Autonomie, die ebenfalls ein Recht auf Selbstbelastungsfreiheit fordern. Weitere Anknüpfungspunkte, die das BVerfG zur Begründung dieses Rechts bislang heranzog, sind das Verbot der Instrumentalisierung als Erfordernis der Menschenwürde, informelle Selbstbestimmung als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sowie die Fairness des Verfahrens. Die Mehrzahl von Begründungsgrundlagen führt allerdings zu Unklarheiten bei der Bestimmung der Reichweite der Selbstbelastungsfreiheit. Dies betrifft insbesondere die Frage, gegen welche staatlichen Eingriffe dieses Recht einen Schutz gewährt, und ob es einschränkbar ist.

Die Literatur hat sich zur verfassungsrechtlichen Ableitung und Begründung der Selbstbelastungsfreiheit in breitem Umfang geäußert. Dabei erntet die Rechtsprechung sowohl Zuspruch als auch viel Kritik. Die einzelnen Argumente zur verfassungsrechtlichen Begründung werden ausgiebig kontrovers diskutiert. Hierzu zählen etwa das Argument der Degradierung zum Verfahrensobjekt, das Argument der Instrumentalisierung sowie die Argumente des Persönlichkeitsschutzes, konkret: Selbsterhaltungstrieb, Eigenverantwortlichkeit oder informelle Selbstbestimmung. Bemerkenswert sind die zahlreichen Versuche in der Literatur, die „eigene Konzepte“ von diesem Recht entwickeln, die zu unterschiedlichen Reichweiten führen. So werden neben den genannten freiheitsrechtlichen Grundlagen der Selbstbelastungsfreiheit auch prozessrechtliche Begründungen, etwa die Unschuldsvermutung, angeführt. Aus der Beweislast der Anklage werden in diesem Zusammenhang Ansprüche eines Beschuldigten dahingehend entnommen, ob und wie er sich als Beweismittel dem Zugriff der Strafverfolgungsorgane entziehen kann. Für einen weiteren Streit in der Literatur sorgt die Mindermeinung, dass ein subjektives Recht des Beschuldigten auf die Selbstbelastungsfreiheit überhaupt keine verfassungsrechtliche Wertigkeit habe. Diese Ansicht läuft im Ergebnis auf die Maxime hinaus, dass die verfassungsrechtlich schutzwürdige Persönlichkeitsentfaltung in dem Bewusstsein des Beschuldigten besteht, für sein Fehlverhalten einzustehen. Dem hält die Gegenansicht vor, dass die genannte Entfaltung in der Eigenverantwortlichkeit liegt. Schließlich wird in der Literatur vertreten, dass die deduktiv auf Grundlage der verfassungsrechtlichen Begründung erfolgende Bestimmung des Schutzzinhaltes der Selbstbelastungsfreiheit unter mehreren Gesichtspunkten nicht haltbar ist. Zu befürworten sei ein induktiver Ansatz, der die bereits positivrechtlich bestehenden Ausformungen der Selbstbelastungsfreiheit in den Mittelpunkt der Schutzzinhaltsbestimmung stellt.

In Betracht kommen in diesem Zusammenhang zum einen die menschenrechtlichen Verbürgungen der Selbstbelastungsfreiheit. Zum anderen basieren mehrere Vorschriften der StPO auf dem Grundsatz, dass der Beschuldigte im Strafverfahren gegen sich selbst aktiv nicht mitzuwirken hat.

Die erste positivrechtliche Verankerung der Selbstbelastungsfreiheit erfolgte bereits durch Ratifizierung des IPBPR am 9.10.1968. Nach Art. 14 Abs. 3 lit. g IPBPR hat nämlich jeder wegen einer strafbaren Handlung Angeklagte im Verfahren den Anspruch darauf, dass er nicht gezwungen werden darf, gegen sich als Zeuge auszusagen oder sich schuldig zu bekennen. In der Tat fand diese Definition beim großen Strafsenat in BGHSt 42, 139, Zuspruch, der u.a. unter Berufung auf das hierin enthaltene Zwangselement die Anwendbarkeit des Rechts auf Aussagefreiheit bei einer verdeckten Abschöpfung des Tatwissens des Beschuldigten ablehnte. Diese Rechtsprechung gab der 3. Strafsenat in BGHSt 52, 11, zugunsten der zweiten menschenrechtlichen Verbürgung der Selbstbelastungsfreiheit – namentlich Art. 6 Abs. 1 EMRK – auf, indem er zur rechtlichen Würdigung solch verdeckter Methoden das Umgehungsverbot heranzog, das der EGMR im Fall *Allan* entwickelt hatte. Die Fort-

setzung der konventionskonformen Reichweite der Aussagefreiheit bei den verdeckten Abschöpfungen folgte in BGHSt 53, 294 sowie BGH NStZ 2011, 596. Dadurch zog der BGH im Ergebnis zur Bestätigung seiner bereits in BGHSt 42, 139 entstandenen engen Rechtsprechung den menschenrechtlich erforderlichen Schutz der Aussagefreiheit nach dem EGMR heran und erteilte gleichzeitig der Literaturmeinung eine Absage, die anfangs im *Allan*-Urteil des EGMR ein breiteres Umgehungsverbot sah, als es tatsächlich der Fall war, und dies auch in Deutschland forderte.

An der Bestimmung des Schutzzumfangs der Selbstbelastungsfreiheit ist, wie oben erwähnt, außerdem die Mitwirkungslehre der StPO beteiligt, die bereits durch ihren Tatbestand den Schutz der Selbstbelastungsfreiheit auf das Verbot der aktiven Mitwirkung reduziert. Der Beschuldigte hat dementsprechend lediglich das Recht auf Passivität. Kann er zum Gegenstand einer Beweiserhebung gemacht werden, so hat er eine Duldungspflicht. Entscheidend für die Schutzzumfangsbestimmung ist daher die Abgrenzung der Aktivität von der Passivität, die nach der h.M. nicht faktisch, sondern eher normativ zu verstehen und daher nicht bei jeder „Muskelbewegung“ des Beschuldigten anzunehmen sei. Zuletzt hat die höchstrichterliche Rechtsprechung ihre Kasuistik zu den im Ergebnis unbeachtlichen und somit zulässigen Erscheinungsformen des aktiven Mitwirkens bei dem Einsatz des Brechmittels konkretisiert. Abgesehen vom OLG Frankfurt in NJW 1997 hat man beim dadurch ausgelösten Erbrechen des Beschuldigten keine aktive Mitwirkung festgestellt. Anstatt einer Erheblichkeitslösung möchte ein von *Grünwald* entwickelter Ansatz der Unterscheidung der Aktivität und Passivität einen Schutzzweck zuweisen und dadurch die Problematik der Abgrenzung entschärfen. Er greift auf ein im materiellen Strafrecht bekanntes Begriffspaar als Abgrenzungskriterium zurück, nämlich *vis compulsiva* und *vis absoluta*, um zu zeigen, dass die Qual, die jedem Beschuldigten bei einer Beweiserhebung aufgrund der Selbstbelastungsfreiheit erspart bleiben soll, lediglich bei der willensbeugenden Zwangsanwendung, also *vis compulsiva*, vorliegt. Dagegen breche *vis absoluta* seinen Willen und erspare ihm sozusagen die Qual der Wahl, ob er an seiner eigenen Überführung mitwirken wolle oder nicht. Im Ergebnis entscheidet sich die Zulässigkeit der Zwangsanwendung an dem Beschuldigten nach der faktischen Erzwingbarkeit seiner Mitwirkung.

Bei näherer Betrachtung ergibt sich ferner, dass die Freiheit der aktiven Mitwirkung, die die h.M. dem Beschuldigten gewährt, etwa an einer Blutentnahme oder einem Atemalkoholtest, wirkungslos ist. Denn diese Erhebungen können auch beim Gebrauch der genannten Mitwirkung gegen seinen Willen (§ 81a Abs. 1 StPO) oder durch eine alternative Methode (§ 81a Abs. 1 StPO) durchgeführt werden. Sein Weigerungsrecht stößt bei der Erhebung einer Stimmprobe darüber hinaus auf eine enge Auslegung des verfassungsrechtlichen Zwangsschutzes. Zwar ist eine Stimmprobe faktisch gesehen unbestritten eine aktive Mitwirkung, bei der tatsächlichen Weigerung nicht erlangbar und keiner alternativen Methode zugänglich. Ihre verdeckte Erhebung durch Täuschung ist aber nach BGHSt 34, 39 ff. und 40, 66 ff.

grundsätzlich zulässig. Diese Rechtsprechung erteilt somit dem Grundsatz der Gegenansicht des BGH NStZ 1995, 441 eine Absage, dass das Verbot, den Beschuldigten zur aktiven Mitwirkung an seiner Überführung zu zwingen, nicht durch heimliche Verschaffung des Beweises umgangen werden darf. Die enge Auslegung des Rechts auf Passivität besagt dagegen, dass der Beschuldigte keinen allgemeinen Anspruch darauf hat, seine Stimme (BGHSt 40, 66) oder auch seine Aussage (BGHSt 39, 335 ff.; 42, 139 ff.) als Beweismittel gegen sich selbst gegenüber der Strafverfolgung ein für alle Mal zurückzuhalten. Das Spannungsverhältnis zwischen der Faktizität der aktiven Mitwirkung durch eine verdeckt erhobenen Aussage und der Umgehung des Passivitäts-, bzw. Weigerungsrechts erklärte der BGHSt 42, 139 ff. dadurch, dass der Beschuldigte bei der verdeckten Aussageerhebung keine Zwangsausübung an seiner Willensbildung spüre. Sein allgemeiner Wille, lieber als Beweismittel auszuschneiden, durchbricht die legitimen Interessen der Strafverfolgungsorgane bei der faktischen Möglichkeit der Erhebung nur in einem Ausnahmefall, namentlich beim Verbot der nachteiligen Verwertung von Mimik und Gestik eines vollständig schweigenden Beschuldigten (BGH StV 1993, 459). Des Weiteren statuiert der vorausgegangene ausdrückliche Gebrauch des Schweigerechts eine gewisse Respektspflicht für die Ermittlungsorgane bei den verdeckten Abschöpfungen seines Tatwissens, die jedoch bis jetzt keinen absoluten Vertrauenstatbestand zugunsten des Beschuldigten in der Rechtsprechung des BGH (vgl. BGHSt 52, 11 ff.) zu begründen vermochte.

Die Rechtsstellung des Beschuldigten als Aussageperson wird schließlich durch §§ 136, 163a, 243 Abs. 4 StPO konkretisiert, die ihm bei einer Vernehmung die Aussagefreiheit gewähren. Auch der in der StPO anerkannten zweiten Aussageperson, nämlich dem Zeugen, kommt § 55 Abs. 1 StPO bei seiner grundsätzlichen Aussage- und Wahrheitspflicht nach §§ 48 Abs. 1 Satz 2, 57 Abs. 1 StPO zugute, wonach er bei der Gefahr einer Selbstbelastung die Aussage verweigern kann. Da die StPO von einer strengen Trennung der beiden Aussagepersonen ausgeht, ist eine zutreffende Rollenzuweisung durch die Strafverfolgungsorgane von großer Bedeutung. Mit der Frage befassen sich die Rechtsprechung und die Literatur ausgiebig, woraus eine Art Beschuldigtentheorie entstanden ist, die den Beschuldigtenstatus nach bestimmten Kriterien von dem Zeugen abgrenzt. Das Ergebnis der Abgrenzung entscheidet im Ergebnis auch über die prozessrechtlich seit BGHSt 38, 214 ff. sehr brisante Frage, ob die Annahme eines Verwertungsverbots für die Aussagen des Beschuldigten angezeigt ist, die ohne Belehrung über seine Aussagefreiheit bei der polizeilichen Vernehmung nach §§ 136 Abs. 1 Satz 2, 163a Abs. 4 Satz 2 StPO zustande kamen. Zuletzt wird die konkrete Reichweite der Aussagefreiheit nach der StPO durch den Begriff der Vernehmung bestimmt, woran die Vorschriften zu den genannten Belehrungen sowie zu den verbotenen Vernehmungsmethoden nach § 136a anknüpfen. Die h.M. in der Rechtsprechung und Literatur nimmt an, dass diesen Vorschriften das Bild einer offenen Vernehmung zugrunde liegt. Daher wird ihre Anwendung auf die verdeckten Abschöpfungen des Tatwis-

sens des Beschuldigten abgelehnt (siehe etwa BGHSt 42, 139, 145 f.; BGH NSz 2011, 597). Zur Ablehnung des Prinzips der Offenheit der Beschuldigtenvernehmung werden zusätzlich §§ 110a ff. StPO angeführt, die den Einsatz eines Verdeckten Ermittlers ausdrücklich vorsehen, dessen Auftrag nicht zuletzt darin besteht, die Aussagen des Beschuldigten zumindest entgegenzunehmen (BGHSt 52, 11, 16). Wie bereits oben erwähnt, verlegt der BGH damit die Ableitung des begrenzt geltenden Umgehungsverbots in seiner aktuellen Rechtsprechung auf die menschenrechtliche Grundlage der Aussagefreiheit, nämlich das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK.

Eine Schutzbereichsbestimmung für die Selbstbelastungsfreiheit lässt sich aus der oben dargelegten Mehrzahl der Ableitungs-, und Begründungsnormen, die wiederum zu den unterschiedlichen Ebenen der Normenhierarchie gehören, kaum vornehmen. Ebenso wenig scheint eine einheitliche Definition möglich zu sein. Denn wird die Selbstbelastungsfreiheit aus der Perspektive des Zwangselements umschrieben, so kommt ihr Schutz bei verdeckten Abschöpfungen zu kurz, wird sie aus der Perspektive der Freiheit definiert, so wirft sie erhebliche Abgrenzungsfragen auf. Dieses Spannungsverhältnis prägt im Ergebnis die völlig abweichenden Schutzbestimmungen in der Rechtsprechung und Literatur. Es ist daher bei den einzelnen Fragen der Selbstbelastungsfreiheit stets im Auge zu behalten.

Das gilt auch für den Kernschutzbereich des besonderen Gegenstands der vorliegenden Arbeit, nämlich den Schutz der Aussagefreiheit vor Aussagezwang. Nach dem herkömmlichen Zwangsverständnis wären alle Vernehmungsmethoden verfassungsrechtlich verboten, die sich eines tatsächlichen oder rechtlichen Zwangsmittels bedienen, um auf den Beschuldigten einen mittelbaren oder unmittelbaren physischen oder psychischen Aussagedruck auszuüben. Das entscheidende Merkmal des Zwangs besteht in diesem Fall darin, dass er durch einen willensbeugenden Aussagedruck den Beschuldigten zu einer Selbstbelastung nötigt. Diese Definition des Zwangs bedarf nun einer Erweiterung, denn sie umfasst das nach der h.M. erforderliche Umgehungsverbot bei verdeckten Abschöpfungen nicht. Mit einem funktionalen Zwangsverständnis lässt sich dieses Problem überwinden. Danach ist die willensbeugende Nötigung des Zwangs nicht nur im Augenblick der persönlichen Empfindung gegeben, sondern auch dann, wenn das bei dem Beschuldigten erzeugte Aussagemotiv genügend stark ist, dass ihm bei einer verdeckten Abschöpfung seines Tatwissens funktional keine andere vernünftige Alternative bleibt, als sich selbst zu belasten. Von einem solchen Zwangsverständnis ausgehend lässt sich feststellen, dass die in § 136a StPO genannten verbotenen Vernehmungsmethoden das verfassungsrechtliche Gebot gänzlich umfassen. Unmittelbare tatsächliche Zwangsmethoden dieser Vorschrift, die einen physischen (Misshandlungen, körperliche Eingriffe, Verabreichung von Mitteln, Ermüdung) oder psychischen (Quälerei, Drohung, Vorteilsversprechen, Täuschung, Hypnose) Aussagedruck herbeiführen, stellen die Konkretisierung des verfassungsrechtlich erforderlichen Schutzes der Selbstbelastungsfreiheit vor Aussagezwang dar. Bei näherer Betrachtung ergibt sich,

dass § 136a insbesondere bei einer weiten Auslegung des Täuschungsverbots sowie bei Maßnahmen, die nach § 136a Abs. 2 StPO das Erinnerungsvermögen oder die Einsichtsfähigkeit eines Beschuldigten beeinträchtigen, sogar über den verfassungsrechtlichen Schutz der Aussagefreiheit im Sinn eines funktionalen Zwangsverständnisses hinausgeht. An der engen Auslegung des Täuschungsverbotes durch die Rechtsprechung wird in der Literatur Kritik geübt, die die verbotene Überlistung eines Beschuldigten nach § 136a Abs. 1 StPO nur dann annimmt, wenn die im konkreten Fall angewendete Täuschung bei ihm ein starkes Motiv zur Selbstbelastung ausgelöst hat. Verwiesen wird hierbei auf eine Definition der Selbstbelastungsfreiheit, die sich verfassungsrechtlich nicht auf einen funktionalen Zwangsschutz begrenze, sondern aus der freiheitsrechtlichen Perspektive verstehen ließe.

Verboten ist es unumstritten, dass ein Beschuldigter durch unmittelbare rechtliche Zwangsmittel oder strafrechtliche Sanktionen zum Aussagen gezwungen wird. Auch seine Falschaussage ist keine Straftat, vorausgesetzt, dass er dadurch kein neues Unrecht begeht (vgl. §§ 145d, 164, 258 StGB). Die Frage einer mittelbaren rechtlichen Zwangsausübung stellt sich insbesondere bei der nachteiligen Verwertung eines Aussageverhaltens des Beschuldigten bei der richterlichen Beweiswürdigung. Die h.M. gelangt in diesem Zusammenhang im Zuge einer sogenannten Doppelbegründung zum grundsätzlichen Ergebnis, dass eine nachteilige Verwertung der wirksamen Ausübung seiner Aussagefreiheit den Boden entziehen wird und nicht jedem Aussageverhalten des Beschuldigten ein Erkenntniswert zukommt. Aus diesen Gründen ist es definitiv unzulässig, sein vollständiges Schweigen etwa als Indizienbeweis nachteilig gegen ihn zu verwerten. Auch das zeitweise Schweigen unterfällt dem Verwertungsverbot, da die Ausübung des Schweigerechts ansonsten zeitlich eingeschränkt wäre. Differenzierend geht die h.M. dann vor, wenn sich der Beschuldigte zur Sache teilweise einlässt, in einigen Punkten aber von seinem Schweigerecht Gebrauch macht. Mit der Teileinlassung habe er sich zum „Beweismittel“ gemacht, und ein solches Aussageverhalten sei wie jeder Indizienbeweis Gegenstand der richterlichen Beweiswürdigung. Diese Auffassung erfährt in der Literatur zunehmend Kritik, weil der Beschuldigte auch im letztgenannten Fall weiterhin seine Aussagefreiheit ausüben und ihm dies nicht zum Nachteil gereichen dürfe. Hinzu kommt, dass die Würdigung eines Aussageverhaltens des Beschuldigten in erster Linie in der Psyche des Richters stattfindet und die von der h.M. großgeschriebene grundsätzliche Unzulässigkeit beim vollständigen und zeitweisen Schweigen in der Rechtswirklichkeit faktische Grenzen hat. Anzumerken ist hierbei schließlich, dass die Frage der nachteiligen Verwertbarkeit in der Praxis nur bedingt erheblich ist.

Von großer Bedeutung sind dagegen die verdeckten Ermittlungen der Strafverfolgungsorgane, die nicht zuletzt gerade auf die Abschöpfung des Tatwissens eines Beschuldigten abzielen. Wie bereits oben dargelegt, hat sich die höchstrichterliche Rechtsprechung damit unter verschiedenen Aspekten ausführlich auseinandergesetzt. Bei näherer Betrachtung lässt sich feststellen, dass der Beschuldigten einen nur

bedingten Schutz der Aussagefreiheit erhält, sofern es sich um verdecktes Veranlassen handelt. Im Fall einer Tatprovokation reduziert sich ihr Schutz sogar auf null, weil der BGH auch bei der Unzulässigkeit einer solchen Provokation eine sogenannte Strafzumessungslösung annimmt und die Aussagefreiheit des rechtswidrig provozierten und zur Selbstbelastung veranlassten Beschuldigten völlig außer Acht lässt (BGH NJW 1984, 2302). Die Beurteilung weiterer Methoden zur verdeckten Abschöpfung des Tatwissens eines Beschuldigten, der wegen einer bereits abgeschlossen Straftat verfolgt wird, fällt differenzierend aus. Hat das einfache räumliche Abhören eines Beschuldigten bis jetzt keinen Schutz der Aussagefreiheit erfahren, so hat BGHSt 53, 294 ff. dem räumlichen Abhören unter Berufung auf Art. 6 EMRK Grenzen gezogen, wenn die Umstände des Abhörens u.a. insbesondere schwerwiegende Täuschungsmomente aufweisen. Die Stellung einer Abhör-falle ist dagegen nach wie vor zulässig (vgl. BGHSt 42, 139 ff.; BGH NSTZ 1995, 410). Dasselbe gilt für die unmittelbare verdeckte Befragung eines Beschuldigten durch eine Privatperson (BGH NSTZ 2011, 596). Erst bei Aushorchungsfällen statuiert die höchstrichterliche Rechtsprechung eine kategorische Unzulässigkeit (BGHSt 55; 138 ff.; 52, 11 ff.).

Einen deutlich weitergehenden Schutz der Aussagefreiheit hat der Beschuldigte bei einer offenen Vernehmung. Denn neben dem oben genannten Schutz vor Aussagezwang stehen ihm auch weitere Schutzrechte für eine wirksame Ausübung dieses Rechts ergänzend zur Seite. So ist er nach § 163a Abs. 4 i.V.m. § 136 Abs. 1 StPO bei seiner ersten polizeilichen Vernehmung über die gegen ihn erhobenen Beschuldigungen zu belehren. Ist dem Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung die körperliche Fortbewegungsfreiheit entzogen, so kommen ihm die detaillierteren Belehrungspflichten zugute (§§ 114a, 127 Abs. 4, 163b, 163c Abs. 1 StPO). Außerdem ist er nach §§ 163a Abs. 4 i.V.m. 136 Abs. 1 StPO darüber zu belehren, dass es ihm freisteht, ob er aussagen will oder nicht. Da die Unterlassung dieser Belehrung grundsätzlich ein Verwertungsverbot nach sich zieht (Grundsatzentscheidung BGHSt 38, 214 ff.), gewinnen die Fragen an großer Bedeutung, ab wann eine Aussageperson bei der polizeilichen Vernehmung frühestens den Status eines Beschuldigten erlangt (zuletzt ausführlich BGHSt 51, 367) und wann eine Vernehmung vorliegt. Denn abzugrenzen ist der Beschuldigte von anderen Auskunftspersonen, insbesondere von dem sogenannten verdächtigten Zeugen (vgl. § 60 Nr. 2 StPO), für die die Belehrung über die Aussagefreiheit nach §§ 163a Abs. 4 i.V.m. 136 Abs. 1 StPO nicht gilt. Ebenso wenig liegt eine Vernehmung vor, wenn sich der Beschuldigte ohne ein amtliches Verlangen nach Auskunft spontan zur Sache äußert (BGH NJW 1009, 3589). Schließlich ist er nach §§ 163a Abs. 4 i.V.m. 136 Abs. 1 StPO darüber zu belehren, dass er vor seiner Vernehmung einen Verteidiger seiner Wahl konsultieren kann. Die StPO war mit der einzigen Belehrung bei der Vielzahl der Fallkonstellationen, in denen der Beschuldigte für eine wirksame Ausübung des Verteidigerkonsultationsrechts auf einen weitergehenden Informationsfluss seitens der Ermittlungsorgane angewiesen ist, unvollständig.

Hinzu kam, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung bei der Ausfüllung der Gesetzeslücke einen uneinheitlichen Ton anschluss (vgl. BGHSt 42, 15 ff.; 42, 170 ff.). Das Regelungsdefizit der StPO sowie den höchstrichterlichen Streit hat die neuerdings eingeführte Belehrungspflicht teilweise beigelegt, nach der der Beschuldigte bei der ersten polizeilichen Vernehmung darauf hingewiesen wird, dass er bei der Erfüllung der Voraussetzungen des § 140 Abs. 1 und 2 StPO die Bestellung eines Pflichtverteidigers nach Maßgabe des § 141 Abs. 1 und 3 StPO beanspruchen kann.

Wie bereits an den Belehrungspflichten erkennbar ist, steht dem Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung das Recht auf einen Verteidiger seiner Wahl oder nach gesetzlichen Maßgaben das Recht auf einen Pflichtverteidiger zu. Von dem Grundsatz, die polizeiliche Vernehmung stets mit einem Verteidigerbeistand durchzuführen, geht die StPO somit nicht aus. Auch über die Einzelheiten der beiden Verteidigerbeistandsrechte gibt es in der höchstrichterlichen Rechtsprechung Unklarheiten und Streit. Fest steht, dass die polizeiliche Vernehmung unterbrochen und dem Beschuldigten den Zugang zu einem Verteidiger gewährt wird, sobald er seinen entsprechenden Wunsch geäußert hat (die Unterbrechungs- und Zugangspflicht – BGHSt 38, 372 ff.; 42, 15 ff.). Streitig ist es jedoch zwischen dem 1. und 5. Senat, welche Sorgfaltspflicht die Ermittlungsorgane dabei trifft (BGHSt 42; 15 ff.; 42, 170 ff.). Soweit dies die Hinweispflichten, insbesondere auf die Möglichkeit zur Bestellung eines Pflichtverteidigers nach §§ 140 Abs. 1 und 2, 141 Abs. 1 und 3 StPO, betraf, ist die oben genannte Teilklärung seitens des Gesetzgebers durch die neuen Belehrungspflichten erfolgt. Ist der Verteidigerbeistand noch nicht realisiert, stellt sich bei weiterem methodischem Vorgehen der Ermittlungsorgane die Frage nach den normativen Grenzen einer zulässigen Fortsetzung der polizeilichen Vernehmung sowie der Entgegennahme spontaner Äußerungen. Die höchstrichterliche Rechtsprechung weist hier zutreffend darauf hin, dass jede weitere Veranlassung des Beschuldigten zu einer Sachäußerung oder zur Entgegennahme einer solchen Äußerung nicht nur das Verteidigerbeistandsrecht, sondern auch unmittelbar seine Aussagefreiheit tangieren kann (BGH NJW 2013, 2770). Dennoch ist es zwischen dem 3. und 5. Senat des BGH umstritten, ob sich die hier angezeigte Respektspflicht in Methoden des § 136a StPO (BGH NJW 1992, 2904) erschöpft oder darüber hinaus geht (BGH NStZ 1996, 292). Äußerst unwirksam stellt sich für den Beschuldigten schließlich das Recht auf den Beistand eines Pflichtverteidigers bei der polizeilichen Vernehmung dar. Während ihm in der Regel ein Pflichtverteidiger im Fall eines Verbrechens nach § 140 Abs. 1 Nr. 2 StPO oder auf der Grundlage der Generalklausel des § 140 Abs. 2 StPO zu bestellen wäre, so stellt § 141 Abs. 3 Satz 2 StPO diese Bestellung ins Ermessen der Staatsanwaltschaft. In der Rechtsprechung wurden die Einzelheiten einer solchen Bestellung bis jetzt kaum dahingehend ausgelegt, dass der Beschuldigte eine realistische Möglichkeit zur Beiordnung eines Pflichtverteidigers bei der polizeilichen Vernehmung hätte (vgl. BGHSt 50; 272 ff.; 47, 172 ff.; BGH NJW 2000, 977; NStZ 2002, 381).

Die einzelnen Ausprägungen der Aussagefreiheit und ihre Ergänzenden Schutzrechte bei einer polizeilichen Befragung wurden oben dargelegt. Es stellt sich nun die Frage nach der prozessrechtlichen Folge von Verstößen hiergegen, insbesondere der Annahme eines Verwertungsverbots. Die h.M. unterstreicht hier, dass der Grundsatz, dass jeder Verstoß gegen eine Beweiserhebungsregel ein Verwertungsverbot nach sich ziehe, dem deutschen Strafverfahrensrecht fremd wäre. Sie geht von einer sogenannten Abwägungslehre aus, die die verschiedenen schutzwürdigen Interessen im Strafverfahren zu vereinbaren versucht und erst im Fall einer Notwendigkeit ein Verwertungsverbot verlangt. Legt das verfassungsrechtliche Recht des Beschuldigten die Selbstbelastungsfreiheit auf den Prüfstand, so sind Verstöße gegen ihren Kernschutzbereich, nämlich das Verbot des Selbstbelastungs- und Aussagezwangs, aufgrund des verfassungsrechtlichen Stellenwerts der hierdurch tangierten Würdegarantie nach Art. 1 Abs. 1 GG stets mit einem Verwertungsverbot zu ahnden (BVerfG NJW 2005; 657; 1981, 1431). Weitere verfassungsrechtliche Begründungen der Selbstbelastungsfreiheit vermögen dagegen ein solch absolutes Verwertungsverbot nicht zu statuieren.

Konkret sehen Art. 15 der UN-Antifolterkonvention und § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO vor, dass Aussagen eines Beschuldigten, die bei der polizeilichen Vernehmung unter Verstoß gegen den Schutz vor Aussagezwang zustande kamen, im Strafverfahren gegen ihn unverwertbar sind. Die letztgenannte Vorschrift geht darüber hinaus und belegt auch unterschwellige Verstöße mit einem Verwertungsverbot (vgl. § 136a Abs. 2 und 3). Eine Fernwirkung dieses in den beiden Vorschriften verankerten Verbots lehnt der BGH ab (BGH NJW 2011, 1524), was in der Literatur berechtigte Kritik erfährt. Ebenso wenig verlangt er bei einer Folgevernehmung stets eine sogenannte qualifizierte Belehrung des Beschuldigten darüber, dass seine bereits unter Verstoß gegen die Aussagefreiheit gemachten Aussagen unverwertbar sind. Über die mögliche Fortwirkung der im konkreten Fall eingesetzten verbotenen Methode sei unter Umstände des Einzelfalls zu entscheiden (BGHSt 35, 328 ff.).

Verstöße gegen das Umgehungsverbot der Aussagefreiheit durch verdeckte Abschöpfungen des Tatwissens des Beschuldigten haben in der höchstrichterlichen Rechtsprechung bis jetzt nur im Besucherraum-Fall (BGHSt 53, 294 ff.) und bei Aushorchen eines inhaftierten oder sich auf freiem Fuß befindlichen Beschuldigten (BGHSt 42, 139 ff.; 52, 11 ff.; 55, 138 ff.) zu einem Verwertungsverbot geführt. Im Fall einer unzulässigen Tatprovokation bleibt der BGH nach wie vor bei der sogenannten Strafzumessungslösung (BGHSt 45, 321 ff.). Nach den verdeckt erlangten Aussagen des Beschuldigten ist auch hier seine qualifizierte Belehrung über die Unverwertbarkeit der Aussagen von großer Bedeutung. Diesbezüglich folgt der BGH auch hier seiner allgemeinen Lehre der Einzelfallprüfung der Fortwirkung (vgl. BGHSt 52, 11 ff.). Dasselbe gilt der Fernwirkung eines wegen Verstoßes gegen das Umgehungsverbot angenommenen Verwertungsverbots, die nach dem BGH sonst das gesamte Strafverfahren lahmlegen könnte (BGHSt 34, 363 ff.).

Bei Verstößen gegen Informationsrechte des Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung nach §§ 163a Abs. 4 i.V.m. § 136 Abs. 1 StPO geht der BGH ähnlich differenzierend vor. So ist seit der Grundsatzentscheidung des BGHSt 38, 214 ff. stets ein Verwertungsverbot für die Aussagen des Beschuldigten geboten, die er bei der polizeilichen Vernehmung ohne eine vorherige Belehrung über seine Aussagefreiheit gemacht hat. Die Erforderlichkeit eines Verwertungsverbots bei der Unterlassung seiner Belehrung über das Recht auf Verteidigerbeistand seiner Wahl lässt sich dagegen aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht deutlich entnehmen. Unmissverständlich ist dagegen die ablehnende Haltung des BGH bei Verstößen gegen die Belehrung über das Recht auf eine mögliche Pflichtverteidigerbeordnung bei der polizeilichen Vernehmung, die der BGH selbst vor der Einführung der entsprechenden neuen Belehrungspflicht in § 136 Abs. 1 Satz 3 Alt. 2 StPO im Rahmen der bereits oben genannten Sorgepflicht verlangte (BGH NStZ 2006, 237; NStZ-RR 2006, 182).

Für die Annahme eines Beweisverwertungsverbots bei Verstößen gegen die genannte Belehrungspflicht nach §§ 163a Abs. 4 i.V.m. § 136 Abs. 1 StPO verlangt der BGH zum einen, dass der Beschuldigte im konkreten Fall bei der polizeilichen Vernehmung sein Schweigerecht nicht kannte. Zum anderen sei der Verwertung bis zu dem in § 257 StPO genannten Zeitpunkt zu widersprechen (BGHSt 38, 214, 225). Über die Frage der Fortwirkung sei auch hier im Einzelfall zu entscheiden. Die Unterlassung einer qualifizierten Belehrung des Beschuldigten bei der Folgevernehmung ziehe nicht per se die Unverwertbarkeit der auch hier gemachten Aussagen nach sich (BGH NJW 2009, 3590).

Das differenzierende Vorgehen des BGH zeigt sich schließlich bei Verstößen gegen das Recht auf Verteidigerbeistand bei der polizeilichen Vernehmung nach §§ 163a Abs. 4 i.V.m. § 136 Abs. 1, 137 Abs. 1 StPO. Anerkannt ist ein Verwertungsverbot dann, wenn dem Beschuldigten der Zugang zu seinem gewählten Verteidiger vollständig verwehrt wird (BGHSt 38, 372 ff.). Das zweite Verwertungsverbot ist erforderlich, wenn die Erfüllung des Willens eines unverteidigten Beschuldigten, einen Verteidiger zu konsultieren, wirksam dadurch unterlaufen wird, dass ihm keine ernsthafte Hilfe geleistet wird (BGHSt 42, 15 ff.). Die pflichtwidrige Entscheidung der Staatsanwaltschaft, dem unverteidigten Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung nach Maßgabe des § 141 Abs. 3 Satz 2 StPO keinen Pflichtverteidiger zu bestellen, fordere nach BGH NJW 2002, 977 dagegen kein Verwertungsverbot. Schließlich setzt der BGH auch hier für die Annahme eines Verwertungsverbots einen rechtzeitig eingelegten Widerspruch voraus (BGHSt 42, 15 ff.). Bezüglich der Frage der Fortwirkung gilt seine oben dargelegte Rechtsprechung entsprechend.

Kapitel 4

Landesbericht Türkei

Dieses Kapitel widmet sich der Untersuchung des Gegenstands der vorliegenden Arbeit im türkischen Recht. Der zweistufige Aufbau wird auch hier beibehalten: Im Allgemeinen Teil werden die Grundzüge des Strafverfahrensrechts (I.) und die historische Entwicklung und Begründung der Selbstbelastungsfreiheit (II.) untersucht. Im Besonderen wird auf die einzelnen Ausprägungen der Aussagefreiheit des Beschuldigten bei der polizeilichen Befragung eingegangen: Schutz vor Aussagezwang (III.), Umgehungsverbot (IV.), Ergänzende Schutzrechte (V.) und Beweisverwertungsverbote (VI.). Schließlich werden die Erkenntnisse im Allgemeinen und Besonderen Teil der Untersuchungen zusammengefasst (VII.).

I. Grundzüge des Strafverfahrensrechts

A. Quellen des Strafverfahrensrechts

Als höchste Rechtsquelle des Strafverfahrensrechts enthält die türkische Verfassung (im Folgenden: tVerf.) wichtige prozessrechtliche Grundsätze wie den Anspruch auf rechtliches Gehör in Art. 36 Abs. 1, die Unschuldsvermutung in Art. 38 Abs. 4 sowie das Verbot des Selbstbelastungszwangs in Art. 38 Abs. 5 tVerf. Diesen folgen die ordnungsgemäß in Kraft gesetzten internationalen Abkommen über Grundrechte und -freiheiten, welche nach Art. 90 Abs. 5 tVerf. die Geltungskraft eines Gesetzes haben und bei einer inhaltlichen Normenkollision mit einfachen Gesetzen den Vorrang haben. Hierzu gehört vor allem die EMRK.¹

Die Verfassung begnügt sich allerdings mit der Klarstellung einiger allgemeiner und grundlegender Prinzipien und verweist in Art. 142 tVerf. für die konkrete Ausgestaltung einer Verfahrensordnung auf die einfachen Gesetze.² Nach dem türkischen Verfassungsgericht (im Folgenden: tVerfG) hat in einem Rechtsstaat der Gesetzgeber einen rechtspolitischen Entscheidungsspielraum, Strafverfolgungs- und Verfahrensregeln vorzugeben, wobei er hier an die Verfassung und die grund-

¹ Ratifizierungsgesetz v. 10.03.1954 Ges. Nr. 6366, R.G. v. 19.03.1954 – 8662.

² AYM Entsch. v. 16.06.1992 E. 1992/8 K. 1992/39, R.G. v. 06.10.1992 – 21367; in diese Richtung auch AYM Entsch. v. 18.02.1971 E. 1970/22 K. 1971/20, R.G. v. 07.07.1972 – 14238; AYM Entsch. v. 06.04.1971 E. 1971/2 K. 1971/36, R.G. v. 22.10.1971/13994.

legenden Strafrechtsprinzipien gebunden ist.³ Diesem Auftrag ist er in erster Linie am 4.12.2004 durch den Erlass der neuen türkischen Strafprozessordnung⁴ (im Folgenden: tStPO von 2004) nachgekommen,⁵ welche die tStPO vom 4.4.1929 (im Folgenden: tStPO von 1929) im Wesentlichen außer Kraft setzte (dazu gleich mehr). Weitere strafprozessuale Bestimmungen befinden sich in einigen Nebengesetzen wie dem Polizeigesetz,⁶ dem Terrorbekämpfungsgesetz⁷ und dem Zeugenschutzgesetz.⁸

Schließlich ist in der tStPO in mehreren Bestimmungen vorgesehen, die Einzelheiten einiger prozessualer Institutionen oder Maßnahmen durch ministerielle Verordnungen zu regeln.⁹ Für die vorliegende Arbeit sind folgende Verordnungen von Bedeutung: die Verordnung über Festnahme, Polizeigewahrsam und Aussageaufnahme,¹⁰ die Verordnung über Verteidigerbeordnung,¹¹ die Verordnung über in der tStPO vorgesehene Telekommunikationsüberwachung, den Einsatz verdeckter Ermittler und die Beobachtung mit technischen Mitteln¹² sowie die Verordnung über körperliche Untersuchungen, genetische Analyse und physische Identitätsfeststellung.¹³

B. Aufbau des Strafverfahrens

Der tStPO liegt eine dreistufige Verfahrensgliederung zugrunde; das Verfahren in erster Instanz (§§ 157–232), Berufungs- (§§ 272–285) und Revisionsverfahren (§§ 286–307), wobei die Gründung der Berufungsgerichte noch nicht abgeschlossen ist und ein Berufungsverfahren noch nicht angestrengt werden kann.¹⁴ Sie

³ AYM Entsch. v. 20.06.2011 E. 2010/52 K. 2011/113, R.G. v. 15.10.2011 – 28085.

⁴ R.G. v. 17.12.2004 – 25673.

⁵ Siehe auch die militärische Strafprozessordnung v. 26.10.1963, R.G. v. 26.10.1963 – 11541; das Gerichtsverfassungsgesetz v. 07.10.2004 – 25606; das Gesetz über die Geltung und Anwendungsweise der Strafprozessordnung, R.G. v. 31.03.2005 – 25772.

⁶ R.G. v. 14.07.1934 – 2751.

⁷ R.G. v. 12.04.1991 – 20843.

⁸ R.G. v. 05.01.2007 – 26747.

⁹ Für eine vollständige Liste siehe etwa <http://www.cigm.adalet.gov.tr/yonetmelikler/yonetmelik.html> [Stand: 04.03.2014]; zur Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Einräumung einer solchen Erlassbefugnis siehe AYM Entsch. v. 12.03.2009 E. 2007/14 K. 2009/48.

¹⁰ R.G. v. 01.06.2005 – 25832; der Begriff „Aussageaufnahme“ steht nach § 2 Abs. 1 lit. g tStPO von 2004 für eine polizeiliche und staatsanwaltliche Vernehmung; hierzu siehe auch unten Kap. 4, V.A.2.b).

¹¹ R.G. v. 02.03.2007 – 26450.

¹² R.G. v. 14.02.2007 – 26434.

¹³ R.G. v. 01.06.2005 – 25832.

¹⁴ § 8 Abs. 1 des Gesetzes Nr. 5320 sowie Zusatz; § 2 des Gerichtsverfassungsgesetzes (Ges. Nr. 5235); siehe auch *Öztürk* u.a., S. 725.

kennt außerdem einige besondere Arten des Verfahrens (§§ 244–259). Das erstinstanzliche Strafverfahren setzt sich aus Ermittlungs-, Zwischen- und Hauptverfahren zusammen. Außerdem hat jeder nach der Ausschöpfung des ordentlichen Rechtswegs Anspruch darauf, ein strafrechtliches Urteil durch eine individuelle Verfassungsklage gem. Art. 148 Abs. 3 tVerf. anzufechten. Dieser kann nach Art. 34 EMRK eine Individualbeschwerde vor dem EGMR folgen.

1. Ermittlungsverfahren

Das Ermittlungsverfahren beginnt mit der Kenntnisnahme eines Tatverdachts durch die zuständigen Behörden und endet mit der Annahme der Anklage durch das Gericht (§ 2 Abs. 1 lit. e tStPO).¹⁵ Entsprechend dem Officialgrundsatz ist zur Erhebung einer öffentlichen Anklage der Staatsanwalt berufen (§ 170 Abs. 1 tStPO). Dieser schreitet zur Ermittlung der Wahrheit ein, sobald er durch eine Anzeige oder auf andere Weise von einem Umstand Kenntnis erhält, der ein Anzeichen für die Begehung einer Straftat ist (§ 160 Abs. 1 tStPO). Im Einklang mit dem Legalitätsprinzip verfasst er eine Anklageschrift an das zuständige Gericht, wenn die gesammelten Beweise nach dem Ermittlungsverfahren einen hinreichenden Verdacht der Begehung einer Straftat begründen (§ 170 Abs. 2 tStPO).¹⁶ Das Tatgericht entscheidet in einem Zwischenverfahren über ihre Vereinbarkeit mit den Voraussetzungen des § 170 tStPO. Weist es sie zurück, kann der Staatsanwalt dagegen Beschwerde einlegen (§ 174 Abs. 4 tStPO).

In bestimmten Fällen ist der Staatsanwalt befugt, von der Erhebung der Anklage gem. § 171 tStPO abzusehen.¹⁷ Er kann unmittelbar oder durch die Kriminalpolizei, die ihm untergeordnet ist und vorrangig seine prozessualen Befehle und Anweisungen auszuführen hat (§ 164 Abs. 2 tStPO),¹⁸ Ermittlungen jeder Art anstellen (§ 161 Abs. 1 tStPO). Erhält die Polizei Kenntnis davon, dass eine Straftat begangen wurde oder gerade begangen wird, so hat sie unverzüglich Maßnahmen zu ergreifen, den Staatsanwalt über den Fall sowie festgenommene Personen und die ergriffenen Maßnahmen sofort zu benachrichtigen und entsprechend seiner Weisung erforderliche Ermittlungsmaßnahmen zur Aufklärung der Tat einzuleiten (Zusatzparagraph 6 Abs. 4 des Polizeigesetzes).¹⁹ Nach diesen Bestimmungen ist

¹⁵ Siehe den Auszug im Anhang: Gesetzestexte.

¹⁶ 13. YCD Entsch. v. 02.02.2012 E. 2011/27923 K. 2012/2008 (kazancı).

¹⁷ Mehr dazu siehe bei *Ünver*, Das türkische Strafrecht, S. 347; *Şahin*, Gazi Şerhi, S. 523.

¹⁸ Die Kriminalpolizei besteht nach § 164 Abs. 1 tStPO organisatorisch aus Polizei, Gendarmarie, Zoll und Küstenwache.

¹⁹ Durch die Einführung dieser Vorschrift durch das Änderungsgesetz v. 02.06.2007 Ges. Nr. 5681 wurde im Strafverfahrensrecht das Erstzugriffsrecht der Polizei, das in der tStPO von 2004 im Gegensatz zu § 156 Abs. 1 tStPO von 1929 nicht vorgesehen war, in

zwar der Staatsanwalt Herr des Ermittlungsverfahrens und die Kriminalpolizei hat nur ein eingeschränktes Erstzugriffsrecht; in der Praxis hingegen wird ein Ermittlungsverfahren im Wesentlichen von der Kriminalpolizei durchgeführt.²⁰

2. Hauptverhandlung

Mit der Zulassung der Anklageschrift ist das Hauptverfahren eröffnet. Die Eröffnung kündigt der Vorsitzende des Gerichts oder der Richter durch das Verlesen des Zulassungsbeschlusses an (§ 191 Abs. 1 tStPO). Diesem folgen die Feststellung der Identität und der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Angeklagten, die Verlesung des Anklagesatzes und die Belehrung des Beschuldigten nach § 147 tStPO. Seine Vernehmung erfolgt erst dann, wenn er sich dazu bereit erklärt (§ 191 Abs. 2 und 3 tStPO). Nach der Vernehmung des Angeklagten erfolgt die Beweisaufnahme (§§ 206 ff. tStPO). Dem Abschluss der Beweisaufnahme folgen die Schlussvorträge des Staatsanwalts und des Verteidigers (§ 216 tStPO). Dabei wird das letzte Wort dem anwesenden Angeklagten erteilt (§ 216 Abs. 3 tStPO). Mit der Verkündung des Endes der Hauptverhandlung wird ein Urteil gefällt (§ 223 Abs. 1 tStPO). Nach der Beratung und der Abstimmung gemäß §§ 227 ff. tStPO wird das gefällte Urteil durch die Verlesung der Urteilsformel verkündet und in seinen wesentlichen Punkten begründet (§ 231 Abs. 1 tStPO). Schließlich wird der Beschuldigte über verfügbare Rechtsmittel belehrt (§ 231 Abs. 2 tStPO).

3. Revisionsverfahren

Da die Berufungsgerichte noch nicht errichtet worden sind, ist das einzige ordentliche Rechtsmittel zur Anfechtung des Urteils eines Gerichts die Revision vor dem Kassationsgerichtshof (im Folgenden: KGH). Diesbezüglich gelten weiterhin die Bestimmungen der alten tStPO von 1929 (vgl. §§ 305–326, abgesehen von § 322 Abs. 4, 5 und 6).²¹ Dem Revisionsrecht der tStPO von 1929 liegt das Prinzip zugrunde, dass sich die Revision auf die Prüfung von Rechtsfehlern beschränkt und das Revisionsgericht in die Tatsachenfeststellungen des Gerichts und insbesondere in seine Beweiswürdigung nicht eingreifen darf.²² Der KGH kann aber prüfen, ob

einer abgeschwächten Formulierung erneut geregelt, hierzu siehe *Eryilmaz*, ABD 3/2006, 51 ff.; *Demirbaş*, S. 121; *Ünver*, Yakalama, S. 267; *Öztürk* u.a., S. 134 f.

²⁰ *Delice/Fert/Günbeyi*, S. 23; *Ünver*, Das türkische Strafrecht, S. 346 f.

²¹ Siehe § 8 Abs. 1 Ges. Nr. 5320 sowie Zusatz § 2 des Gerichtsverfassungsgesetzes. Als außerordentliche Rechtsmittel kennt die StPO von 2004 außerdem die Beschwerde des Generalstaatsanwalts am KGH gegen die Entscheidungen der Strafsenate des KGH beim Großen Strafsenat (§ 308 tStPO), die Aufhebung zum Schutze des Gesetzes (§§ 309 f. tStPO) und die Wiederaufnahme des Verfahrens (§§ 311 ff. tStPO).

²² So auch in früheren Entscheidungen 9. YCD Entsch. v. 16.12.1984 E. 1984/6005 K. 1984/6414, YKD 11/1985, 601; siehe auch *Yenisey*, İÜHF 52/1986–1987, 117 ff.; *Yurtcan*, S. 470.

die Begründung des Urteils logisch, schlüssig und widerspruchsfrei ist.²³ Auch hier bildet weiterhin die Urteilsbegründung den Gegenstand seiner Prüfung. Eine eigene Beweiswürdigung anhand unmittelbarer Aktenanalyse sprengt den vertretbaren Rahmen einer Revisionsprüfung, welche sich auf Rechtsfragen beschränkt und für die Tatfrage nicht zuständig ist.

So kann die Revision nur darauf gestützt werden, dass das Urteil auf einer Gesetzesverletzung beruhe (§ 307 Abs. 1 tStPO von 1929). Eine Gesetzesverletzung liegt vor, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nur fehlerhaft angewendet worden ist (§ 307 Abs. 2 tStPO von 1929). Sie kann erstens darin bestehen, dass das Tatgericht bei der Fällung des Urteils einen Rechtsverstoß bei der Anwendung des materiellen Rechts auf den von ihm festgestellten Sachverhalt begangen hat (vgl. § 313 Abs. 2 tStPO von 1929). Die Sachrüge, dass dem Gericht ein solcher Subsumtionsfehler unterlaufen sei, prüft der KGH auf der Grundlage des vom Tatgericht verfassten Urteils. Zweitens erfolgt eine Gesetzesverletzung dann, wenn das Gericht gegen das Verfahrensrecht verstoßen hat.²⁴

Schaut man die Entscheidungspraxis des Kassationsgerichtshofs genauer an, so ergibt sich, dass sich der Gerichtshof nicht an diese Grundsätze hält und ein völlig neues und von der tStPO von 1929 nicht gedecktes Revisionsrecht entwickelt hat,²⁵ ohne dies offen klarzustellen. Aus dem Begriff einer Sach- oder Verfahrensrüge sind in der gefestigten Spruchpraxis des Kassationsgerichtshofs die Sachprüfung und die Verfahrensprüfung entstanden.²⁶ Erstere betrifft nach den Worten des KGH vereinfacht die Frage, „ob der Tatvorwurf nachgewiesen ist und welche Straftat dabei begangen worden ist“.²⁷ Im Ergebnis führt dies zu einer umfassenden Würdigung der sogenannten Tatfrage anhand des Akteninhalts. Auf die Einzelheiten der Revisionsprüfung des KGH wird erst unten bei der Frage der Beweisverwertungs-

²³ Zur Abgrenzung zwischen Rechts- und Tatfragen und der sog. „erweiterten Revision“ siehe *Yenisey*, İÜHF 52/1986–1987, 121 f.; zum Umfang der Revisionsprüfung der Beweiswürdigung des Tatgerichts, die zur Urteilsaufhebung führen kann, siehe *Çınar*, TBDD 55/2004, 39 f.

²⁴ *Yurtcan*, S. 469.

²⁵ Hierzu siehe Vorbereitende Arbeiten, S. 286 f.; *Yenisey*, İÜHF 52/1986–1987, 123; *Keskin*, Annales 53/2004, 122 redet von einer „etablierten Rechtswirklichkeit“; m.w.N. *Ünver*, CHD 2006, 143 f.; *Selçuk*, YD 27/2001, 7 ff., der u.a. darauf hinweist, dass die eigenartige Fehlentwicklung des Revisionsrechts entgegen dem klaren Leitbild der tStPO von 1929 möglicherweise darauf zurückzuführen ist, dass die entsprechenden Begriffe des Gesetzes von Anfang an wohl wegen sprachlicher Schwierigkeiten nicht im Einklang mit dem Ursprungsgesetz, nämlich der deutschen StPO, ausgelegt worden sind.

²⁶ Vgl. *Keskin*, Annales 53/2004, 123.

²⁷ YCGK Urt. v. 01.05.2001 E. 2001/6-70 K. 2001/77, YKD 27/2001, 1402; YCGK Urt. v. 17.02.1998 E. 1998/9-11 K. 1998/35, YKD 25/1999, 94; siehe auch YCGK Urt. v. 04.06.1990 E. 1990/1-139 K. 1990/163 YKD 16/1990, 1545 („Der Streit zwischen dem Tatgericht und dem Senat betrifft die Frage, ob der Beschuldigte die Tat begangen hat oder nicht.“); so auch YCGK Urt. v. 25.06.1990 E. 1990/9-156 K. 1990/188, YKD 16/1990, 1705; YCGK Urt. v. 10.12.1990 E. 1990/6-257 K. 1990/335, YKD 17/1991, 421.

verbote eingegangen.²⁸ Im Folgenden wird außerdem gelegentlich Bezug darauf genommen, wenn sie für die jeweils behandelte Frage relevant ist.

C. Verfassungsgerichtsbarkeit

Das türkische Verfassungsgericht (tVerfG) überprüft bei einer individuellen Verfassungsklage, ob die in der türkischen Verfassung verankerten Grundrechte und -freiheiten eines Verfahrensbeteiligten, welche gleichzeitig in der EMRK enthalten sind, im Strafverfahren eingehalten wurden. Die Grundrechtsprüfung des tVerfG weist allerdings erhebliche rechtsdogmatische Mängel auf, die den Schutzzumfang der individuellen Verfassungsklage beachtlich schwächen. Dies hat im Hinblick auf die vorliegende Arbeit bedeutsame Auswirkungen auf die verfassungsrechtliche Auslegung der Selbstbelastungsfreiheit. Da die beiden Fragen sehr eng miteinander verbunden sind, wird auf die Einzelheiten der Rechtsprechung des tVerfG erst unten eingegangen.²⁹

D. Strafrechtswissenschaft

Die Hauptwerke der türkischen Strafrechtswissenschaft sind Lehrbücher, monographische Abhandlungen und Zeitschriftenbeiträge. Eine Besprechung von Gerichtsentscheidungen kommt sehr selten vor. Kommentare, die sich hauptsächlich mit der Behandlung des angewandten Rechts in der höchstrichterlichen Rechtsprechung in einer abstrakten und systematisierten Weise befassen, kennt die Literatur nicht. Dies liegt im Wesentlichen daran, dass sich bis jetzt kaum ein fallübergreifendes Richterrecht gebildet hat. Die Gerichtsentscheidungen sind sehr einzelfallorientiert und verfolgen eine eigene Logik und Sprache. Daher sind sie kaum rechtsdogmatisch erfassbar.³⁰

Ähnlich lassen die rechtsmethodischen Aspekte mancher Literaturbeiträge an ihrer Überzeugungskraft zweifeln. Es gibt Beiträge, in denen von einer Geltung des Verbots des Selbstbelastungszwangs bzw. der Selbstbelastungsfreiheit ausgegangen wird, ohne Art. 38 Abs. 5 tVerf. zu nennen.³¹ Schaut man genauer hin, so stellt sich bald heraus, dass die vertretenen Ansichten auf ausländische Literatur und Gerichtsentscheidungen zurückzuführen sind. Dabei ist allen voran das deutsche Strafverfahrensrecht allgegenwärtig. Im besten Fall werden etwa das Verbot des Selbstbelas-

²⁸ Hierzu siehe unten Kap. 4, VI.A.

²⁹ Kap. 4, II.B.1.a).

³⁰ Zur Rechtsprechung des Kassationsgerichtshofs siehe eingehend Kap. 4, VI.A.

³¹ Vgl. *Oral*, Erman Armağan, S. 616; *Sokullu*, S. 235 ff.; *Yüce*, TBBD 1/1988, 160; *Erem*, YD 18/1992, 296 f.; *Şeker*, İHY 7-8/1985–1986, 177; *Yurtcan*, S. 153; *Dönmezer*, Kunter Armağan, S. 69.

tungszwangs nach Art. 38 Abs. 5 tVerf. oder verbotene Vernehmungsmethoden nach § 135a tStPO von 1929 durch das deutsche Strafverfahrensrecht kommentiert.³² In einem Lehrbuch kann man dabei die Fortsetzung des in Deutschland geführten Streits über den formellen oder materiellen Vernehmungsbegriff, die Beschuldigtentheorien oder die nachteilige Verwertbarkeit des Teilschweigens des Beschuldigten nachlesen.³³ Im Rahmen der vorliegenden Arbeit konnte kein einziger Aufsatz gefunden werden, in dem die Entscheidungen des tVerfG über das Verbot des Selbstbelastungszwangs nach Art. 38 Abs. 5 tVerf. von einem Strafrechtler besprochen wurden. Die Fragen der inländischen Rechtswirklichkeit herauszugreifen, sie mit eigenen Gedanken unter Berücksichtigung des Rechtsverhältnisses des Landes zu erörtern und entsprechend den anerkannten Auslegungsmethoden zu eruieren, stellt für die türkische Strafrechtswissenschaft noch einen weiten Weg dar. In der Tat fehlt es im türkischen Recht an der Grundlagenforschung, die zur Entwicklung einer einheimischen Strafrechtsdogmatik beitragen würde. Stattdessen geht man anscheinend davon aus, dass durch die Übernahme der deutschen StPO im Jahr 1929 nun die Pflicht bestehe, bei der Auslegung der türkischen StPO die deutsche Rechtsdogmatik zu befolgen.

In der Bearbeitung der hier interessierenden Thematik war es eine große Herausforderung, von den strukturellen Problemen der Strafrechtswissenschaft unbeeinflusst zu bleiben und sich der Herausarbeitung des geltenden türkischen Rechts u.a. anhand einer Analyse der Literatur zu widmen, die eine gewisse Authentizität aufweist. Erforderlich war stets eine strikte Prüfung vertretener Ansichten in der Literatur nach ihren tatsächlichen Urhebern. Mit Bedauern muss an dieser Stelle zum Ausdruck gebracht werden, dass authentische Auslegungen in der Literatur sehr rar waren. Und auch diese erfolgen isoliert voneinander, sodass sie weder in einen gemeinsamen Diskurs eingebracht werden noch eine herrschende Meinung daraus entsteht. Dies betrifft nicht zuletzt die Begründung der Selbstbelastungsfreiheit, auf die unten eingegangen wird.

II. Entwicklung und Begründung der Selbstbelastungsfreiheit

In der Tat verbietet Art. 38 Abs. 6 tVerf. ausdrücklich, jemanden dazu zu zwingen, gegen sich selbst auszusagen oder einen Beweis zu diesem Zweck vorzulegen. Trotz dieser klaren verfassungsrechtlichen Verankerung des Verbots des Selbstbelastungszwangs hat dieser Grundsatz in Rechtsprechung und Literatur keine hinrei-

³² Siehe unten Kap. 4, III.A und B.1.b), c) sowie d); zur Berücksichtigung der ausländischen Literatur durch die türkische Strafrechtswissenschaft siehe auch *Tellenbach*, Strafrechtsreformen, S. 1693.

³³ Hierzu siehe unten Kap. 4, III.C.2.a).

chende Konkretisierung erfahren. Hinzu kommt die Rechtswirklichkeit, die lange Zeit in grober Verachtung dieses Grundrechts von menschenverachtenden Vernehmungsmethoden im Polizeigewahrsam geprägt war.³⁴

Im Folgenden wird entsprechend den Zielen und Methoden der vorliegenden Arbeit angestrebt, Erkenntnisse über das in Art. 38 Abs. 6 tVerf. verankerte Verbot des Selbstbelastungszwangs durch eine historische (A.) sowie teleologische und systematische (B.) Auslegung zu gewinnen. Im Anschluss daran lassen sich die Fragestellungen der vorliegenden Arbeit im Licht des festgestellten Schutzbereichs des Verbots des Selbstbelastungszwangs (C.) sachgerechter angehen.

A. Historische Entwicklung

Die historische Entwicklung des Verbots des Selbstbelastungszwangs im türkischen Recht lässt sich in zwei Perioden unterteilen, nämlich in osmanisches Recht (1.) und in das Recht der Türkischen Republik (2.). Da das Verbot des Selbstbelastungszwangs in der Rechtswirklichkeit lange Zeit wegen verbreiteter und systematischer Folteranwendung de facto nicht galt (3.), ist es für ein historisches Verständnis dieses Grundrechts unerlässlich, auf diesen Zeitraum besonders einzugehen. Schließlich hat das Verbot des Selbstbelastungszwangs eine letzte gesetzgeberische Konkretisierung durch die Einführung der Strafprozessordnung von 2004 erfahren (4.).

1. Osmanisches Recht

Eingehende Untersuchungen über die Selbstbelastungsfreiheit im osmanischen Recht fehlen. Die folgenden Ausführungen basieren hauptsächlich auf eigenen Recherchen und erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit hinsichtlich der mehr als 600-jährigen Rechtsanwendung im Osmanischen Reich.

a) *Im Allgemeinen*

Das Osmanische Reich verfügte über eine Staatsreligion, den Islam. Infolgedessen war seine Rechtsordnung dem islamischen Recht, der „Scharia“ unterworfen.³⁵ Das Schariarecht kennt in seiner klassischen Form keine Kodifikation im heutigen Sinn. Es wurde bis zum 11. und 12. Jahrhundert überwiegend durch die islami-

³⁴ Siehe unten Kap. 4, II.A.3.

³⁵ *Kocaoğlu*, ABD 2010, 64; *Osmanağaoğlu*, IÜHF 2008, 109; *Bayındır*, S. 26.

schen Rechtsgelehrten aus den anerkannten Rechtsquellen gewonnen und ausgelegt.³⁶ Somit ist es ein Juristen- bzw. Rechtsbücherrecht.³⁷

Im Osmanischen Reich wurden vorwiegend die Lehren der hanafitischen Rechtsschule befolgt.³⁸ Dem osmanischen Richter, dem *kadı*, blieb jedoch immer die Wahl, sich der Meinung einer anderen Rechtsschule anzuschließen. Dabei war es in der Praxis streng reglementiert, welche Juristenmeinung in welchen Fällen anzuwenden und wie in Fällen einer Meinungsverschiedenheit innerhalb der hanafitischen Rechtsschule vorzugehen war.³⁹ Bemerkenswerterweise hatte der Sultan dabei ein Mitspracherecht,⁴⁰ sodass das angewandte osmanische Recht im Ergebnis einem Schariarecht nach der hanafitischen Schule mit Wahlfreiheit des Sultans zwischen verschiedenen Rechtsmeinungen innerhalb dieser Schule gleichkam.⁴¹

Im Prinzip war der osmanische Sultan selbst dem heiligen Schariarecht unterworfen. Er hatte dessen Anwendung durch die Schariagerichtsbarkeit des Richters zu beaufsichtigen und zu fördern, indem er etwa die dazu benötigten finanziellen Mittel zur Verfügung stellte.⁴² Allerdings räumte dieses Recht dem legitimen Herrscher einer islamischen Gemeinde eine sekundäre Gesetzgebungskompetenz ein, damit dieser das Erforderliche für die Gemeinde im Einklang mit dem Schariarecht und nach seinem eigenen Ermessen regeln konnte.⁴³ Dadurch entstand im osmanischen Reich ein Recht des Sultans, nämlich *örf-î* bzw. *sultan-î hukuk*.⁴⁴

b) Schariastrafrecht

aa) Einzelne Straftaten

Das Schariastrafrecht kennt drei Gruppen von Straftaten: 1. Illegaler Geschlechtsverkehr und Verleumdung wegen illegalen Geschlechtsverkehrs, Weingenuß, Diebstahl und Straßenraub verletzen Rechtsansprüche Gottes und haben eine sogenannte *hadd*-Strafe zur Folge. 2. Tötung und Körperverletzung betreffen dagegen persönliche Rechtsansprüche von Privatpersonen und erfordern *qisas*, also die *talio*

³⁶ Vgl. *Johansen*, ius commune 2001, 22; *Kresmárik*, ZDMG 1904, 75 f.; *Hamid*, Die Welt des Islams 1919, 3 f.

³⁷ *Johansen*, ius commune 2001, 23.

³⁸ *Kocaoğlu*, ABD 2010, 66; *Osmanağaoğlu*, IÜHFM 2008, 111.

³⁹ Hierzu siehe eingehend *Bayındır*, S. 26 ff.; *Peters*, Crime and punishment, S. 71.

⁴⁰ Zur „relativen Unabhängigkeit“ des osmanischen Richters siehe *Rumpf*, S. 145 f.

⁴¹ Vgl. *Peters*, Crime and punishment, S. 71.

⁴² Vgl. *İnalçık*, SBFD 1958, 102.

⁴³ Vgl. *Rohe*, S. 41; *Johansen*, Die Welt des Islams 1979, 54; *ders.*, ZDMG 1977, 477; *Gerber*, MÜHAD 8/1994, 274.

⁴⁴ Hierzu siehe *Üçok*, AÜHFD 1946, 125; *İnalçık*, SBFD 1958, 102; *Gökçen*, S. 4; *Gelir*, S. 53; *Jennings*, Studia Islamica, 48/1978, 138; *Atalay*, EÜHFD 2007, 240; *Osmanağaoğlu*, IÜHFM 2008, 110.

oder das Blutgeld, *diya*. 3. Straftaten der Kategorie *tazir* enthalten weder konkrete Tatbestände noch Strafen.⁴⁵ Sie können eingeführt und angewendet werden, wenn das Interesse einer islamischen Gemeinde dies fordert.⁴⁶ In Übereinstimmung mit dieser Befugnis und unter Berufung auf die Zuständigkeit des Sultans im Bereich des oben genannten *örf-î hukuk* sah das osmanische Strafrecht außerdem eine Mehrzahl von weiteren Straftatbeständen und Rechtsfolgen vor, etwa bei Abfall vom Glauben oder bei Aufruhr.⁴⁷ Das Ermessensstrafrecht des Sultans fungierte ferner als eine Art Ersatzkriminalrecht, welches zum Einsatz kam, wenn bei Straftaten die Tatbestandsmerkmale des klassischen Schariastroferechts nicht vollständig erfüllt waren oder durch die Einhaltung der Prozessregeln dieses Strafrechts die Überführung eines Verdächtigten nicht möglich war.⁴⁸ Im Bereich der politischen Straftaten, wie Hochverrat, hatte der Sultan die absolute Befugnis zur Rechtsprechung.⁴⁹ Eine weitere besondere Strafgerichtsbarkeit existierte für Militärangehörige.⁵⁰

Eine Trennung von Strafrecht und Deliktsrecht im heutigen Sinn ist im Schariastroferecht nicht gegeben. Insbesondere das Talionsrecht hat weitgehend privatrechtlichen Charakter.⁵¹ Das Schariaverfahrensrecht unterscheidet ebenso wenig zwischen Zivil- und Strafsachen.⁵² Das Verfahren in Strafsachen zeichnet sich dennoch durch strenge Beweisregeln aus.⁵³

bb) Grundzüge des Beweisrechts

(1) Verlauf der Beweisaufnahme

Grundsätzlich ist das Verfahren vor dem Richter rein akkusatorisch, und es gibt keine Anklagebehörde.⁵⁴ Der Privatkläger selbst trägt seine Behauptung vor. Daraufhin kann der Beklagte den Tatvorwurf gestehen. Sein Geständnis reicht für die Verurteilung aus. Bestreitet er den Vorwurf dagegen, so stehen dem Kläger als wichtigstes Beweismittel grundsätzlich Aussagen von unmittelbaren Zeugen zur

⁴⁵ Vgl. *Rohe*, S. 122; *Peters*, Crime and punishment, S. 7; *Johansen*, ZDMG 1977, 480; *Üçok*, AÜHFD 1946, 132; *Kresmárik*, ZDMG 1904, 95.

⁴⁶ *Akgündüz*, İAD 1/1999, 1 ff.; *Kocaoğlu*, ABD 2010, 65.

⁴⁷ Vgl. *Rohe*, S. 123; *Üçok/Mumcu/Bozkurt*, S. 95; *Gökçen*, S. 7; *Selçuk*, Dönmezer Armağanı, S. 1130; zu den Strafen in den Strafgesetzen von Sultanen siehe eingehend *Akgündüz*, İAD 1/1999, 12 ff.; *İnalçık*, SBFD 1958, 123.

⁴⁸ Vgl. *Aydın*, S. 205; *Rohe*, S. 137; *Akgündüz*, İAD 1/1999, 5; *Kresmárik*, ZDMG 1904, 318, 323 und 567 ff.

⁴⁹ *İnalçık*, SBFD 1958, 123.

⁵⁰ *Jennings*, Studia Islamica, 48/1978, 163 f.

⁵¹ *Rohe*, S. 122; *Taner*, S. 14; *Kocaoğlu*, ABD 2010, 64.

⁵² *Cin/Akgündüz*, S. 424; *Bayındır*, S. 35; *Rumpf*, S. 146; *Atalay*, EÜHFD 2007, 240.

⁵³ *Atalay*, EÜHFD 2007, 240; *Johansen*, ZDMG 1977, 482 ff.

⁵⁴ *Johansen*, ZDMG 1977, 484; *ders.*, Die Welt des Islams 1979, 6 f.

Verfügung.⁵⁵ Betrifft die Klage u.a. zivilrechtliche Ansprüche, etwa bei Diebstahl, so kann der Kläger den bestreitenden Beklagten ein letztes Mal dadurch zu einem Geständnis zu bewegen versuchen, dass er von ihm einen Eid verlangt. Legt dieser den Eid ab, so ist die Klage abzuweisen. Verweigert er ihn, so liefert er dadurch allerdings kein Beweismittel gegen sich selbst, das die Verhängung einer *hadd*-Strafe rechtfertigen würde. Denn die Eidesverweigerung kommt in der Sache dem Schweigen des Beklagten gleich, welches zwar einen Verdacht für seine Schuld begründen kann, jedoch nicht den Zweifel an seiner Schuld zu zerstreuen vermag.⁵⁶ Um den zivilrechtlichen Ansprüchen des Klägers zu stattzugeben, reicht die Eidesverweigerung aber aus.

Damit liegt dem Strafverfahrensrecht der Scharia im Kern ein strenges Beweisverfahren zugrunde, in dem nur bestimmte Beweismittel und keine Indizienbeweise zulässig sind und in dem der Richter an Beweisregeln gebunden ist.⁵⁷ Es kennt keine freie Beweiswürdigung.⁵⁸ Im Hinblick auf *tazir*-Straftaten, die u.a. bei der Nichterfüllung der Beweiserfordernisse von *hadd*-Straftaten anzunehmen sind, bestehen allerdings keine besonderen Verfahrens- und Beweisregeln.⁵⁹ Insbesondere den schlechten Leumund eines Beklagten könnte der Richter zum Anlass nehmen, ihn zu einem Geständnis zu zwingen oder auch ohne ein solches zu einer *tazir*-Strafe zu verurteilen.⁶⁰

(2) Aussagebefugnis des Beschuldigten

Für die vorliegende Arbeit stellt sich die Frage, ob ein Beschuldigter im osmanischen Schariastrafverfahren die Freiheit bei der Selbstbelastung hatte, wobei diese Frage im osmanischen Recht als solche nicht erörtert wurde. Die entsprechenden Anhaltspunkte lassen sich erstens aus der prozessrechtlichen Bedeutung des Eides entnehmen: Betrachtet man die diesbezügliche Beweisregel näher, so ergibt sich, dass der Beschuldigte kein umfassendes Schweigerecht hat. Denn der Kläger hat Anspruch, von dem bestreitenden Beklagten den Schwur auf seine Unschuld zu fordern. Die Pflicht, die Wahrheit zu sagen, bleibt jedoch religiöser Natur, da der Beschuldigte prozessual berechtigt ist, den Eid ohne einen rechtlichen Nachteil im

⁵⁵ Vgl. *Heyd*, S. 244 f.; *Johansen*, Die Welt des Islams 1979, 44; *Hamid*, Die Welt des Islams 1919, 10; *Kresmárik*, ZDMG 1904, 97; zu den zulässigen Beweismitteln im Strafverfahren siehe eingehend *Peters*, Crime and punishment, S. 12 ff.; zu den Anforderungen des Zeugenbeweises nach der Ansicht des berühmten osmanischen Rechtsgelehrten *Ebussuud* siehe *Selle*, S. 84 ff.; siehe außerdem *von Tornaauw*, S. 214 ff.

⁵⁶ *Bayındır*, S. 125; zum Beweiswert der Eidesverweigerung im Allgemeinen siehe *Peters*, Crime and punishment, S. 13.

⁵⁷ Zu den Ausnahmen nach der malikitischen Rechtsschule siehe *Peters*, Crime and punishment, S. 15.

⁵⁸ *Bayındır*, S. 79.

⁵⁹ *Johansen*, ZDMG 1977, 480.

⁶⁰ *Peters*, Crime and punishment, S. 16.

Strafverfahren zu verweigern. Ebenso wenig würde sein Meineid eine weitere eigenständige Straftat begründen. Abgesehen von der moralischen Druckausübung durch den Eid, der im allgemeinen Bewusstsein recht hoch eingeschätzt wird,⁶¹ ist der Beschuldigte prozessrechtlich in der Lage, sich nicht belasten zu müssen.

Zweitens lässt sich die Reichweite dieser Freiheit anhand der Voraussetzungen des osmanischen Strafverfahrensrechts feststellen, die an die Zulässigkeit eines Geständnisses gestellt wurden.

cc) Geständnisfreiheit nach der klassischen Lehre

(1) Geständnis als Beweismittel

Das Geständnis eines Beschuldigten gilt nach dem islamischen Recht als sicheres und hinreichendes Beweismittel für seine Verurteilung. Dieser Beweisregel liegt der Leitgedanke zugrunde, dass kein vernünftiger Mensch sich wahrheitswidrig selbst Schaden zufügen würde.⁶² Daher wird das Zeugnis einer Person über sich selbst für glaubhafter erachtet als das Zeugnis von Drittpersonen.⁶³ Das Geständnis ist für den Richter dergestalt bindend, dass er es im Gegensatz zu Zeugenaussagen grundsätzlich nicht würdigen kann und der Verurteilung zugrunde legen muss, auch wenn Zeugenaussagen abweichen. Außerdem entfaltet es eine Beweiskraft nur für den Beschuldigten selbst und nicht für seine mutmaßlichen Mittäter.⁶⁴ Allerdings ist seine Zulässigkeit an materielle und formelle Voraussetzungen gebunden. Dazu gehört vor allem, dass es unter keinerlei Zwangsausübung, also freiwillig zustande gekommen ist.⁶⁵

(2) Begründung

Das Prinzip der Freiwilligkeit basiert nach der klassischen Lehre zunächst auf einer materiellrechtlichen Begründung. Von einer wahrhaftigen Sühne, die durch die Bestrafung des Täters erfolgen soll, könne man nur reden, wenn der Beschuldigte, der Rechtsansprüche Gottes verletzt hat, dies freiwillig gesteht. Außerdem gehe die Erfüllung dieser Ansprüche nicht unbedingt mit seiner Bestrafung im

⁶¹ Ausführlich hierzu *Açık*, International Journal of History 2/2013, S. 1–19.

⁶² *Demirbaş*, S. 69.

⁶³ *Koca*, İslam Ansiklopedisi, 22. Band, S. 38.

⁶⁴ Ebd.

⁶⁵ *Johansen*, Die Welt des Islams 1979, 46; zur Freiwilligkeit und Unverwertbarkeit eines erzwungenen Geständnisses nach der klassischen Lehre siehe auch *Bardakoğlu*, İslam Ansiklopedisi, 22. Band, S. 35; *Üçok/Mumcu/Bozkurt*, S. 101; *Demirbaş*, S. 70; *İtişgen*, S. 78; *Kaşıkkara*, S. 56; *Atalay*, EÜHFD 2007, 262; *Artuk*, Annales 29/1983, 240; *Kresmárik*, ZDMG 1904, 90 und 111; *Üçok*, AÜHFD 1946, 135; zum Verbot der Druckausübung auf einen des Diebstahls Bezichtigten *Rohe*, S. 133.

Diesseits einher, da Gott über alles erhaben und im Gegensatz zum Menschen nicht rechtsschutzbedürftig sei.⁶⁶ Bleibe die Begehung einer *hadd*-Straftat unentdeckt, so möge der Täter schweigen und bei Gott um Vergebung bitten. Komme diese dennoch ans Tageslicht, so dürfe er sich vor der Strafe schützen und beim gnädigen und nachsichtigen Gott Zuflucht suchen.⁶⁷ Wohl aus demselben Grund lässt die Lehre dem Zeugen die Wahlfreiheit, sich im Fall von illegalem Geschlechtsverkehr, Wegelagerung, Diebstahl oder Alkoholgenuss zwischen Geheimhaltung, Anzeigerstattung und Aussage zu entscheiden.⁶⁸ Vertreter der klassischen Lehre nehmen diese Gründe so ernst, dass sie den Richter sogar dazu auffordern, einem geständigen Beschuldigten nahezulegen, sein Geständnis zurückzunehmen und die Sache dem Jenseits zu überlassen. Dies könne der Verurteilte auch konkludent dadurch tun, dass er vor der Vollstreckung der *hadd*-Strafe die Flucht ergreift.⁶⁹

Allerdings gelten diese Prinzipien vollständig nur, solange die Straftat ausschließlich Ansprüche Gottes verletzt hat, und sie schützen den Beschuldigten vor den schweren *hadd*-Strafen. Ist das Verfahren von gemischter Natur, etwa im Fall der Verleumdung wegen Unzucht oder Diebstahls, so ist die Rücknahme des Geständnisses unzulässig, soweit es um die Befriedigung zivilrechtlicher Ansprüche des Klägers geht.⁷⁰

Gegen einen Geständniszwang sprechen auch prozessrechtliche Grundsätze der klassischen Lehre. Wie bereits oben erwähnt, ist das Verfahren vor dem Richter akkusatorisch, und der Kläger trägt die Beweislast. Es besteht daher kein Anlass anzunehmen, dass der Richter die Aussagen des Beschuldigten beeinflussen könnte.⁷¹ Diese müssen im Gegenteil einen möglichst hohen Wahrheitsgehalt aufweisen. Der Zwang, *ikrah*, zerstöre diesen und habe daher zu unterbleiben. Als unzulässige Zwangsmittel zählt etwa *Ibn Qudama*, Rechtsgelehrter aus dem 13. Jahrhundert, Folter durch „Prügel, Würgen, Zusammenpressen der Gliedmaßen, Kerker und das Eintauchen in Wasser“ auf. Verbale Drohungen seien ihm zufolge erst dann „erheblich“, wenn sie eine gewisse Schwelle überschreiten.⁷² Die Freiwilligkeit erfordert

⁶⁶ Vgl. *Johansen*, Die Welt des Islams 1979, 46; *Üçok*, AÜHFD 1946, 129, nach dem der Ursprung dieses Grundsatzes darin liege, dass Gott seine Rechte nicht einklagen „könne“; hierzu siehe auch *Bilmen*, VII. Band, S. 230; *Sachau*, S. 825, 831 ff.

⁶⁷ Vgl. *Atalay*, EÜHFD 2007, 248; *Selçuk*, Dönmezer Armağanı, S. 1130; *Sachau*, S. 832.

⁶⁸ Vgl. *Bayındır*, S. 82; *Peters*, Crime and punishment, S. 13.

⁶⁹ Vgl. *Johansen*, Die Welt des Islams 1979, 44.; *Kresmárik*, ZDMG 1904, 112 f., 328; *Peters*, Crime and punishment, S. 14; *Üçok*, AÜHFD 1946, 135, 141; *Menekşe*, S. 41; *Rohe*, S. 133.

⁷⁰ *Peters*, Crime and punishment, S. 14; *Üçok/Mumcu/Bozkurt*, S. 101; *Koca*, İslam Ansiklopedisi, 22. Band, S. 40; siehe auch *Kresmárik*, ZDMG 1904, 92.

⁷¹ *Johansen*, ius commune 2001, 20 f.

⁷² Zitiert *Johansen*, ius commune 2001, 12 f.; siehe auch *Dağcı*, İslam Ansiklopedisi, 23. Band, S. 431; zur Bedeutung von Zwang im islamischen Recht siehe eingehend *Bar-dakoğlu*, İslam Ansiklopedisi, 22. Band, S. 30–37.

nach einigen Literaturmeinungen auch das Verbot jeglicher List und Täuschung.⁷³ Die Freiwilligkeit eines Geständnisses ist somit auf das Beweisrecht der klassischen Lehre zurückzuführen, das die Überführung eines Beschuldigten bei den *hadd*-Straftaten nur durch wahrhaftige Aussagen für zulässig hält.⁷⁴ In diesem Zusammenhang macht die klassische Lehre auf einen weiteren Grundsatz des Schariastrafrechts aufmerksam, nämlich dass der Zweifel die Strafe abwendet.⁷⁵

Des Weiteren ist die Geständnisfreiheit in der klassischen Lehre dadurch abgesichert, dass der Beschuldigte sein Geständnis unmittelbar vor dem Richter abgeben muss, der das heilige Recht anzuwenden habe und von einem Makel wie der Anwendung von Folter frei sei.⁷⁶ Er müsse dagegen prüfen, ob der geständige Beklagte geistig gesund ist und das Geständnis freiwillig abgibt.⁷⁷ Das Unmittelbarkeitsprinzip der klassischen Lehre hat auch zur Folge, dass das Zeugnis über ein außergerichtliches Geständnis eines Beschuldigten, der vor dem Richter den Tatvorwurf bestreitet, ebenfalls als unzulässig betrachtet wird.⁷⁸ Schließlich ist es nach der klassischen Lehre erforderlich, dass das Geständnis ausdrücklich und klar ist.⁷⁹ Umstritten ist allerdings die Beweiskraft des Schweigens in bestimmten Situationen sowie von Teilgeständnissen, wobei der Streit innerhalb der Lehre offensichtlich nur im Zusammenhang mit zivilrechtlichen Ansprüchen geführt wird.⁸⁰

Allerdings war den Vertretern der klassischen Lehre bereits zu ihrer Zeit bekannt, dass ein Beschuldigter vor seinem Erscheinen vor dem Richter durchaus Folterungen und Repressalien der Verwaltung ausgesetzt werden konnte, auch wenn es sich bei dieser nicht um eine Anklagebehörde handelte. Wurde der Beschuldigte auf diesem Weg zu einem Geständnis gezwungen, so sollte dieses nach der klassischen Lehre nur dann verwertbar sein, wenn er es vor dem Richter freiwillig wiederholte. Das bedeutete, dass ihm seine körperliche und seelische Unversehrtheit vollständig garantiert wurde. Daran sollte sich auch dann nichts ändern, wenn durch ein gefoltertes Geständnis das *corpus delicti* als Indiz für seine Schuld erlangt wurde. Nach *Sarāhsi* hatte der Richter einem solchen Beschuldigten auch

⁷³ Nachweise bei *Koca*, *İslam Ansiklopedisi*, 22. Band, S. 38.

⁷⁴ *Johansen*, *ius commune* 2001, 4 ff., 27 f.

⁷⁵ Vgl. *Rohe*, S. 125; *Bardakoğlu*, *İslam Ansiklopedisi*, 22. Band, S. 35; *Selçuk*, *Dönmezer Armağanı*, S. 1130; *Cin/Akşindüz*, S. 425; *Atalay*, *EÜHFD* 2007, 259; *Johansen*, *ZDMG* 1977, 484; *ders.*, *Die Welt des Islams* 1979, 6 f.; *Jennings*, *Studia Islamica*, 48/1978, 142; *Üçok*, *AÜHFD* 1946, 133; *Kresmárik*, *ZDMG* 1904, 91; *Menekşe*, S. 40; *Artuk*, *Annales* 29/1983, 241; *Bilmen*, VII. Band, S. 295; *Bayındır*, S. 77.

⁷⁶ *Johansen*, *Die Welt des Islams* 1979, 44; in diese Richtung auch *Bilmen*, VII. Band, S. 124, 256; *Bardakoğlu*, *İslam Ansiklopedisi*, 22. Band, S. 35.

⁷⁷ *Peters*, *Crime and punishment*, S. 14.

⁷⁸ So der osmanische Rechtsgelehrte *Ebussuud*, zitiert nach *Selle*, S. 84; siehe auch *Peters*, *Crime and punishment*, S. 13 f.

⁷⁹ *Peters*, *Crime and punishment*, S. 13.

⁸⁰ *Koca*, *İslam Ansiklopedisi*, 22. Band, S. 39 f.

die volle Fortbewegungsfreiheit zu gewähren, weil die Inhaftierung ebenfalls eine Nötigung darstelle. Seine Forderung nach Geständnisfreiheit reichte sogar so weit, dass der Beschuldigte, der ein erzwungenes Geständnis abgelegt hatte, durch den Richter darüber zu belehren war, dass es ihm freistehe, ob er nunmehr rechtswirksam gestehe oder nicht.⁸¹

(3) Abweichung

Allerdings waren nicht alle Vertreter der klassischen Lehre der oben dargelegten Meinung. *Al-Mawardi* etwa, der im 11. Jahrhundert in der Abbasidendynastie Richter von Bagdad war, erkannte der Verwaltung die Einleitung eines eigenständigen Ermittlungsverfahrens zu, in dem der Polizeichef die Befugnis hatte, Berichte über den schlechten Leumund eines Verdächtigten entgegenzunehmen, Indizienbeweise auszuwerten, ihn zu vereidigen, zur *Reue* zu zwingen und gegebenenfalls in Haft zu nehmen und sogar durch Schlagstöcke und Todesdrohungen gefügig zu machen. Gleichzeitig wies *Al-Mawardi* darauf hin, dass der Richter, der das heilige Recht anwende, zur Anwendung solcher Mittel nicht befugt sei und ein dadurch erzwungenes Geständnis im Verfahren freiwillig wiederholt werden müsse, um einer Verurteilung zugrunde gelegt werden zu dürfen.⁸²

dd) Geständniszwang nach dem osmanischen Recht

(1) Standpunkt der Juristen

Die osmanischen Rechtsgelehrten des 16. Jahrhunderts folgten, soweit im Rahmen dieser Arbeit festgestellt wurde, mehrheitlich der abweichenden Meinung der klassischen Lehre. So beteuerte der berühmte Şeyhülislam⁸³ *Ebussuud Efendi* entsprechend dem allgemeinen Konsens innerhalb der hanafitischen Rechtsschule, dass ein Geständnis unzulässig sei, wenn jemand dies infolge der Einschüchterung ablege, dass ihm im Verweigerungsfall schwere Prügel drohe.⁸⁴ Allerdings machte er von diesen Grundregeln im Hinblick auf die Wahrheitsfindung im Fall eines Verdachts wegen Diebstahls eine Ausnahme und ließ die Anwendung der Folter unter „bestimmten Umständen“ zu.⁸⁵

⁸¹ Zitiert nach *Johansen*, *ius commune* 2001, 9; zum Schweigerecht des Beschuldigten nach der klassischen Lehre siehe auch *Atalay*, *EÜHFD* 2007, 254.

⁸² *Johansen*, *ius commune* 2001, 14; *Rohe*, S. 137; siehe auch *Bilmen*, VII. Band, S. 295 f.; *Dağcı*, *İslam Ansiklopedisi*, 23. Band, S. 431.

⁸³ Dieser Titel stand für den obersten Rechtsgelehrten im Osmanischen Reich.

⁸⁴ Nachweise bei *Peters*, *Crime and punishment*, S. 82; *Menekşe*, S. 100; *Demirbaş*, S. 69 Fn. 155.

⁸⁵ Nachweise bei *Peters*, *Crime and punishment*, S. 83.

Eine ausführliche Auseinandersetzung mit der Zulässigkeit der Folter zur Erlangung eines Geständnisses findet sich bei dem osmanischen Rechtsgelehrten *Dede Cöngi Efendi*. Er macht unter Berufung auf den oben erwähnten *Al-Mawardi* darauf aufmerksam, dass der Strafbeamte und die Richterschaft im Strafverfahren im Hinblick auf das Vorgehen gegen einen schlecht beleumundeten Verdächtigten unterschiedlichen Prozessregeln unterworfen sind, wobei sich der Richter in die Sache des Strafbeamten (*vülâti cerayim*) nicht einzumischen habe, bis der Verdacht durch Ermittlungen zerstreut ist.⁸⁶

Die Befugnisse des Strafbeamten bestimmen sich *Dede Efendi* zufolge danach, ob die betreffenden Personen im Ruf standen, Unzucht zu treiben, Diebe zu sein oder ob sie körperliche Wunden aufwiesen, die von einer Bestrafung wegen derartiger Delikte herrührten. Die präventive Inhaftierung solcher Verdächtigter bis zu einem Monat sei zulässig, bis der Strafbeamte wegen des Verdachts ermittelt habe. Dabei macht er wiederum darauf aufmerksam, dass es sich für die Richterschaft nicht gebühre, von solchen Maßnahmen Gebrauch zu machen. Der Strafbeamte könne entsprechend der Dringlichkeit des Verdachts einem Verdächtigten Leid zufügen, damit dieser die Wahrheit sage. Dennoch dürfe er eine gewisse Grenze der Gewaltanwendung nicht überschreiten. Auch hier hebt der osmanische Jurist erneut hervor, dass der Richter nach der Auffassung der islamischen Rechtsgelehrten zu solchen Maßnahmen nicht befugt sei.⁸⁷ Schließlich weist *Dede Efendi* darauf hin, dass von Juristen anderslautende Ansichten vertreten werden, denen zufolge die Befugnis des Strafbeamten, gegen einen Verdächtigten Gewalt anzuwenden, dem Richter ebenfalls zustehe. Dasselbe gelte für die Inhaftierung eines Verdächtigten. Außerdem würden die Ansichten divergieren, ob dann das erzwungene Geständnis nur zur Verhängung einer *tazir*-Strafe oder auch zur Verhängung einer *hadd*-Strafe verwertbar sei.⁸⁸

(2) Osmanische Gesetzgebung des 15. und 16. Jahrhunderts

Schaut man in die osmanische Gesetzgebung, so lässt sich feststellen, dass ihr Gründervater, *Fatih Sultan Mehmed*, in seinem ersten Gesetz keine Bestimmung über die Anwendung von Folter vorsieht.⁸⁹ Soweit ersichtlich, ließ erst *Bâyezid II.* 1493 in seinem *siyâsetnâme* über die Provinz Aydın (abgekürzt SPA) die Anwendung der Folter zu.⁹⁰ Bereits in Art. 1 bringt er seine Beweggründe zum Ausdruck. Der Statt-

⁸⁶ *Dede Efendi*, *Siyâsetnâme*, Rn. 74, in: Akgündüz, IV. Band, S. 153 f.

⁸⁷ Ebd.

⁸⁸ Ebd., S. 154 f.; hierzu siehe auch *Menekşe*, S. 100; *Avcı*, KHUKA 1/1998, 28 Fn. 12; *Dağcı*, *İslam Ansiklopedisi*, 23. Band, S. 431 f.

⁸⁹ Vgl. Art. 11 dieses Gesetzes in *Akgündüz*, I. Band, S. 348; hierzu siehe auch *Üçok*, *AÜHFD* 1947, 53, 63.

⁹⁰ *Siyâsetnâme* war im osmanischen Recht eine Art Gesetzgebungsakt des Sultans.

halter *Hüsnü Bey* habe bei Hofe um ein *siyâsetnâme* wegen der dortigen Diebe gebeten. In Art. 2 SPA wiederholt der Sultan die grundsätzliche Geltung des Schariastrafrechts dahingehend, dass gegen Diebe in der Stadt in Anwesenheit der Richter ermittelt und sie nach der Scharia abgeurteilt werden sollen, wenn die Tat gemäß der Scharia bewiesen werden kann. Die Abweichung seines Ermessens von der Scharia liegt nach Art. 3 SPA darin, dass die folgenden 16 Bestimmungen – darunter auch diejenigen, die die Anwendung der Folter betreffen – dann anzuwenden sind, wenn ein Diebstahl nicht schariagemäßig, aber doch nach dem Gemeinrecht (*örf ile*) festgestellt werden kann.⁹¹

In diesem Fall habe sich der Richter nach Art. 18 SPA aus der Sache herauszuhalten. Mit einem Dieb möge man nach diesem *siyâsetnâme* verfahren. Dementsprechend kann er nach Art. 8 SPA gefoltert werden. Der Richter darf nach dieser Vorschrift nicht intervenieren, wenn der Verdächtige hierbei ein Geständnis ablegt. Art. 8 SPA regelt die zivilrechtlichen Ansprüche des Klägers dahingehend, dass die Sache, deren Diebstahl unter Folter gestanden wurde, ihm entweder zurückzugeben oder ihr Wert zu entrichten ist. Unklar bleibt, ob der unter Folter geständige Beschuldigte außerdem zu einer *hadd*-Strafe zu verurteilen ist.⁹²

Das Ermessensrecht *Bâyezids II.* bezüglich des Diebstahls war nicht einmalig, örtlich zunächst aber auf die genannte Region begrenzt. 1501 regelte er in seinem Gesetzbuch über das Osmanische Gemeinrecht (*Kitâb-ı Kavânîn-i Örfiyye-i Osmanî*, abgekürzt GosGR) die Voraussetzungen der Anwendung der Folter auf eine des Diebstahls verdächtige Person erneut. Dieses Gesetzbuch galt landesweit.⁹³ Nach Art. 32 GosGR ist die Anwendung der Folter nun dann allgemein zulässig, wenn bei jemandem in der Hand oder zu Hause eine gestohlene Sache gefunden wird und sich der angebliche Verkäufer nicht finden lässt. Als eine weitere zulässige Alibi-behauptung für den Verdächtigten erkennt die Vorschrift die nachzuweisende Behauptung an, dass er die Sache in der Wildnis gefunden habe. Schließlich fordert die Vorschrift, dass bei der Folter darauf achtgegeben wird, den zu Überführenden nicht zu töten. Stirbt er an der Folter, so sei deswegen allerdings keine Klage zulässig. In Art. 40 lässt das Gesetzbuch unter Einhaltung bestimmter Voraussetzungen auch die Folter der Person zu, die der gefasste und überführte Dieb für seinen Mitäter erklärt. Dieser ist nach der Vorschrift nur dann zu foltern, wenn er einen schlechten Leumund (*levend*) hat und verdächtig ist. Wird er nicht verdächtig, so ist er trotz der Aussage des Diebes nicht zu foltern. Im letzten Satz von Art. 40 GosGR wird außerdem angemerkt, dass der *Padischah-zilullâh*, der Schatten Gottes auf Erden, befohlen hat, dass dieser Fall so gehandhabt wird.⁹⁴ Hieraus lässt

⁹¹ In: *Akgündüz*, II. Band, S. 169.

⁹² In: *Akgündüz*, II. Band, S. 170.

⁹³ *İnalcık*, SBF 1958, 121 f.

⁹⁴ In: *Akgündüz*, II. Band, S. 43.

sich entnehmen, dass dem Sultan wohl durchaus bewusst war, dass er dadurch vom Schiarierecht abwich.⁹⁵

Das GosGR *Bâyezid II.* enthält nicht nur Bestimmungen über die Zulässigkeit der Folter. Es sieht in Art. 39 ebenfalls allgemein vor, dass ein Geständnis rechts-gültig ist, wenn jemand von der Diebesbande es unter Folter ablegt und darüber hinaus auch Indizien seine Täterschaft bezeugen. Diese Bestimmung legt nahe, dass gegen den Beschuldigten bei dieser Beweislage auch eine *hadd*-Strafe, also Verstümmelung, verhängt werden kann.⁹⁶

Soweit im Rahmen dieser Arbeit untersucht werden konnte, enthalten weitere Gesetzbücher des 16. Jahrhunderts identische Bestimmungen über die Zulässigkeit der Folter und die Verwertbarkeit des dabei erlangten Geständnisses in Diebstahls-fällen.⁹⁷ Die Vorschriften des Sultansrechts belegen eindeutig, dass die osmani-schen Sultane die Entscheidung darüber, ob Folter zum Zweck der Geständniser-langung eingesetzt werden soll, nicht den Richtern überlassen haben, sondern sich diesbezüglich ausdrücklich der abweichenden Meinung von der klassischen Lehre anschlossen.⁹⁸ Dadurch machten sie von ihrer bereits oben erwähnten Befugnis Gebrauch, bei umstrittenen Fragen innerhalb der Lehre eine bestimmte Lehrmeinung zum verbindlichen Recht zu erklären.⁹⁹

ee) Osmanische Gerichtspraxis

Es stellt sich nun die Frage, ob und inwiefern die Verwaltung und die Richter die Anwendung der Folter auf Grundlage dieser Bestimmungen zuließen und gege-benenfalls erfolterte Geständnisse zu Verurteilungen führten. Eine vollständige Ana-lyse der osmanischen Gerichtsregister ist in der Literatur bis dato nicht erfolgt. Es liegen jedoch Abhandlungen vor, in denen dies zeitlich und örtlich begrenzt vorge-nommen wurde. Außerdem wurden im Rahmen dieser Arbeit einige Gerichtsregister

⁹⁵ Zu dieser Befugnis des Sultans siehe *Zarinebaf*, S. 158.

⁹⁶ In: *Akgündüz*, II. Band, S. 43.

⁹⁷ Art. 41, 47 und 48 des Osmanischen Gesetzbuchs vom Sultan *Süleyman* (Kanun-nâme-i Osmanî – 1523) in: *Akgündüz*, IV. Band, S. 303; aus dieser Epoche auch Art. 10, 19, 20 des *seyasetnâme* für den Landesteil Anatolien (Anadolu Eyaleti Seyasetnâmesi – 1528); Art. 40 des Gesetzes über den Sandschak Bozok (Bozok Sancağı Kanunnâmesi – 1565); Art. 127, 132, 133 des Gesetzes über den Sandschak Bosnien (Bosna Sancağı Kanunnâmesi – 1565) in: *Akgündüz*, V. Band, S. 57 f.; *ders.*, VI. Band, S. 242.; *ders.*, V. Band, S. 469; sowie Art. 60 f. des Osmanischen Gesetzbuchs von Murad III. (1574–1595) in: *Akgündüz*, VIII. Band, S. 115; siehe auch *İtişgen*, S. 78; *Demirbaş*, S. 71 Fn. 163; vgl. *Peters*, Crime and punishment, S. 77.

⁹⁸ Siehe auch *Dağcı*, İslam Ansiklopedisi, 23. Band, S. 432.

⁹⁹ *Bayındır*, S. 29, weist darauf hin, dass es den Richtern dann oblag, dieses Recht des Sultans anzuwenden, solange es nicht absolut der Scharia widersprach oder selbst eine Straftat war.

hinsichtlich der eingangs gestellten Frage durchgesehen.¹⁰⁰ Das Augenmerk der Untersuchung lag auf den Verfahren wegen Diebstahls, bei denen nach der oben dargelegten osmanischen Gesetzgebung die Anwendung der Folter ausdrücklich zulässig war.

Bei der Analyse der Gerichtsregister fällt auf, dass die osmanische Justiz mit einer Vielfalt von Diebstahlsdelikten zu tun hatte und diese den größten Teil der Kriminalfälle ausmachten. Außerdem ist das Phänomen des Diebes mit einem schlechten Leumund in den Registern allgegenwärtig. Bandenmäßiger Taschendiebstahl, Einbruch- und Tierdiebstähle sowie das Bestehlen vermöglicher Witwen sind in diesem Zusammenhang zu erwähnen. Insgesamt ist im Osmanischen Reich in den Gerichtsregistern ab dem 16. Jahrhundert ein beachtlicher Anstieg der Diebstahlskriminalität zu verzeichnen, der als Begleiterscheinung sozialer und wirtschaftlicher Unruhen dieses Zeitraums angesehen wird.¹⁰¹

(1) Strafverfolgung wegen Diebstahls

Schaut man sich die Fälle an, in denen eine gestohlene Sache, insbesondere Tiere, im Besitz einer Person gefunden wird, so ergibt sich, dass die oben genannten Bestimmungen bezüglich der Folter gar nicht zur Anwendung kommen, solange kein Verdacht des Diebstahls gegen den Beklagten vorliegt und die Klage rein zivilrechtlicher Natur ist. Den Klägern ging es in derartigen Fällen meist darum, ihre Eigentumsansprüche durchzusetzen, also die Rückgabe der fraglichen Sachen zu erwirken. Daher fehlte zunächst jegliche Erwähnung eines Diebstahls, wenn das Eigentum einer Sache umstritten war¹⁰² oder sich die gestohlenen Gegenstände des Klägers lediglich im Gewahrsam einer unbescholtenen Person befanden.¹⁰³ Stellte sich allerdings in der Reihe der Verkäufer oder Händler ein Verdächtigter heraus, konnte der Kläger ihn des Diebstahls bezichtigen. In diesem Fall hatte der Kläger aber, entsprechend den bereits oben dargelegten strengen Beweisregeln, die Schuld des Beklagten nachzuweisen. Schwor dieser nach Ablegen des Eides auf seine Unschuld, so stellte der Richter das Verfahren unverzüglich ein.¹⁰⁴ Diese Rechtslage

¹⁰⁰ Zur Frage des Erkenntnischatzes der osmanischen Gerichtsregister siehe *Petrov, Comparative Studies*, 46/2004, 734 f.

¹⁰¹ Hierzu eingehend *Düzbakar*, TSA 2008, 80 ff.; zu hohen Kriminalitätsraten und schweren Straftaten in Gerichtsregistern von Bursa aus dem 17. Jh. siehe auch *Gerber*, MÜHAD 8/1994, 275 ff.

¹⁰² 836. Gerichtsregister von Bolu (1687–1688), Fall 23-b-I, in: *Çöpoğlu*, S. 185 f.; 156. Gerichtsregister vom Ayıntab (1893–1894) Blatt: 3, Reihe 22, in: *Yıldız*, S. 37 f.; Ordner 11, Reihe 59, in: ebd., S. 104 f.; Ordner 1, Reihe 62, in: ebd., S. 107.

¹⁰³ 836. Gerichtsregister von Bolu (1687–1688), Fall 26-b-I, in: *Çöpoğlu*, S. 207 f.; 156. Gerichtsregister vom Ayıntab (1893–1894) Ordner 3, Reihe 18, in: *Yıldız*, S. 31.

¹⁰⁴ 836. Gerichtsregister von Bolu (1687–1688), Fall 27-b-I, in: *Çöpoğlu*, S. 214 f.

änderte sich auch im 19. Jahrhundert nicht.¹⁰⁵ Schließlich ist anzumerken, dass insbesondere bei solchen eher zivilrechtlich gelagerten Streitigkeiten ein Vergleich (*sulh*) die Klage in der Regel zu Fall brachte.¹⁰⁶

In den übrigen Fällen entspricht der Ablauf eines Strafverfahrens wegen Diebstahls im Wesentlichen dem Beweisrecht des Schariastrafverfahrensrechts nach der klassischen Auslegung. Der Kläger trägt seine Behauptungen vor, und der Beklagte hat zu erwidern.¹⁰⁷ Gesteht er seine Schuld, so verurteilt ihn der Richter auf Grundlage seines Geständnisses zu einer *hadd*-Strafe. In einigen Fällen prüfen die Richter auch den Inhalt des Geständnisses dahingehend, ob dadurch das *corpus delicti* festgestellt wurde und ob Zeugen seinen schlechten Leumund vom Hörensagen bezeugt haben.¹⁰⁸ Das Geständnis muss grundsätzlich alle Tatbestandsmerkmale des Diebstahls umfassen, weiterhin ausführlich und bestimmt sein.¹⁰⁹ Ein vollständiges Geständnis liegt etwa vor, wenn der Beschuldigte aussagt: „Ich habe dem Kläger seine alte blaue Jacke im Sultan-Han gegen Abend gestohlen, als ich neben ihm saß. Ich bin dem Teufel gefolgt.“¹¹⁰ Ein Beschuldigter kann außerdem die Klage nur teilweise bestätigen und eine abweichende Darstellung vortragen.¹¹¹ Dies gilt nicht als Geständnis, auf das eine Verurteilung gestützt werden kann.¹¹²

Bestreitet der Beschuldigte die Vorwürfe, so wird vom Kläger erwartet, dass er Beweise vorlegt. In diesem Fall hat er grundsätzlich unmittelbare Zeugenbeweise zu erbringen, durch die er den leugnenden Beklagten überführen kann.¹¹³ Mittelbare Zeugnisse über Gerüchte von der Täterschaft eines Verdächtigten oder außergerichtliche Zeugenaussagen gelten nicht als Beweismittel zum Schuldnachweis in

¹⁰⁵ 42/1769. Gerichtsregister von Samsun (1867), Dokument 10-A, Registrierung 33 und Dokument 13 A, Registrierung 44, in: *Yazıcı*, S. 44 f., S. 57.

¹⁰⁶ Gerichtsregister von Üsküdar (16. und 17. Jh.). Urteil 761, ISAM Band 1, S. 411; siehe auch *Gerber*, MÜHAD 8/1994, 269; *Bayındır*, S. 18; zum Vergleich (*sulh*) in strafrechtlichen Fällen siehe eingehend *Tamdoğan*, *Islamic Law and Society*, 15 (2008), 55–83.

¹⁰⁷ Zu unterschiedlichen Kategorien von Aussageverhalten eines Beklagten in den osmanischen Gerichtsregistern siehe *Bayındır*, S. 11 f.

¹⁰⁸ 21. Gerichtsregister von Ayntab (1649–1650), S. 119 Fall 4, in: *Güner*, S. 227 f.; siehe auch S. 186 Fall 2 und 3, in: ebd., S. 344 f.; 33. Gerichtsregister von Konya (1683–1685), Fall 144/1, in: *Güven*, S. 194 f.; Fall 215/1, in: ebd., S. 418 f.

¹⁰⁹ 21. Gerichtsregister von Ayntab (1649–1650), S. 119 Fall 4, in: *Güner*, S. 227 f.; 33. Gerichtsregister von Konya (1683–1685), Fall 144/1, in: *Güven*, S. 303 f.

¹¹⁰ Gerichtsregister vom Üsküdar (16. und 17. Jh.) Urteil 289, ISAM Band 7, S. 178.

¹¹¹ Siehe auch *Bayındır*, S. 11.

¹¹² 21. Gerichtsregister, S. 219 Fall 1 und 3, in: *Güner*, S. 407 f.; 33. Gerichtsregister von Konya (1683–1685), Fall 73/1, in: *Güven*, S. 145 f.; zu den zulässigen Beweismitteln im osmanischen Kadi-Verfahren siehe *Jennings*, *Studia Islamica*, 48/1978, 134.

¹¹³ 21. Gerichtsregister von Ayntab (1649–1650), S. 103 Fall 1, in: *Güner*, S. 193 f.; ebd., S. 114 Fall 2; ebd., S. 216; ebd., S. 131 Fall 2; ebd., S. 248 f.; ebd., S. 182 Fall 1; ebd., S. 337; ebd., S. 256 Fall 3; ebd., S. 483; siehe auch *Hamid*, *Die Welt des Islams* 1919, 10; *Heyd*, S. 244 f.

Strafsachen. Sie können aber einen Verdacht gegen den Beklagten begründen und zu seiner Vorladung und Befragung vor Gericht führen.¹¹⁴

Wie im Schariastrafrecht geregelt, wurde auch in der osmanischen Gerichtspraxis dem in Beweisnot befindlichen Kläger in einem Verfahren wegen Totschlags, Körperverletzung oder Diebstahls als letztes Prozessmittel das Recht eingeräumt, dem Beklagten einen Eid abzuverlangen.¹¹⁵ Legte er diesen ab, so stellte der Richter das Verfahren ein.¹¹⁶

(2) Unklarheiten

Trotz dieser gefestigten Spruchpraxis in den Gerichtsregistern lassen die Entscheidungen einige Fragen unbeantwortet. Erstens enthalten sie keine Angaben darüber, unter welchen Umständen ein Verdächtiger ein Geständnis abgelegt hat, obwohl das Urteil von dem normalen Verlauf des rein akkusatorischen Verfahrens abweichende, bedenkliche Umstände aufweist, etwa die Vorführung des Beschuldigten durch den Statthalter¹¹⁷ oder ein Geständnis während einer vorherigen Inhaftierung durch denselben. Als in einem solchen Fall der Beschuldigte vor dem Richter sein früheres Geständnis zurückzog und bestritt, die fraglichen Sachen in seinem Gewahrsam zu haben, wurde daraufhin sein Anwesen durchsucht, in dem die fraglichen Gegenstände dann sichergestellt wurden. Bei seiner zweiten Befragung blieb ihm nichts anderes übrig als zu gestehen, diese Sachen seien tatsächlich das Eigentum des Klägers. Er habe sie allerdings von den Bediensteten des Klägers, die ihn während seines Aufenthalts im Gasthaus begleiteten, zur Aufbewahrung erhalten.¹¹⁸ Das Urteil endet mit diesem Satz und enthält keine weiteren Angaben, ob dieses Geständnis als zulässig betrachtet wurde und welche Folgen es gegebenenfalls nach sich zog.¹¹⁹

In einem weiteren Fall in Ayıntab aus dem 17. Jahrhundert konnte der Beschuldigte des Diebstahls nicht gemäß der Scharia überführt werden, weil er die Schuld bestritt und der Kläger keine Zeugenbeweise erbringen konnte. Da einige Zeugen

¹¹⁴ 21. Gerichtsregister von Ayıntab (1649–1650), S. 95 Fall 1, in: *Güner*, S. 177 f.

¹¹⁵ 42/1769. Gerichtsregister von Samsun (1867), Dokument 8-A, in: *Yazıcı*, S. 35; 836. Gerichtsregister von Bolu (1687–1688), Fall 27-b-I, in: *Çöpoğlu*, S. 214 f.; Gerichtsregister von Galata (16. und 17. Jh.) Urteil 181, ISAM Band 40, S. 168; zur Auferlegung des Eides in Strafsachen bei Totschlag siehe auch *Sachau*, S. 798 ff.

¹¹⁶ 21. Gerichtsregister von Ayıntab (1649–1650), S. 92 Fall 1, in: *Güner*, S. 172 f.; *ebd.*, S. 95 Fall 1; *ebd.*, S. 177 f.; 33. Gerichtsregister von Konya (1683–1685), Fall 80/2, in: *Güven*, S. 194 f.; weitere Nachweise im 937. Gerichtsregister von Bolu (1868–1869) bei *Boztaş*, S. 90.

¹¹⁷ 836. Gerichtsregister von Bolu (1687–1688), Fall 9-b-I, in: *Çöpoğlu*, S. 103 f.

¹¹⁸ *Ebd.*, Fall 17-b-II S. 149 f.

¹¹⁹ Weitere Nachweise in den Gerichtsregistern von Bursa aus dem 16.–18. Jh. bei *Düz-bakar*, TSA 2008, 99 ff.

aus seinem Wohnviertel dem Richter schlecht über den Beschuldigten berichteten, ordnete dieser seine Inhaftierung durch die Polizei an.¹²⁰ Nach *Heyd* kam die Folter in der Rechtswirklichkeit gerade in dieser Phase des Verfahrens zur Anwendung.¹²¹ Sie sei eine verbreitete Praxis im Osmanischen Reich gewesen, auch wenn das Schariarecht sie verbot.¹²² *Menekşe* gelangt nach seinen Untersuchungen über Diebstahlsfälle im 17. und 18. Jahrhundert zu dem Ergebnis, dass die Praxis der Folter ab dem 16. Jahrhundert deutlich nachgelassen habe, sodass am Ende die Rechtslage wieder dem Schariarecht entsprach.¹²³ Allerdings gibt es auch Forschungsergebnisse, die dagegen sprechen. So verweist *Zarinebaf* auf die Beschwerde des Richters von Istanbul, *Seyyid Mehmet Efendi*, beim Hohen Rat des Sultans, dem *Divân-ı Hümayûn*, dass die Polizeibeamten u.a. die Verdächtigen zu einer Aussage zwingen.¹²⁴ Die genannte Autorin zitiert ebenfalls Berichte, nach denen die Folter am Ende des 18. Jahrhunderts und im 19. Jahrhundert von der Verwaltung praktiziert wurde, wobei auch in dieser Zeit die Richter erzwungene Geständnisse nicht zugelassen hätten.¹²⁵

(3) Ergebnisse

Zusammenfassend lässt sich im Hinblick auf die Rechtsstellung des Beschuldigten im osmanischen Strafverfahrensrecht feststellen, dass sie jedenfalls beim Diebstahl von dem Schuldgrundsatz der Scharia abwich, der einem Beschuldigten nicht nur Selbstbelastungsfreiheit, sondern Straffreiheit gewährt, solange es um seine Verfehlungen gegen Gott geht. Entsprechend der abweichenden Meinung der klassischen Lehre liegt der oben geschilderten osmanischen Gesetzgebung wohl der Gedanke zugrunde, dass die Pflicht zur Wahrheit sowie der Zwang zur Reue bei einer des Diebstahls verdächtigten, schlecht beleumundeten Person gerechtfertigt sind, um den Rechtsansprüchen von Privatpersonen Geltung zu verschaffen und die öffentliche Ordnung durch eine wirksame Bekämpfung des Diebstahls aufrechtzuerhalten. Damit wurde nicht nur der prozessrechtlich starken Aussagebefugnis eines Beschuldigten der Boden entzogen, sondern auch der Weg geebnet, die Geständnisfreiheit der klassischen Lehre zu umgehen und die Folter als wirksames Zwangsmittel einzuführen.

¹²⁰ Zitiert nach *Gelir*, S. 151; zu einem anderen Fall, in dem ebenfalls ein Verdächtiger mit schlechtem Leumund inhaftiert war, siehe Gerichtsregister von Üsküdar (16. und 17. Jh.) Urteil 407, ISAM Band 8, S. 227.

¹²¹ *Heyd*, S. 151.

¹²² *Heyd*, S. 252.

¹²³ *Menekşe*, S. 101.

¹²⁴ *Zarinebaf*, S. 160; siehe auch *Avcı*, KHukA 1/1998, 28 Fn. 12.

¹²⁵ *Zarinebaf*, S. 161; zur Beamtenwillkür im Osmanischen Reich siehe eingehend *Mumcu, Ahmet*, Osmanlı Hukukunda Zulüm Kavramı, 2. Aufl. Ankara 1985, passim.

c) Ausdrückliche Abschaffung der Folter

Mit dem Reformierlass *Gülhane Hatt-i Hümayûnu* von 1839 trat das osmanische Recht in die Epoche des *Tanzimat*, der „Neuordnung“, ein, in der die osmanischen Sultane unter europäischem Einfluss den Grundstein der türkischen Konstitutionalisierungsbewegung legten.¹²⁶ In dem genannten Erlass garantierte Sultan *Abdülmeçit* ausnahmslos jedem Untertan körperliche Unversehrtheit und die Achtung seiner Ehre nach dem Schariarecht. Gleichzeitig kündigte er an, dass Verstöße der Staatsbeamten dagegen bestraft werden sollten.

1840 erließ der Sultan das erste Strafgesetzbuch des *Tanzimat*.¹²⁷ In Art. 3 des III. Abschnitts führte er auf, dass die körperliche Unversehrtheit und die Ehre einer Person so heilig und hoch zu schätzen sind wie ihr Leben. Jemanden mit entehrenden Worten zu belegen, ihn zu schlagen oder zu beschimpfen sei insofern eine Befleckung seiner Ehre. Solche Handlungen hatte von da an jeder Beamte zu unterlassen. Verstöße gegen dieses Verbot bedrohte die Vorschrift schließlich mit einer Freiheitsstrafe von fünf bis 25 Tagen.¹²⁸ Dieselbe Bestimmung sah auch Sultan *Abdülmeçit*s zweites Strafgesetzbuch von 1851 in Art. 4 des II. Abschnitts vor.¹²⁹

Der zweite Reformierlass von 1856 verbot wortwörtlich die Zufügung körperlicher Beeinträchtigungen, Qualen und Folter. Auch hier kündigte Sultan *Abdülmeçit* harte Strafen für Beamte an, die dagegen verstoßen. Dies regelte 1858 § 103 des ersten osmanischen Strafgesetzbuchs im Sinn einer europäischen Kodifikation, das den napoleonischen *Code pénal* vom 1810 zum Vorbild nahm.¹³⁰ Hiernach machte sich jeder Beamte strafbar, wenn er einen Verdächtigten folterte oder ihm Qualen zufügte, um ein Geständnis zu erlangen.¹³¹ Schließlich verankerte die erste osmanische Verfassung vom 1876 das absolute Folter- und Quälereiverbot in Art. 26.¹³²

d) Strafverfahren vor Nizamiye-Gerichten

Mit der Anwendung des „weltlichen“ Strafgesetzbuchs beauftragte der Sultan 1864 die neuen Ordnungsgerichte (*nizamiye mahkemeleri*), die entsprechend der französischen Gerichtsorganisation parallel zur fortgeltenden Schariagerichtsbar-

¹²⁶ Hierzu siehe *Rumpf*, 41 ff.

¹²⁷ Hierzu siehe etwa *Üçok/Mumcu/Bozkurt*, S. 343; *Gökçen*, S. 18 ff.

¹²⁸ *Akgündüz*, S. 812 f.

¹²⁹ *Akgündüz*, S. 825.

¹³⁰ Vgl. *Üçok/Mumcu/Bozkurt*, S. 344; *Gökçen*, S. 19 ff.; *Rumpf*, S. 113 f.; *Tellenbach*, *Strafrechtsreformen*, S. 1689.

¹³¹ *Akgündüz*, S. 851.

¹³² Ebenso Art. 20 tVerf. von 1924; Art. 14 Abs. 3, 4 tVerf. von 1961; Art. 17 Abs. 2, 3 tVerf. von 1982.

keit zuerst in der Provinz Tuna (Donau) gegründet wurden.¹³³ Dadurch machte der Sultan auch den Weg zur Etablierung eines vollständig neuen Strafverfahrensrechts frei, das sich nicht länger an Beweisregeln des Schiariarechts zu halten hatte.¹³⁴

In einem beachtenswerten Aufsatz erarbeitete *Milen V. Petrov* anhand einer gründlichen Analyse von Registern der *Nizamiye*-Gerichte in Tuna von 1864–1868 die Beweggründe und Neuheiten des neuen Strafverfahrensrechts. Erstens bezweckte es, die strengen Beweisregeln des SchiariStrafrechts aufzulockern. Zulässig waren im Strafverfahren vor den Ordnungsgerichten Indizienbeweise sowie die freie Würdigung der Aussagen von Zeugen und Beschuldigten.¹³⁵ Der Richter hatte von nun an insbesondere ein unterschiedliches Aussageverhalten eines Beschuldigten zu würdigen.¹³⁶ Zweitens führte das neue Strafverfahrensrecht eine Anklagebehörde und ein inquisitorisches Gerichtsverfahren ein.¹³⁷ Der Beschuldigte konnte dementsprechend einem polizeilichen oder gerichtlichen Verhör unterzogen werden. Sein polizeilich erlangtes Geständnis konnte durch die Anhörung von Verhörbeamten ins Verfahren eingeführt werden.¹³⁸

Petrovs Untersuchungen belegen, dass der Beschuldigte bei dem gerichtlichen und polizeilichen Verhör keine Aussagefreiheit hatte. Dies lässt sich eindeutig aus dem gerichtlichen Vernehmungsprotokoll eines Beschuldigten in einem Mordverfahren entnehmen, das der Autor zitiert. Im konkreten Fall widerrief der Beschuldigte vor dem Gericht sein vorheriges Geständnis, weil er gezwungen worden sei, sich wahrheitswidrig selbst zu bezichtigen. Daraufhin sagte der Richter: „Wenn du weiter auf deinem Widerruf beharrst, müssen wir dich offiziell zur Polizei schicken. Dort wirst du umsonst leiden. Tue dir das nicht an. Wiederhole hier das Geständnis, das du in Razgard gemacht hast, und wir werden einen einfachen Weg für einen Vergleich mit den Verwandten des Getöteten finden.“ Als der Beschuldigte das Geständnis noch immer nicht wiederholte, machte ihm der Richter erneut und diesmal mit folgenden Bemerkungen klar, was ihn bei der Polizei erwarte: „Dort ist ein so extrem enger und kalter Platz, in dem man so bedrängt werden kann, dass du fertig gemacht wirst. Abgesehen davon, kein Kopfschmerz kann so groß sein, dass man ein falsches Geständnis bezüglich eines so schweren Deliktes macht“.¹³⁹

¹³³ *Kocaoğlu*, ABD 2010, 70.

¹³⁴ Vgl. *Bayındır*, S. 35.

¹³⁵ *Petrov*, *Comparative Studies*, 46/2004, 738.

¹³⁶ *Petrov*, *Comparative Studies*, 46/2004, 747 ff.

¹³⁷ *Petrov*, *Comparative Studies*, 46/2004, 736 f.

¹³⁸ *Petrov*, *Comparative Studies*, 46/2004, 747 und 739 Fn. 3.

¹³⁹ *Petrov*, *Comparative Studies*, 46/2004, 743.

e) *Osmanische Strafprozessordnung*

Das Strafverfahrensrecht der Ordnungsgerichte wurde erst 1879 durch eine Strafprozessordnung (kurz: oStPO) geregelt,¹⁴⁰ der ebenfalls ein napoleonisches Gesetz, nämlich der *Code d'instruction criminelle*, zugrunde lag.¹⁴¹ Im Hinblick auf die Beweismittelfunktion des Beschuldigten im Strafverfahren sah die oStPO, anders als bei Zeugen, weder eine Aussage- oder Eidespflicht noch die Anwendung von Zwangsmitteln zur Erzwingung einer Aussage vor (vgl. §§ 70 und 75 oStPO). Sie schien sogar von der Aussagefreiheit des Beschuldigten auszugehen. Gemäß § 264 oStPO hat nämlich der Vorsitzende ihm die Belehrung zu erteilen, dass er nichts gegen sein Gewissen zu sagen brauche. Allerdings gilt die Belehrungspflicht nur in Verfahren bei Verbrechen. Im Hinblick auf die Strafverfahren bei Vergehen (vgl. § 174 oStPO) oder Übertretungen (vgl. § 143 oStPO) enthält die oStPO eine entsprechende Belehrungspflicht nicht. Im Ermittlungsverfahren findet die Vernehmung des Beschuldigten in der oStPO überhaupt nur Erwähnung, wenn der Untersuchungsrichter die Leitung dieses Verfahrens innehat (vgl. § 89 oStPO). Die Staatsanwaltschaft und ihre Hilfspersonen haben nach § 37 oStPO Personen festzunehmen, bei denen „untrügliche Zeichen“ vorliegen, dass sie Straftäter sind. Die Vernehmung von Verdächtigten durch die Strafverfolgungsorgane wird im Gegensatz zu einer Zeugenvernehmung nach § 30 oStPO ebenfalls nicht geregelt.¹⁴² Das Geständnis des Beschuldigten sieht die oStPO nicht als formelles Beweismittel an. Beweismittel sind Urkundsbeweise, Protokolle und Schriftstücke sowie Zeugenaussagen (vgl. §§ 144, 173, 295, 311 oStPO). Dennoch bilden die Erwidernungen des Beschuldigten nach der Beweisaufnahme gemäß §§ 143, 173 oStPO ebenfalls den Inhalt der Verhandlung.¹⁴³

Es fehlt an eingehenden Untersuchungen, ob und inwiefern ein Beschuldigter von der Aussagefreiheit nach § 264 oStPO im Strafverfahren in der Rechtswirklichkeit Gebrauch machen konnte. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit konnte, wenn auch begrenzt, das 259. Gerichtsregister von Adıyaman (1895) untersucht werden. Die Analyse von 41 Urteilen ergab, dass die Beschuldigten jedenfalls in der Hauptverhandlung keinem Aussagezwang ausgesetzt waren.

¹⁴⁰ Übersetzung der oStPO von *Padel*, Die ottomanische Strafprozessordnung.

¹⁴¹ *Hamid*, Die Welt des Islams 1919, 17; *Taner*, S. 15; *Rumpf*, S. 150; hierzu siehe eingehend auch *Gökçen*, Erman Armağanı, S. 343 ff.

¹⁴² Zur Befragung von Verdächtigten durch die Polizei siehe den Sachverhalt im 259. Gerichtsregister von Adıyaman, S. 3–4, Fall 1, in: *Yörür*, S. 44 f.

¹⁴³ Der Richter bildete seine Überzeugung insofern auf der Grundlage „der abgehaltenen Verhandlung und des untersuchten Akteninhalts“, so ausdrücklich im 259. Gerichtsregister von Adıyaman, S. 23, Fall 11, in: *Yörür*, S. 69.

f) Exkurs: nachteilige Verwertung des Aussageverhaltens

Bemerkenswert sind einige Urteile im Hinblick auf die Aussagefreiheit, weil darin ein bestimmtes Aussageverhalten für den Beschuldigten nachteilig verwertet wird. So stellte das Gericht in einem Urteil fest, dass der Beschuldigte mit dem Alibi, das er bei der polizeilichen Vernehmung nicht erwähnte und erst in der Hauptverhandlung vorbrachte, bezwecke, der Strafe zu entkommen.¹⁴⁴ In einem weiteren Urteil nahm das Gericht bei Teilschweigen des Beschuldigten an, dass er dadurch ein sogenanntes Geständnis durch Umdeutung abgelegt habe (*tevil suretiyle ikrar*). Dieses liege vor, weil er sich dahingehend eingelassen habe, die anderen zwei geständigen Mitbeschuldigten zwar miteinander bekannt gemacht zu haben, jedoch an der Tat nicht beteiligt gewesen zu sein.¹⁴⁵ Das Geständnis durch Umdeutung kann nach dem Gericht außerdem dann vorliegen, wenn der Beschuldigte eine nicht glaubwürdige Rechtfertigung vorträgt (ein sog. *müevvelen ikrar*).¹⁴⁶ War die Verurteilung des Beschuldigten dagegen durch Zeugenaussagen gesichert, sah es das Gericht in einem anderen Fall offensichtlich nicht als notwendig an, dessen Alibibehauptung zu seinem Nachteil zu verwerten.¹⁴⁷

Die untersuchten Urteile enthalten keine Begründung für die nachteilige Verwertung des geschilderten Aussageverhaltens. Bei einer genaueren Betrachtung der osmanischen Gerichtspraxis lässt sich feststellen, dass die nachteilige Verwertung des Schweigens im Geständnisrecht einer anderen Kodifikation der *Tanzimat*-Epoche, nämlich der *Mecelle*, bereits geregelt war. Diese gibt den damaligen Rechtsgeist der osmanischen Justiz jedenfalls besser als die aus dem ausländischen Recht rezipierte oStPO wieder. Denn dieses Gesetzbuch ist ein eigenes Produkt der osmanischen Rechtsdogmatik und regelt seinem Titel entsprechend die Ordnung der Justiz: *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*. Auch wenn sie zu Recht nicht zuletzt aufgrund ihres Inhalts mit einem Zivilgesetzbuch gleichgesetzt wird,¹⁴⁸ enthält sie doch einen gewissen Anteil des allgemeinen osmanischen Prozessrechts, welches auch in seiner herkömmlichen Auslegung keine scharfe Trennung zwischen dem Prozessrecht in Zivil- und in Strafsachen kennt.¹⁴⁹

Nach § 67 *Mecelle* kann einer schweigenden Person grundsätzlich keine Erklärung zugerechnet werden. Allerdings komme dem Schweigen dann ein Erklärungswert zu, wenn eine Erklärung erforderlich ist. In der gesetzlichen Kommentierung der Vorschrift wird darauf hingewiesen, dass der allgemein bekannte Erfahrungs-

¹⁴⁴ 259. Gerichtsregister von Adıyaman, S. 27 ff., Fall 13, in: *Yörür*, S. 74 ff.

¹⁴⁵ 259. Gerichtsregister von Adıyaman, S. 1 ff., Fall 1, in: *Yörür*, S. 42 ff.

¹⁴⁶ 259. Gerichtsregister von Adıyaman, S. 27 ff., Fall 12, in: *Yörür*, S. 70 ff.

¹⁴⁷ 259. Gerichtsregister von Adıyaman, S. 10, Fall 3, in: *Yörür*, S. 54.

¹⁴⁸ Vgl. *Bozkurt*, AÜHFD 45/1996, 29.

¹⁴⁹ Hierzu siehe oben Kap. 4, II.A.1.b)aa).

satz, dass Schweigen ein Geständnis bedeutet (*sükût ikradan gelir*), nicht immer zutrifft. Dies sei allerdings im Regelfall dann so, wenn eine Erklärung zu erwarten ist.¹⁵⁰ Das zeit- und teilweise Schweigen eines Beschuldigten in den oben genannten Fällen lässt sich in Anbetracht dieser Vorschrift nachvollziehen, weil sie eine nachteilige Verwertung an die Umstände des Einzelfalles bindet.¹⁵¹

g) Ergebnisse

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Einführung der Ordnungsgерichte und der anschließenden Strafprozessordnung das Beweisrecht des klassischen osmanischen Strafverfahrensrechts änderte und somit auch die Funktion des Beschuldigten als Beweismittel. Zwar hatte auch die oben ausführlich dargelegte abweichende Lehre des klassischen osmanischen Rechts ihn ausdrücklich in Verfahren wegen Diebstahls der Folter unterworfen und damit seiner prozessualen Aussagebefugnis sowie der Geständnisfreiheit den Boden entzogen. Das Verfahren blieb in seinem Kern dennoch akkussatorisch und an strenge Beweismittel gebunden. Das neue Strafverfahrensrecht brachte nun ein inquisitorisches Verhör des Beschuldigten und führte das Prinzip der freien richterlichen Beweiswürdigung ein, der sein gesamtes Aussageverhalten unterlag.

2. Recht der Türkischen Republik

Nach der Gründung der Türkischen Republik am 29.10.1923 wurde die Schariagerichtsbarkeit durch das Gesetz Nr. 469 vom 8.4.1924 abgeschafft.¹⁵² Die Zuständigkeit in zivil- und strafrechtlichen Streitigkeiten lag ab diesem Datum vollständig bei den ordentlichen Gerichten. Außerdem wurde die oStPO am 21.5.1924 außer Kraft gesetzt. Die Beweismittelfunktion eines Beschuldigten war danach nicht mehr unter Berücksichtigung des islamischen Rechts in der osmanischen Auslegung zu bestimmen. Dennoch ist es nicht außer Acht zu lassen, dass die Türkische Republik Elemente der Strafverfolgungs- und Gerichtspraxis aus dem osmanischen Reich übernommen hat.¹⁵³ Diese beeinflusst somit die Rechtsstellung eines Beschuldigten im türkischen Strafverfahrensrecht weiterhin.

¹⁵⁰ Zum Indizienrecht der Mecelle siehe *Seviğ*, AÜHFD 17/1960, 7 ff. und 29 f.

¹⁵¹ Hierzu siehe auch *Atalay*, EÜHFD 2007, 261.

¹⁵² *Kanunlar Dergisi*, Band 2, S. 322 ff.

¹⁵³ Begründung der tStPO von 1929, Protokollzeitschrift 3. Periode 10. Band 48. Sitzung, S. 1; Abgeordnete *Necip Ali*, Protokollzeitschrift 3. Periode 10. Band, S. 16; siehe auch *Bozkurt*, AÜHFD 45/1996, 37.

a) Einführung der türkischen Strafprozessordnung von 1929

aa) Motive des Gesetzes

Am 4.4.1929 erhielt die Türkische Republik eine Strafprozessordnung mit der Nummer 1412 (tStPO von 1929). Diese war, wie die oStPO, keine Kodifikation des türkischen Strafverfahrensrechts, sondern eine Rezeption ausländischen Rechts.¹⁵⁴ Die Einführung einer neuen Strafprozessordnung ging im Kern mit der politischen Bestrebung des jungen Staatswesens einher, die Rechtsordnung auch hinsichtlich des Strafverfahrensrechts „entsprechend den Erfordernissen des Rechtsverständnisses des neuen Türkischen Staates“ vollständig zu „modernisieren“.¹⁵⁵ Darunter verstand man die Rezeption des „westlichen Rechts“, durch die die Reformen außerdem zügiger durchzuführen waren.¹⁵⁶

Als westliches Vorbild für eine tStPO hatte sich die Regierung anfangs, wie bei dem neuen tStGB von 1926, für das italienische Recht entschieden. Die Istanbuler Kommission schlug allerdings dem Justizministerium die deutsche Strafprozessordnung (dStPO) in der Fassung von 1926 vor, weil diese unkompliziert und angebrachter sei.¹⁵⁷ Die dStPO war nach dem Abgeordneten *Enver Bey* eines der Hauptwerke des westlichen Rechts und „am reifsten, reinsten, aussagekräftigsten und glanzvollsten“.¹⁵⁸ Nach Justizminister *Mahmut Esat* war sie „rechtsdogmatisch überzeugender und moderner“.¹⁵⁹ Die vorbereitenden Arbeiten der tStPO von 1929 leisteten zwei Kommissionen aus Istanbul und Ankara, welche aus Universitätslehrern, Richtern und dem Justizminister bestanden, innerhalb von zwei Jahren.¹⁶⁰

Die Rezeption der deutschen Strafprozessordnung erfolgte jedoch nicht vollständig. Die Bestimmungen über Schöffen und Berufung wurden in der tStPO von 1929 weggelassen und „entsprechend eigenen Bedürfnissen neue Vorschriften vorgesehen und insbesondere gerichtsorganisatorische Änderungen“ vorgenommen.¹⁶¹ Die neue tStPO von 1929 basierte außerdem auf dem Grundsatz, dass Verfahren zügig zu Ende zu bringen sind, wobei sie auch Garantien für die Verfahrensparteien gewähren müssen. Allerdings war man der Ansicht, dass diese Garantien nicht

¹⁵⁴ Zu einer kritischen Bewertung einer solchen Rezeption siehe *Rumpf*, 33 f.

¹⁵⁵ Begründung der tStPO von 1929, Protokollzeitschrift 3. Periode 10. Band 48. Sitzung, S. 1 („yeni Türk rejiminin istilzam ettiđi hukukı manaya göre“).

¹⁵⁶ *Gürelli*, Annales 45/1983, 148.

¹⁵⁷ Vorbereitende Arbeiten, S. 2 ff.; *Gürelli*, Annales 45/1983, 148 f.; *Rumpf*, S. 152; *Taner*, S. 15 f.

¹⁵⁸ Protokollzeitschrift 3. Periode 10. Band 48. Sitzung, S. 19.

¹⁵⁹ Protokollzeitschrift 3. Periode 10. Band 48. Sitzung, S. 15.

¹⁶⁰ Hierzu siehe Begründung der tStPO von 1929, Protokollzeitschrift 3. Periode 10. Band 48. Sitzung, S. 1; Vorbereitende Arbeiten, S. VI f.

¹⁶¹ Protokollzeitschrift 3. Periode 10. Band 48. Sitzung, S. 15 und die Begründung S. 4; siehe auch *Gürelli*, Annales 45/1983, 149.

formalistisch sein dürfen.¹⁶² In anderen Worten ausgedrückt: Die Zügigkeit darf nicht den Garantien geopfert werden.¹⁶³

bb) Beschuldigter als Aussageperson

Die zentrale Norm der tStPO von 1929 bezüglich der Beweisfunktion eines Beschuldigten bildete § 135, welcher die Art und Weise einer richterlichen Vernehmung des Beschuldigten exakt nach dem Vorbild des § 136 dStPO regelte.

Bei den vorbereitenden Arbeiten nahm die Istanbul Kommission direkt auf die Begründung des § 136 dStPO Bezug und führte sie wortwörtlich auf. Da hierauf bereits oben eingegangen wurde, ist eine erneute Wiederholung nicht notwendig.¹⁶⁴ Die Mitglieder der Kommission hatten allerdings Bedenken, wie der Beschuldigte über die Aussagefreiheit, von der § 135 Abs. 1 tStPO von 1929 ausging, belehrt werden sollte. *Vasfi Raşit Bey* war der Auffassung, dass ein ausdrücklicher Hinweis „gefährlich ist“, weil dies einer Aufforderung gleichkäme, dass der Beschuldigte schweigen solle. Man sollte aber Hinweise vermeiden, die er nicht verstehen würde. *Tahir Bey* bekräftigte dieses Argument und machte darauf aufmerksam, dass das Schweigen in manchen Fällen für die Wahrheitsfindung hinderlich sei; außerdem würde es zu Lasten des Beschuldigten ausgelegt. Auf einen Hinweis gerade zum Beginn der Befragung sollte man nach *Vehbi Bey* verzichten, weil man den Beschuldigten dadurch verleite, die Tat zu bestreiten. Im Übrigen sei ein solcher nicht unbedingt notwendig, wenn man von dem Grundsatz ausginge, dass der Beschuldigte im Weigerungsfall nicht zu einer Aussage gezwungen werden kann. Nach diesen Vorbehalten suchten die Mitglieder nach einer angemessenen Formulierung des Hinweises.¹⁶⁵ Die Kommission wählte schließlich überraschenderweise die klare Formulierung, dass der Beschuldigte aufgefordert wird, anzugeben, ob er sich zu den Beschuldigungen äußern wolle oder nicht.¹⁶⁶ Diese wurde allerdings bei den vorbereitenden Arbeiten der Kommission von Ankara endgültig dahingehend geändert, dass der Beschuldigte befragt wird, ob er diesbezüglich eine Antwort geben will.

Zu einer weiteren Auseinandersetzung um die Aussagefreiheit in § 135 Abs. 1 tStPO von 1929 kam es bei den vorbereitenden Arbeiten nicht. Im Parlament begnügte sich der Abgeordnete *Necip Ali Bey* in diesem Zusammenhang mit der An-

¹⁶² Protokollzeitschrift 3. Periode 10. Band 48. Sitzung, S. 15 f.

¹⁶³ So der Abgeordnete *Enver Bey*, Protokollzeitschrift 3. Periode 10. Band, S. 19; eine wohl aus diesen Überlegungen gestrichene Garantie der oStPO war die zwingende Pflichtverteidigerbeordnung in Verfahren vor dem Gericht für schwere Straftaten, hierzu siehe *Erem*, YD 4/1978, 442; *Kocaoğlu*, ABD 2010, 73.

¹⁶⁴ Siehe oben Kap. 3, II.A.3.

¹⁶⁵ Vorbereitende Arbeiten, S. 155 f.

¹⁶⁶ Vorbereitende Arbeiten, S. 450.

merkung, dass der vorsitzende Richter nach der Analyse der Akte, die ihm vom Untersuchungsrichter mit der Beweissammlung vorgelegt worden ist, „nun auch den Angeklagten befragen wird, ob er etwas zu sagen habe“. Nach der Erledigung der Beweisaufnahme würde er dann die Sache in dieser Weise „sehr praktisch und systematisch“ zu Ende bringen.¹⁶⁷

In Anbetracht der oben aufgeführten vorbereitenden Arbeiten der tStPO von 1929 lässt sich feststellen, dass § 135 Abs. 1 tStPO von 1929 von dem Grundsatz ausging, dass niemand verpflichtet ist, sich selbst zu bezichtigen.¹⁶⁸ Dies kann jedenfalls den Ausführungen der Strafrechtswissenschaftler in der Istanbulen Kommission entnommen werden. Von einem subjektiven Recht des Beschuldigten auf Aussagefreiheit war allerdings im Parlament keine Rede mehr. Dabei schien man eher davon auszugehen, dass für den Abschluss des Verfahrens gegen den Angeklagten dessen Aussagen nicht erforderlich sind. Auch wenn er danach befragt wird, geht dem eher die Überlegung voraus, ob er dagegen eine Verteidigung vorbringen könnte, also zum Beispiel ein Alibi habe. Dies lässt sich außerdem bei dem Abgeordneten *Enver Bey* feststellen, nach dem die tStPO von 1929 gerade bei der Balance zwischen Zügigkeit und Verfahrensgarantien auf die Möglichkeit der Antwort des Angeklagten nicht verzichten sollte.¹⁶⁹ Gleichzeitig lässt sich aus diesem Standpunkt für den Beschuldigten keine Aussagepflicht entnehmen. Hiernach hat er eher eine prozessuale Befugnis, darüber zu entscheiden, ob er zur Wahrheitsfindung im Strafverfahren gegen sich selbst durch seine Aussagen beitragen will.

Es muss allerdings erneut betont werden, dass diese Schlussfolgerungen unter der Berücksichtigung der Tatsache gelten, dass eine explizite Debatte von Volksvertretern im Parlament über diese Fragen nicht stattgefunden hat. Dies lag nicht zuletzt daran, dass die tStPO von 1929 binnen einer Woche durchs Parlament gebracht und mit einer einmaligen Abstimmung über alle Bestimmungen am 4.4.1929 verabschiedet wurde. Hinzu kommt, dass „einige Abgeordnete den Gesetzentwurf nicht lesen konnten“,¹⁷⁰ weil dieser in der neuen lateinischen Schrift verfasst war, die durch das Reformgesetz vom 1.10.1928 das arabische Alphabet abgelöst hatte. Aus diesem Grund beantragte der Abgeordnete *Süleyman Sırrı*, dass die Abstimmung für jede einzelne Bestimmung gesondert durchgeführt werden solle, damit diese Volksvertreter wenigstens auf diese Weise von dem Inhalt der neuen tStPO erführen. Mit diesen Argumenten konnte er das Parlament allerdings nicht überzeugen.¹⁷¹

¹⁶⁷ Protokollzeitschrift 3. Periode 10. Band 48. Sitzung, S. 18.

¹⁶⁸ Vorbereitende Arbeiten, S. 153.

¹⁶⁹ Protokollzeitschrift 3. Periode 10. Band 48. Sitzung, S. 19.

¹⁷⁰ Protokollzeitschrift 3. Periode 10. Band 47. Sitzung, S. 3.

¹⁷¹ Ebd.

cc) Höchstrichterliche Rechtsprechung

In seiner Spruchpraxis zu § 135 Abs. 1 tStPO von 1929 hat der Kassationsgerichtshof (KGH) aus dieser Vorschrift weder eine Aussagefreiheit noch eine Belehrungspflicht darüber abgeleitet.¹⁷² Von einer rechtlichen Aussagepflicht dürfte der KGH allerdings ebenfalls nicht ausgegangen sein. Dies lässt sich an seinen Ausführungen erkennen, dass der Beschuldigte bei der richterlichen Vernehmung nach der Eröffnung des Tatvorwurfes gemäß § 135 Abs. 1 tStPO von 1929 drei Alternativen habe: ein Geständnis abzulegen, den Tatvorwurf zu bestreiten oder einen Dritten zu bezichtigen.¹⁷³ Diese Formulierung enthält unverkennbar die Spuren des osmanischen Strafverfahrensrechts und zeigt, dass die Einführung der tStPO von 1929 in eine bereits etablierte Rechtskultur erfolgte und ihre konkrete Umsetzung nur in diesem Rahmen stattfand.¹⁷⁴

Im Hinblick auf die Zulässigkeit von Geständnissen eines Beschuldigten betonte der KGH zwar, dass diese freiwillig und unter keinem Aussagezwang zustande gekommen sein müssten.¹⁷⁵ Dieses Erfordernis diene allerdings primär der Wahrheitsfindung und nicht dem Schutz des Beschuldigten vor Ausübung eines Aussagezwangs. Denn erst im Fall eines wahrheitswidrigen bzw. nicht bestätigten Geständnisses genoss der Beschuldigte Schutz vor Selbstbelastung, also vor einem Fehlurteil.¹⁷⁶ Eine Anerkennung der Aussagefreiheit für den Beschuldigten lässt sich in dieser Rechtsprechung sicherlich nicht erkennen. *Gölcüklü* stellte in diesem Zusammenhang 1955 fest, dass sich bis dahin keine einzige Entscheidung des Revisionsgerichtshofs mit der Frage der verbotenen Vernehmungsmethoden beschäftigt hatte – vermutlich aus dem Grund, dass die vom Richter bei der Vernehmung angewandte Methode als unbeachtlich angesehen wurde und nur die Antworten des Beschuldigten *protokolliert* wurden.¹⁷⁷

dd) Literaturmeinungen

In der Literatur war man sich dagegen darüber im Klaren, dass der Hinweispflicht des § 135 tStPO von 1929 der Nemo-tenetur-Grundsatz zugrunde liegt.¹⁷⁸ Der Beschuldigte verfügte dementsprechend bei der richterlichen Vernehmung über die Aussagefreiheit.¹⁷⁹ Seine Willensfreiheit dürfe weder durch Zwang noch

¹⁷² Siehe etwa YGCK Urt. v. 04.06.1996 E. 1996/1-119 K. 1996/124 (kazancı).

¹⁷³ YCGK Urt. v. 08.05.1978 E. 1978/4-131 K. 1978/157 (kazancı).

¹⁷⁴ Vgl. *Gürelli*, *Annales* 45/1983, 148.

¹⁷⁵ 8. YCD Entsch. v. 03.07.1986 E. 1986/2763 K. 1986/4070 (kazancı).

¹⁷⁶ Hierzu siehe unten Kap. 4, III.B.1.c) und VI.C.1.

¹⁷⁷ *Gölcüklü*, SBFD 10/1955, 113.

¹⁷⁸ So etwa *Cihan*, *İÜHF* 50/1984, 148.

¹⁷⁹ *Taner*, S. 124 f.; *Tosun*, *Hukuka Aykırı Deliller*, S. 47; vgl. *Gölcüklü*, SBFD 10/1955, 105, der nur vom Aussageverweigerungsrecht spricht.

durch Drohungen und irreführende Fragen beeinträchtigt werden.¹⁸⁰ Zur Konkretisierung unzulässiger Vernehmungsmethoden zog die Literatur teilweise die entsprechende Kommentierung und Rechtsprechung im deutschen Strafverfahrensrecht über § 136a dStPO heran.¹⁸¹

Im Gegensatz zur Spruchpraxis des KGH stellte ein Teil der Literatur unmissverständlich klar, dass die Art und Weise der Hinweispflicht des § 135 Abs. 1 tStPO das Schweigerecht des Beschuldigten impliziert.¹⁸² Allerdings solle der Richter ihn darüber belehren, dass Schweigen oder Lügen bei der Beweiswürdigung nachteilige Schlussfolgerungen herbeiführen könne.¹⁸³ Denn sein Schweigen sei „erforderlichenfalls“ mit einem Geständnis gleichzusetzen.¹⁸⁴ Auch hier scheint die Literatur weiterhin unter dem Einfluss der vom osmanischen Recht übernommenen Rechtskultur zu stehen.

Außerdem wies man in der Literatur darauf hin, dass die Vernehmung des Beschuldigten nach § 135 tStPO von 1929 nicht nur seiner Verteidigung, sondern auch der Aufklärung diene.¹⁸⁵ Die Art und Weise der Hinweispflicht des § 135 Abs. 1 tStPO von 1929 lege die Vermutung nahe, dass die tStPO von 1929 eigentlich davon ausgehe, dass sich der Beschuldigte zur Sache einlässt. Es entspreche auch ihrem Geist, dass der Beschuldigte möglichst als Beweismittel herangezogen werde.¹⁸⁶ Eine ausdrückliche Belehrungspflicht lasse sich aus § 135 Abs. 1 tStPO von 1929 nicht ableiten, weil sie mit dem inquisitorischen Charakter der Beschuldigtenvernehmung nicht vereinbar sei. Aus diesem Grund dürfe der Richter ihn zu einer Aussage zwar nicht zwingen, doch aber „überreden“.¹⁸⁷

Kritik erfuhr § 135 Abs. 1 tStPO von 1929 von der Literatur dahingehend, dass diese Vorschrift keine Vernehmungsmethoden nenne, die nach ihrem Grundgedanken unzulässig sind.¹⁸⁸ Im Übrigen sei sie nur bei einer richterlichen Vernehmung anwendbar und umfasse andere Vernehmungen im Strafverfahren nicht. Die StPO von 1929 sah in der Tat keine polizeiliche oder staatsanwaltliche Vernehmung vor und setzte für die Anwendbarkeit des § 135 tStPO von 1929 voraus, dass der Befragte den Status eines Beschuldigten hatte. Dieser war bei seiner richterlichen Vernehmung stets anzunehmen, da der Richter gegen ihn eine Beschuldigung erhob. Bei der polizeilichen oder staatsanwaltlichen Vernehmung fehlte dagegen ein

¹⁸⁰ *Taner*, S. 124 f.; *Saatçioğlu*, YD 6/1980, 569; *Yıldırım*, ABD 5-6/1988, 692.

¹⁸¹ Siehe etwa *Cihan*, İÜHF 35/1969, 127; *ders.*, İÜHF 50/1984, 133 ff.

¹⁸² *Taner*, S. 125; *Canpolat, Şerafettin*, Cumhuriyet v. 19.01.1974, S. 2; *Yüce*, TBBD 1/1988, 160; *Yıldırım*, ABD 5-6/1988, 683; *Erem*, YD 18/1992, 297.

¹⁸³ *Kantar*, S. 194 f.; *Saatçioğlu*, YD 6/1980, 569.

¹⁸⁴ *Saatçioğlu*, YD 6/1980, 569.

¹⁸⁵ *Saatçioğlu*, YD 6/1980, 568 f.; *Erem*, S. 155.

¹⁸⁶ *Cihan*, İÜHF 50/1984, 148 f.

¹⁸⁷ *Tosun*, Hukuka Aykırı Deliller, S. 47 f.

¹⁸⁸ *Gölcüklü*, SBFD 10/1955, 105.

solcher Beschuldigungsakt.¹⁸⁹ Ihre Durchführung betrachtete man allerdings entsprechend der Generalklausel der §§ 154 und 156 tStPO von 1929 als zulässig.¹⁹⁰

Nach einem Teil der Literatur bestand aber kein berechtigter Grund, dem verdächtigten Befragten bei dieser Vernehmung das Schweigerecht nicht einzuräumen und ihn darüber nicht einmal zu belehren. Es sei allerdings kein Geheimnis, dass diese Forderungen in der Praxis nicht eingehalten würden.¹⁹¹ Dies konnte man auch bei der polizeilichen Literatur feststellen, die weder von einem Schweigerecht noch von einer Belehrungspflicht ausging,¹⁹² wobei auf die „harte Behandlung“ des Befragten bei der polizeilichen Vernehmung zu verzichten sei.¹⁹³ Wie im Folgenden noch gezeigt wird, hat sich die Polizei in der Rechtswirklichkeit auch an die letzte Forderung nicht gehalten.

*b) Verfassungsrechtliche Einführung des Verbots
des Selbstbelastungszwangs*

Nichtsdestoweniger wurde ins türkische Strafverfahrensrecht durch die Verfassung von 1961 in Art. 33 Abs. 4 (tVerf. 1961) ein Grundrecht auf das Verbot eines Selbstbelastungszwangs eingeführt. Hiernach durfte „niemand gezwungen werden, eine Erklärung abzugeben, die ihn [oder gesetzlich bestimmte Angehörige] belasten, oder zu diesem Zweck Beweise vorzulegen“. In seiner Begründung legte der Verfassungsgeber von 1961 dar, dass das Verbot des Selbstbelastungszwangs „insbesondere im anglo-amerikanischen Rechtskreis“ verankert sei, in dem es „von großer Bedeutung“ sei.¹⁹⁴ Es sei außerdem „ein seit langem anerkanntes Menschenrecht, das die seelische Folter verbietet und die Menschenwürde und die persönliche Unversehrtheit garantiert“.¹⁹⁵ Abgesehen von einer kleinen grammatikalischen Änderung hat der Verfassungsgeber von 1982 das Verbot des Selbstbelastungszwangs in Art. 38 Abs. 5 tVerf. ebenfalls vorgesehen.¹⁹⁶ Dieses verbiete eine Behandlung, welche gegen die Natur des Menschen ist, und bezwecke,

¹⁸⁹ *Cihan*, IÜHFM 31/1965, 117; *Sokullu*, S. 219; hierzu siehe außerdem unten Kap. 4, V.A.2.b).

¹⁹⁰ Vgl. *Kantar*, S. 191; *Cihan*, IÜHFM 31/1965, 117; *Özşahin*, AD 4/1985, 84; *Salmaner*, Polisin Adli Görevleri, S. 28; a.A. *Gölcüklü*, SBFD 9/1954, 125.

¹⁹¹ *Erem*, YD 18/1992, 297; so auch im Ergebnis *Yıldırım*, ABD 5-6/1988, 686 f.; *Özgen*, TBBD 2/1988, 223.

¹⁹² Für Beispiele von polizeilichen Vernehmungsprotokollen siehe *Salmaner*, Polisin Adli Görevleri, S. 153 ff.

¹⁹³ *Salmaner*, Polisin Adli Görevleri, S. 129.

¹⁹⁴ *Özer*, S. 182.

¹⁹⁵ Ebd.

¹⁹⁶ Hierzu siehe den Auszug der tVerf. 1982 im Anhang: Gesetzestexte.

den Weg zu unmenschlichen Behandlungen, die bis zur Folter reichen können, vollständig zu versperren.¹⁹⁷

Die Verankerung des Verbots des Selbstbelastungszwangs in Art. 33 Abs. 4 tVerf. 1961 geht primär auf die vorbereitenden Arbeiten zurück, die nach dem Militärputsch vom 27.5.1960 von Rechtswissenschaftlern der Juristischen Fakultät Istanbul und der Fakultät für Politikwissenschaft an der Universität Ankara geleistet worden waren.¹⁹⁸ Dieses Verbot war somit erneut, wie die Aussagefreiheit nach § 135 Abs. 1 tStPO von 1929, die Rezeption eines im Ausland anerkannten Rechts durch die Strafrechtswissenschaftler. Eine Konkretisierung hat das Verbot des Selbstbelastungszwangs bis 2007 durch das tVerfG oder den KGH nicht erfahren.¹⁹⁹ Auch die Literatur hat es kaum kommentiert.²⁰⁰ Bevor auf die Einzelheiten der verfassungsrechtlichen Auslegung eingegangen wird, soll im Folgenden die bereits angedeutete Rechtswirklichkeit beschrieben werden, die den Erfolg der genannten Rezeption völlig infrage stellt.²⁰¹

3. Rechtswirklichkeit: Folter

a) Umstände des Polizeigewahrsams im Allgemeinen

Es gibt wenige wissenschaftliche Studien über die Umstände polizeilicher Vernehmungen in der Praxis.²⁰² Dennoch besteht kein Zweifel darüber, dass die Behandlung eines Beschuldigten in Polizeigewahrsam bis vor kurzem alles andere als die Respektierung seiner Aussagefreiheit nach Art. 38 Abs. 5 tVerf. (sowie Art. 33 Abs. 4 tVerf. von 1961), § 135 Abs. 1 tStPO von 1929 beinhaltetete.

Die Behandlung von Beschuldigten in den Polizeistationen war lange Zeit durch polizeiliche Prügel, *karakol dayağı*, gekennzeichnet, die nach *Erem* aus dem Osmanischen Reich stammte und sich in der Republik fortsetzte.²⁰³ Die Prügel durch die

¹⁹⁷ Özer, S. 179; so auch in der Literatur Artuk/Gökçen/Yenidünya, S. 7833; Tezcan/Erden/Önok, S. 991.

¹⁹⁸ Hierzu siehe Rumpf, S. 66.

¹⁹⁹ Siehe unten Kap. 4, II.B.1.b).

²⁰⁰ Vgl. Tosun, Hukuka Aykırı Deliller, S. 47.

²⁰¹ Yıldırım, ABD 5-6/1988, 683; im Anschluss daran İnceoğlu, S. 74.

²⁰² Siehe etwa Eryılmaz, S. 137 ff.; Delice/Fert/Günbeyi, S. 35 ff.; Sanık Haklarının Suç Araştırmasına Etkisi, Ankara 2002 (Umfrage über den Einfluss der Beschuldigtenrechte auf die Strafverfolgung. Kurz: Umfrage), S. 22 ff.

²⁰³ Erem, Faruk, Milliyet v. 06.12.1987, S. 10; zur sog. „gewöhnlichen Prügel durch die Polizei“ siehe auch Alacakaptan, Uğur, Milliyet v. 03.09.1999, S. 20; Eryılmaz, S. 286; siehe außerdem die bemerkenswerten Aussagen des Abgeordneten İbrahim Ural (CHP) in einem Interview, Milliyet v. 23.03.1986, S. 3 und 7, der vorher als Polizeipräsident in den Provinzen Istanbul und Ankara tätig war: Falaka [Schläge auf die nackten Fußsohlen] gebe es immer. Der Dieb dürfe z.B. der *falaka* ausgesetzt werden. Man hätte sie sogar

Polizei gehört nach *Soysal* sogar zur „Nationalkultur“. ²⁰⁴ Die Rezeption des ausländischen Rechts vermochte ein solches Phänomen nicht abzuschaffen, denn sie konnte nur im Rahmen einer vorgegebenen Staats- und Gesellschaftsverfassung Anwendung finden. ²⁰⁵ Dies belegten gleich nach der Verabschiedung der neuen tStPO von 1929 in der Presse bekannt gewordene Fälle, die auf die Fortdauer der gewöhnlichen Polizeipraxis, u.a. auch Folter, hinwiesen. ²⁰⁶

Die polizeiliche Vernehmung des Beschuldigten bildete in der Strafverfolgungspraxis die zentrale Ermittlungsmaßnahme, bei der die Behörden in erster Linie auf die Erlangung eines Geständnisses Wert legten. Dies veranschaulicht etwa 1957 ein öffentlicher Auftritt des Generalpolizeipräsidenten vor Journalisten, bei dem er „den neuen Verhörraum“ vorstellte. Dieser sei nun mit einem Beleuchtungssystem ausgestattet, sodass der Beschuldigte während des Verhörs den Verhörbeamten nicht sehen könne. Dies sei im Übrigen, wie behauptet, keine Folter, sondern vereinfachte die Aufgabe der Polizei. ²⁰⁷ An der kriminalistischen Überzeugung der Polizei, dass stets auf die Erlangung eines Geständnisses des Beschuldigten hinzuwirken ist, konnte die Strafrechtswissenschaft nichts ändern, obwohl sie schon 1954 den Anbruch eines neuen Zeitalters bei der Bekämpfung der Kriminalität angekündigt hatte. *Kunter* wies auf die neuen wissenschaftlichen Errungenschaften hin, nämlich die Identifizierung des Täters durch Fingerabdrücke oder Bluttests. Das Zeitalter, in dem die Polizei durch Folter ein Geständnis zur Überführung des Täters erlangte, sei nun vorbei. Diese Methoden seien im Übrigen außerdem unmenschlich und würden zu Fehlurteilen führen. ²⁰⁸ Die Lösung zur „Beseitigung der Praxis der Folter und der Prügel“ sah der Gesetzgeber 1961 darin, die Strafbarkeit der Folter nach § 243 tStGB von 1926 entsprechend den internationalen Menschenrechtsverträgen auf grausame, unmenschliche und erniedrigende Behandlung zu erweitern. ²⁰⁹ Das Wort „Menschenrechte“ blieb dennoch bis in die 70er- oder 80er-

[manchmal] gegen ihre Väter angewendet; zur *falaka* in der Polizeistation siehe auch *Adivar, Adnan*, Cumhuriyet v. 01.10.1952, S. 2.

²⁰⁴ *Soysal, Mümtaz*, Milliyet v. 01.03.1989, S. 2; ähnlich *Eryılmaz*, S. 288 („gefestigte Polizeikultur“).

²⁰⁵ *Gürelli*, Annales 45/1983, 155; ähnlich auch *Yıldırım*, ABD 5-6/1988, 701.

²⁰⁶ Hierzu siehe etwa die Folterbeschwerden von Beschuldigten im Strafverfahren wegen des gescheiterten Attentats auf den Staatspräsidenten *Mustafa Kemal Atatürk*, Cumhuriyet v. 08.02.1936, S. 11; Cumhuriyet v. 16.07.1936, S. 7; Cumhuriyet v. 17.07.1936, S. 1, 7 f.; außerdem die Folter in der Gendarmeriestation Balıkesir, Cumhuriyet v. 15.12.1938, S. 9; Todesfall in der Istanbuler Gendarmeriestation infolge von Folter, Cumhuriyet v. 14.06.1939, S. 7; siehe ferner Milliyet v. 23.06.1950, S. 2; Milliyet v. 30.06.1952, S. 1; Milliyet v. 26.03.1955, S. 2; Milliyet v. 19.12.1956, S. 3; Milliyet v. 29.11.1959, S. 1.

²⁰⁷ Milliyet v. 03.01.1957, S. 1.

²⁰⁸ *Kunter, Nurullah*, Cumhuriyet v. 17.08.1954, S. 2.

²⁰⁹ So ausdrücklich Prof. Dr. *Faruk Erem* als Sprecher der beratenden Kommission des Justizministeriums bei der Sitzung im Parlament, Protokollzeitschrift zur Vollversammlung des Komitees der Nationalen Einheit 5. Band v. 05.01.1961, S. 87 f.

Jahre in der polizeilichen Subkultur ein Fremdwort. Die Polizeistationen galten weiterhin als geheimnisumwitterte und furchterregende Orte.²¹⁰

Eine weitere Bemühung, der Praxis der Folter ein Ende zu bereiten, unternahm das Innenministerium 1986, wobei es weiterhin der Auffassung war, dass ein Beschuldigter bei der polizeilichen Vernehmung zum Reden gebracht werden solle. Dies würde man aber nun durch den Einsatz von Lügendetektoren erreichen.²¹¹ Gleichwohl wolle man die Rechtsstellung eines Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung in der tStPO von 1929, wie es bereits in den USA und einigen europäischen Ländern der Fall war, dahingehend ändern, dass er die Aussage verweigern und einen Verteidiger konsultieren könne. Eine Lüge solle jedoch unter Strafe gestellt werden. Eine entsprechende Gesetzesänderung fand allerdings der damalige Ministerpräsident *Turgut Özal* im Gegensatz zum Innenminister nicht notwendig.²¹²

Zu einer Intensivierung der Folteranwendung kam es in der Praxis insbesondere, als politische und soziale Unruhen ab den 1960er-Jahren den Alltag der Republik bestimmten und mehrere Militärinterventionen die Geschicke des Landes maßgeblich beeinflussten,²¹³ die mehrheitlich den Ausruf des militärischen Ausnahmezustands zur Folge hatten. Nach einer Studie wurden bis 1989 zwölfmal Ausnahmezustandsfälle ausgerufen, die zeitlich und räumlich von unterschiedlichem Umfang waren. Jedenfalls dauerten sie bis 1989 insgesamt gut 25 Jahre, also mehr als ein Drittel der Lebensdauer der damaligen Republik.²¹⁴ Weitere außerordentliche Rechtsverhältnisse galten im Fall eines sogenannten zivilen Notstands, der in den östlichen Provinzen zuletzt am 20.11.2002 aufgehoben wurde.

²¹⁰ *Delice/Fert/Günbeyi*, S. 57 f.

²¹¹ So der damalige Innenminister *Yıldırım Akbulut*, *Milliyet* v. 02.02.1986, S. 4; zu den erfolgreichen Ergebnissen des Einsatzes von Lügendetektoren und der Zufriedenheit der Behörden siehe den Generalpolizeipräsidenten *Saffet Arkan Bedük*, *Milliyet* v. 13.01.1986, S. 12.

²¹² *Milliyet* v. 12.01.1986, S. 8; zu der gescheiterten Gesetzesinitiative des Abgeordneten *Nuri Kormaz* und weiterer 29 Abgeordneter mit einem ähnlichen Inhalt siehe *Protokollzeitschrift* 17. Periode 24. Band 59. Sitzung, S. 364 ff.

²¹³ Hierzu siehe *Canpolat, Şerafettin*, *Cumhuriyet* v. 19.01.1974, S. 2; *Çelenk, Halit*, *Cumhuriyet* v. 29.07.1975, S. 2; *Yıldırım*, *ABD* 1/1989, 39; *Alacakaptan, Uğur*, *Milliyet* v. 03.09.1999, S. 20; *Tanör*, S. 26 f.; *Toroslu*, *Topçuoğlu Armağanı*, S. 56; *Öztürk*, *Beweisverbote*, S. 84; *Gemalmaz*, *Human Rights* 1989, S. 51 f.; *ders.*, *Yaşama hakkı ve İşkence Yasası*, S. 7, 137 und 145; *ders.*, *İHY* 1/1988, 98; *Diğç*, *TBBD* 1988, 55; *Delice/Fert/Günbeyi*, S. 60 ff.; Interview mit dem damaligen Innenminister *Yıldırım Akbulut*, *Milliyet* v. 02.02.1986, S. 4; Menschenrechtsminister *Adnan Ekmen*, *Milliyet* v. 31.01.1996, S. 18.

²¹⁴ *Üskül*, *Siyaset ve Asker, Cumhuriyet Döneminde Sıkıyönetim Uygulamaları*, S. 23 ff.

b) *De-facto-Charakter der Folter*

aa) Verbreitete und systematische Folteranwendung

Offiziell wurde die verbreitete und systematische Anwendung der Folter stets dementiert.²¹⁵ Folter war allerdings de facto allgegenwärtig, auch wenn behauptet wurde, dass sie in der Strafverfolgungspraxis nur vereinzelt vorkäme und die Verantwortlichen rechtlich zur Rechenschaft gezogen würden. Außerdem behauptete man, dass sie keineswegs die Politik des Staates darstelle, denn sie sei nach dem nationalen Recht rechtswidrig.²¹⁶ Vielmehr sei das Gegenteil die Politik des Staates, nämlich die vollständige Abschaffung der Folter.²¹⁷ Gerade aus diesem Grund zeige man große Bereitschaft, alle internationalen Regelwerke zur Vorbeugung von Folter und Misshandlungen²¹⁸ zu unterschreiben und rasch zu ratifizieren.²¹⁹ Es gebe allerdings hin und wieder doch Fälle, in denen die Strafverfolgungsbehörden „überfordert“ seien und auf „geringfügige“ Misshandlungen zurückgreifen würden.²²⁰ Überhaupt solle man sich der Tatsache bewusst sein, dass die Verbreitung von Gerüchten über eine verbreitete und systematische Anwendung der Folter in der Türkei ein Komplott sei, das von inneren und äußeren Feinden des Staates zur Entmutigung der Strafverfolgungsbehörden betrieben würde und die Diffamierung der Türkei im Ausland bezwecke.²²¹ Diese Ansicht vertrat auch der Militärkassationsgerichtshof und schenkte unter Berufung darauf den entsprechenden Vorträgen

²¹⁵ *Gemalmaz*, Human Rights 1989, S. 52 f.

²¹⁶ So der Anführer des Militärputsches von 1980 und Staatspräsident von 1982 bis 1989 *Kenan Evren*, *Milliyet* v. 29.06.1988, S. 13; in diese Richtung auch der ehemalige Staatsminister *Kamuran Inan*, *Milliyet* v. 08.02.1990, S. 14, und der ehemalige Staatspräsident *Süleyman Demirel*, *Milliyet* v. 16.11.1999, S. 13; siehe die Antwort des Innenministers auf die parlamentarische Anfrage des Abgeordneten *Osman Pepe* v. 15.05.2001, *Protokollzeitschrift* 21. Periode 66. Band 116. Sitzung, S. 22 ff.; die Antwort des Innenministers auf die parlamentarische Anfrage des Abgeordneten *Mehmet Bekaroğlu* v. 04.06.2001, *Protokollzeitschrift* 21. Periode 69. Band 129. Sitzung, S. 291 ff.

²¹⁷ So etwa Justizminister *Hikmet Sami Türk*, *Milliyet* v. 16.06.1998, S. 13.

²¹⁸ Gemeint waren das Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe, R.G. v. 10.08.1988 – 19895, und das Europäische Übereinkommen zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe, R.G. v. 27.02.1988 – 19738.

²¹⁹ Hierzu siehe auch *Akllıoğlu*, İHY 10-11/1988-1989, 17 ff.; vgl. *Gemalmaz*, Human Rights 1989, S. 54 ff.

²²⁰ Siehe etwa General *Faik Türün*, *Milliyet* v. 29.05.1972, S. 11; siehe außerdem Ministerpräsident *Ferit Melen*, *Milliyet* v. 02.03.1973, S. 1 und 9; sinngemäß auch der Generalpolizeipräsident im Juni 1987 („lass uns sagen, dass die Polizei in der besonderen Atmosphäre einer Vernehmung doch manche Dinge falsch macht“), zitiert nach *Gemalmaz*, Human Rights 1989, S. 52 Fn. 160.

²²¹ Hierzu siehe General *Faik Türün*, *Milliyet* v. 29.05.1972, S. 11; Anführer des Militärputsches von 1980 und Staatspräsident von 1982 bis 1989 *Kenan Evren*, *Milliyet* v. 19.02.1986, S. 8.; *ders.*, *Milliyet* v. 29.04.1985, S. 6; ehemaliger Innenminister *Yıldırım Akbulut*, *Milliyet* v. 02.02.1986, S. 4.

von Beschuldigten kein Gehör.²²² Dadurch entzog das Gericht jeglichen Bemühungen um die Durchsetzung des verfassungsrechtlichen Verbots des Selbstbelastungszwangs nach Art. 38 Abs. 5 tVerf. den Boden.

Trotz diesen Dementis stellte das Europäische Komitee zur Verhütung von Folter und Misshandlungen (CPT) nach seinem ersten Besuch 1990 fest,²²³ dass die Folter und andere Formen schwerwiegender Misshandlungen ein wichtiges Charakteristikum für den Polizeigewahrsam in der Türkei waren.²²⁴ Diesem folgten weitere Berichte des CPT²²⁵ und des UN-Ausschusses gegen Folter²²⁶ (CAT),²²⁷ die in einer substantiierten Weise die verbreitete Anwendung von Folter und Misshandlungen in den Polizeieinrichtungen darlegten. Dies war außerdem von offiziellen Stellen und mehreren ehemaligen Amtsinhabern öfters bestätigt worden.²²⁸ Zu einem gegenteiligen Ergebnis gelangte allerdings der Menschenrechtsausschuss des türkischen Parlaments²²⁹ in seinen Berichten von 1990 bis 1992.²³⁰ Das wiederum

²²² Zu der Entscheidung des Großen Strafsenats des Militärkassationsgerichtshofs siehe *Cumhuriyet v. 01.04.1986*, S. 13; kritisch hiergegen *Tanör*, S. 29; zu einem bemerkenswerten Aufsatz eines Richters am Staatssicherheitsgericht Ankara dahingehend, dass die Beschwerden über Folteranwendungen völlig unbegründet und politisch motiviert seien, siehe *Keskin, Kadir O., İşkençe*, YD 3/1985, 731–741.

²²³ Zu den Berichten des CPT über Türkeibesuche <http://www.cpt.coe.int/en/states/tur.htm> [Stand: 22.04.2014].

²²⁴ CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 09. bis 21.09.1990, Rn. 89 und 94; siehe die öffentliche Erklärung an die Türkei v. 06.12.1996 (abgedruckt in dem CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 18. bis 20.09.1996), wonach der Einsatz von Folter oder anderen Formen schwerwiegender Misshandlungen „ein gängiger Vorgang in Polizeieinrichtungen“ ist.

²²⁵ CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 09. bis 21.09.1990, Rn. 89; CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 22.11 bis 03.12.1992, Rn. 11, 115 und 119; die öffentliche Erklärung des CPT an die Türkei v. 15.12.1992, Rn. 21 (abgedruckt im Bericht v. 1992); CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 16. bis 28.10.1994, Rn. 34 und 36; CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 18. bis 20.09.1996, Rn. 5; die öffentliche Erklärung an die Türkei v. 06.12.1996 (abgedruckt in dem Bericht v. 1996, Rn. 2 und 10); CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 05. bis 17.10.1997, Rn. 238; CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 27.02. bis 03.03.1999, Rn. 9 ff.; CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 16. bis 24.07.2000, Rn. 55 ff.; CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 02. bis 14.09.2001, Rn. 20 ff. und 146.

²²⁶ Zu den Berichten des CAT über die Türkei http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=En&CountryID=179 [Stand: 22.04.2014].

²²⁷ CAT-Bericht v. 14.11.1990 (CAT A/46/46 1991) Rn. 117; CAT-Bericht v. 18.02.1994 (CAT A/48/44/Add.1) Rn. 5, 38, 58.

²²⁸ *Alparslan, Türkeş*, *Milliyet* v. 22.04.1978, S. 9; Justizminister *Mahmut Oltan Sungurlu*, *Milliyet* v. 02.10.1990, S. 14; siehe auch die geschmacklose Anmerkung von General *Turgut Sunalp* in einem Interview 1985, als man ihm die Vergewaltigung einer weiblichen Verdächtigten im staatlichen Gewahrsam vorhielt; „Entschuldigung, aber wir haben kräftige Jungs im Alter von 20–21. Wäre dann die Anwendung eines Schlagstocks notwendig, um eine Frau auf diese Weise zu foltern?“, *Milliyet* v. 30.10.1985, S. 8.

²²⁹ Zu den Berichten des Menschenrechtsausschusses des türkischen Parlaments <http://www.tbmm.gov.tr/komision/insanhaklari/> [Stand: 22.04.2014].

korrigierte der Folterbericht des Menschenrechtsministeriums 1995. Hiernach sei die Lage „schrecklich“. Die Folter würde „verbreitet und systematisch angewandt“.²³¹ Der Menschenrechtsminister *Azimet Köylüoğlu* bestätigte anschließend ausdrücklich, dass in der Türkei 18 Foltermethoden eingesetzt würden.²³² Sein Anliegen bestehe nun darin, zunächst „die Foltergeräte zu beseitigen“,²³³ die auch das CPT bei seinen Besuchen von 1990 bis 1996 in mehreren Polizeistationen vorgefunden hatte.²³⁴ Mehrere Foltergeräte stellte ebenfalls der Menschenrechtsausschuss des türkischen Parlaments bei seinen Besuchen von 1998 bis 2000 in verschiedenen Teilen des Landes sicher.²³⁵ Folter und Misshandlungen waren nach dem Ausschuss eine verbreitete Praxis,²³⁶ vor der auch Kinder nicht verschont blieben.²³⁷

²³⁰ Bericht des türkischen Parlaments v. 1992 über Gewahrsamszentren von Justizanstalten in Ankara und Diyarbakır, S. 5; ähnlich auch der Südostbericht des Untersuchungsausschusses des türkischen Parlaments v. 1993, Protokollzeitschrift 19. Periode 38. Band 126. Sitzung, S. 231 ff.

²³¹ Milliyet v. 15.03.1995, S. 20.

²³² Palästinensischer Haken, Ausstrecken auf einem Kreuz, Einsatz des Magnetfelds eines Telefonapparates, Bespritzen mit kaltem oder salzigem Wasser, Schlagstock, Zerquetschen von Geschlechtsorganen, nackt ausziehen vor nahestehenden Personen, Zufügen von Stromschlägen, Beschweren mit einem Sandsack, Verbinden der Augen, Tropfenlassen von Wasser, Schlafentzug, Stehenlassen auf einem Bein, WC putzen lassen und Eintauchen in kaltes Wasser, Milliyet v. 23.03.1995, S. 13; zu ähnlichen und sehr detaillierten, in der Praxis angewendeten Foltermethoden siehe außerdem CPT-Bericht über den Türkei-besuch v. 09. bis 21.09.1990, Rn. 59; CPT-Bericht über den Türkei-besuch v. 29.09. bis 07.10.1991, Rn. 26; CPT-Bericht über den Türkei-besuch v. 16. bis 24.07.2000, Rn. 55 ff.; CPT-Bericht über den Türkei-besuch v. 16. bis 29.03.2004, Rn. 10 ff.

²³³ Milliyet v. 03.02.1995, S. 23.

²³⁴ So etwa ein Tragebett für den Einsatz von Elektroschocks sowie der sog. Palästinensische Haken, in der öffentlichen Erklärung des Komitees an die Türkei am 15.12.1992 Rn. 19 ff. (abgedruckt im CPT-Bericht über den Türkei-besuch v. 22.11 bis 03.12.1992); Kurbeltelefon zum Einsatz von Elektroschocks, CPT-Bericht über den Türkei-besuch v. 16. bis 28.10.1994, Rn. 27 und 32; zwei dicke Holzstangen mit einem Seil und Gurt (Teile des Palästinensischen Hakens), ein Dynamo mit zwei Leitungskabeln sowie ein kurz gebogenes Rohr aus starkem Kunststoff, CPT-Bericht über den Türkei-besuch v. 18. bis 20.09.1996, Rn. 11.

²³⁵ So etwa den sog. Palästinensische Haken, Wasserbehälter, Autoreifen und ein schalldichtes Zimmer nach dem Bericht des Menschenrechtsausschusses des türkischen Parlaments über Strafverfolgung von 2000, S. 40 ff.; ebenso der Bericht über Strafverfolgung und Strafvollzug in Şanlıurfa v. 1998 und 2000, der auf S. 20 von „mehreren gesichteten Gerätschaften“ spricht; ähnlich auch der Bericht über Strafverfolgung und Strafvollzug in Erzincan v. 1998 und 2000, S. 22; Bericht über Strafverfolgung und Strafvollzug in Erzurum v. 1998 und 2000, S. 35.

²³⁶ Bericht des Menschenrechtsausschusses des türkischen Parlaments über Strafverfolgung v. 2000, S. 107; Bericht über Strafverfolgung und Strafvollzug v. 1998 und 2000 in Batman S. 16.

²³⁷ Bericht des Menschenrechtsausschusses des türkischen Parlaments über Jugendvollzugsanstalten v. 1998 und 2000, S. 17; zur Folterung und Misshandlung von 16 Minderjährigen im Polizeigewahrsam im sog. *Manisa*-Fall, Milliyet v. 15.02.1996, S. 3.

Schließlich stieg die Anzahl von Beschwerden über solche Folter und Misshandlungen in Polizeigewahrsam nach den Militärinterventionen rasant an, die teilweise körperliche Langzeitbehinderungen, aber auch Todesfälle zur Folge hatten.²³⁸ In zahlreichen Gerichtsentscheidungen wurden Polizeibeamte der Anwendung von Folter zum Zweck der Aussageerpressung nach § 243 tStGB a.F. oder Misshandlung im Amt nach § 245 für schuldig befunden.²³⁹

bb) Folter als Staatsräson bei der Bekämpfung des Terrorismus

In Anbetracht der verbreiteten und systematischen Folter, die im krassen Widerspruch zu dem verfassungsrechtlichen Verbot des Selbstbelastungszwangs nach Art. 38 Abs. 5 tVerf. lange Zeit de facto ein Teil der Rechtswirklichkeit im Polizeigewahrsam war, stellt sich die Frage, worauf dies zurückzuführen ist. Nach den Recherchen im Rahmen der vorliegenden Arbeit lag ihr die Auffassung zugrunde, dass sie als wirksames Mittel zur Bekämpfung von Terrorismus unter dem Aspekt der Staatsräson als legitim erachtet wurde, wobei eine ausdrückliche Debatte darüber nicht stattfand.²⁴⁰ Es gibt allerdings stichhaltige Anzeichen dafür.

In ihrer Antwort auf den Bericht des CPT von 1994 machte etwa die türkische Regierung infolge der Feststellung des CPT bezüglich der verbreiteten Anwendung von Folter darauf aufmerksam, dass die Bekämpfung des PKK-Terrorismus, der es auf die territoriale Integrität der Türkei absehe und sich der Methode des bewaffneten Kampfes und des Blutvergießens bediene, u.a. eine psychologische Dimension und eine erschreckende Auswirkung auf manche Mitglieder der Sicherheitskräfte habe. Dies könnte Handlungen in Form von Folter und Misshandlungen an Terroristen und

²³⁸ *Tanör*, S. 26 f.; *Toroslu*, Topçuoğlu Armağan, S. 56; zu offiziellen Statistiken des Innenministeriums über Todesfälle im Polizeigewahrsam zwischen 1995 und 2000 siehe die Antwort des Innenministers auf die parlamentarische Anfrage des Abgeordneten *Mehmet Bekaroğlu* v. 31.10.2001, Protokollzeitschrift 21. Periode 76. Band 28. Sitzung, S. 466 ff., wonach 62 Personen „aus verschiedenen Gründen“ ihr Leben verloren hätten; für konkrete Fälle siehe den CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 22.11. bis 03.12.1992, Rn. 15; CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 27.02 bis 03.03.1990, Rn. 11 f.

²³⁹ *Tanör*, S. 26 f.; *Gemalmaz*, İHY 1/1988, 98; *Erem, Faruk*, Milliyet v. 14.01.1988, S. 9; *Dinç*, TBBD 1988, 54; außerdem CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 09. bis 21.09.1990, Rn. 94; zur Anzahl von Verfahren wegen dieser Straftaten siehe etwa die Antwort des Innenministers auf die parlamentarische Anfrage des Abgeordneten *Osman Pepe* v. 15.05.2001, Protokollzeitschrift 21. Periode 66. Band 116. Sitzung, S. 22 ff. (zwischen 01.01.1995 und 30.04.2001 disziplinarrechtliche Ermittlungen gegen 762 Beamte wegen § 243 tStGB, gegen 4586 wegen § 245 tStGB, gegen 614 im Rahmen des § 243 tStGB sowie gegen 6753 im Rahmen des § 245 tStGB); für weiteren Statistiken siehe die Antwort auf eine parlamentarische Anfrage des Abgeordneten *Yakup Kepenek* v. 25.12.2000, Protokollzeitschrift 22. Periode 5. Band. 33. Sitzung, S. 63 ff.; skeptisch gegenüber solchen Statistiken *Gemalmaz*, Human Rights 1989, S. 53 Fn 163.

²⁴⁰ Hierzu siehe etwa *Token, Metin*, Milliyet v. 17.02.1974, S. 2.

ihren Unterstützern zur Folge haben, wenn sie gefasst werden.²⁴¹ Sie räumte allerdings gleichzeitig ein, dass die Terrorbekämpfung nicht in Folter und Misshandlungen ausarten dürfe.²⁴² Dieses Versprechen konnte die Regierung allerdings in der Rechtswirklichkeit nicht einlösen.

cc) Staat im Staate

1994 machte das UN-Antifolterkomitee auf einen weiteren Grund der verbreiteten Folterpraxis aufmerksam, nämlich dass diese nicht auf eine direkte Absicht der zivilen Regierung, sondern wohl auf eine eigenmächtige Vorgehensweise bestimmter Abteilungen innerhalb des Innenministeriums zurückzuführen war, die den Eindruck eines Staates im Staate erweckten.²⁴³ Ebenso stellte 1997 der Untersuchungsausschuss des türkischen Parlaments zur Verbindung zwischen illegalen Organisationen und dem Staat offiziell fest, dass „einige Beamte der Polizei, des Nachrichtendienstes und der Gendarmerie mit der Begründung, dass mit rechtlichen Mitteln gegen Unterstützer der separatistischen Terrororganisation nicht mehr gekämpft werden kann, nach anderen Methoden gesucht hätten“.²⁴⁴

Auf einen Staat im Staate wies auch *Üskül* hin, der 1995 an der Errichtung eines Menschenrechtsministeriums nach „nicht mehr ernsthaft bestreitbaren Beschwerden wegen Folter“²⁴⁵ beteiligt war. Nach seiner Befassung gibt es in der Sicherheitsarchitektur des Staates „autonome Strukturen“, die fest daran glauben, dass Terrorismus auf jeder Ebene nur mit Gewalt zu bekämpfen sei. Kein Politiker, einschließlich der damaligen Ministerpräsidentin *Tansu Çiller*, könne sich mit diesen anlegen.²⁴⁶ Daran ist nach *Üskül* erkennbar, dass die genannten Strukturen die Politiker mit dem Argument der „Notwendigkeit“ der Folter bei der Vernehmung von entsprechenden Reformen abhalten.²⁴⁷ Nach *Alacakaptan* hat der Staat selbst

²⁴¹ Siehe die Antwort der türkischen Regierung auf den vierten CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 16. bis 28.10.1994, Rn. 6 ff.; für ähnliche Argumente siehe auch die Antwort der türkischen Regierung auf den Bericht des CPT über den Türkeibesuch v. 18. bis 20.09.1996, S. 11.

²⁴² Die Antwort der türkischen Regierung auf den vierten CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 16. bis 28.10.1994, Rn. 6 ff.

²⁴³ Bericht des UN-Antifolterkomitees v. 18.02.1994 (CAT A/48/44/Add.1) in Rn. 39, 43 und 51; zu der Debatte um die sog. Konter-Guerilla im Staatsgebilde in den 70er-Jahren, die ebenfalls für die gnadenlose Folteranwendung verantwortlich sei, siehe *Soysal, Mümtaz*, *Milliyet* v. 04.02.1978, S. 2; *Milliyet* v. 01.02.1978, S. 2, *Milliyet* v. 03.05.1977, S. 2; siehe auch *Öymen, Örsan*, *Milliyet*, S. 9; *Çelenk, Halit*, *Cumhuriyet* v. 29.07.1975, S. 2; vgl. *Ünlütürk, Memduh*, *Milliyet* v. 13.04.1978, S. 5.

²⁴⁴ Abgedruckt in Protokollzeitschrift 20. Periode 27. Band 98. Sitzung, S. 259.

²⁴⁵ Gesetzentwurf zur Gründung des Menschenrechtsministeriums v. 04.02.1992 S. 6, als Anhang in der Protokollzeitschrift 19. Periode 28. Band v. 21.01.1993.

²⁴⁶ *Milliyet* v. 15.03.1995, S. 20.

²⁴⁷ Ebd.; siehe auch das Interview mit dem mehrmaligen Ministerpräsidenten *Süleyman Demirel*, *Milliyet* v. 06.02.1990, S. 14.

in Anbetracht dieser Umstände die Folter – zwar nicht auf höheren Ebenen, aber doch auf unteren – zur Staatspolitik gemacht.²⁴⁸

dd) Weitere strukturelle Probleme der Strafverfolgung

Es wäre allerdings falsch, die Anwendung von Folter und anderen Misshandlungen bei der polizeilichen Vernehmung als ein spezifisches Problem der strafprozessualen Terrorbekämpfung anzusehen.²⁴⁹ In der Tat waren sie bei Verfahren gegen sog. ordentlich Beschuldigte genauso verbreitet.²⁵⁰ Darauf wies auch der Große Strafsenat des Kassationsgerichtshofs in einer Entscheidung von 1976 hin. Es sei eine gängige Praxis, dass die Beschuldigten trotz der Unkorrektheit dieses Vorgehens unter Druck gesetzt und gefoltert würden, insbesondere in Diebstahlsfällen, um die entwendeten Sachen oder das entwendete Geld wieder aufzufinden.²⁵¹ Es ist ironisch, dass die Folter, so wie das Gesetz des Sultans *Bêyazid* II. von 1493 seinerzeit ausdrücklich vorsah,²⁵² in der Rechtswirklichkeit weiterhin ebenfalls beim Verdacht wegen Diebstahls als Geständniserlangungsmethode angewandt wurde. Daran konnte das verfassungsrechtliche Verbot des Selbstbelastungszwangs nach Art. 38 Abs. 5 tVerf. nichts ändern.

Es lässt sich daher feststellen, dass die Folter ein strukturelles Problem der Strafverfolgung war,²⁵³ das auf folgender Prämisse beruhte: Die wichtigste Beweisquelle sei der Beschuldigte selbst, durch den erst die anderen Beweismittel zu erlangen seien. Dieser Ansatz wird zu Recht als „Mutter aller Folter“ angesehen.²⁵⁴ Ihn stützte die Rechtsprechung insbesondere faktisch dadurch, dass sie unter Folter erlangte Geständnisse und andere Beweismittel verwertete.²⁵⁵ Außerdem war die

²⁴⁸ *Alacakaptan, Uğur*, Milliyet v. 03.09.1999, S. 20.

²⁴⁹ So ausdrücklich der CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 16. bis 28.10.1994, Rn. 34 und 36; ebenso in diese Richtung Bericht des Menschenrechtsausschusses des türkischen Parlaments über Strafverfolgung und Strafvollzug in Erzincan v. 1998 und 2000, S. 23.

²⁵⁰ So ausdrücklich der CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 09. bis 21.09.1990, Rn. 93; CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 22.11 bis 03.12.1992 Rn. 13, 17, 18 und 119; ebenso die Presseerklärung des Komitees an die Türkei am 15.12.1992 Rn. 5 (abgedruckt im CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 22.11 bis 03.12.1992), in der das Komitee hervorhebt, dass insbesondere auf Beschuldigte in Fällen von Einbruchsdiebstahl/Raub/Diebstahl und Sexualdelikten Folter und Misshandlungen angewendet werden; CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 16. bis 24.07.2000, Rn. 55 ff.

²⁵¹ Zitiert nach YCGK Urt. v. 22.03.1976 E. 1976/8-100 K. 1976/133 (kazancı).

²⁵² Siehe oben Kap. 4, II.A.1.b)dd)(2).

²⁵³ Ebenso *Eryılmaz*, S. 203 ff.

²⁵⁴ *Öztürk*, Beweisverbote, S. 87; so auch *Bostancı*, Folter, S. 130; *Stockhausen*, Folter im Strafverfahren, S. 157; *Delice/Fert/Günbeyi*, S. 58; in diese Richtung auch der ehemalige Staatsanwalt am Ausnahmezustandsgericht *Faik Tarmcioğlu*, Milliyet v. 19.12.1987, S. 12.

²⁵⁵ *Dinç*, TBBD 1988, 57; *Yıldırım*, ABD 1/1989, 44; *Tanör*, S. 27 f.; *Yurtcan*, S. 160; *Toroslu*, *Topçuoğlu Armağanı*, S. 56; *İnceoğlu*, S. 129; hierzu eingehend siehe unten Kap. 4, VI.C.1.

Herrin des Ermittlungsverfahrens keineswegs die Staatsanwaltschaft, sondern absolut die Polizei. Diese leitete das Ermittlungsverfahren ein und führte es vollständig eigenmächtig durch. Die Ergebnisse legte sie der Staatsanwaltschaft vor, die im Fall der Anwendung von Folter vor bereits geschaffenen Tatsachen stand und im Regelfall die Augen zudrückte.²⁵⁶ Schließlich hatte die Polizei eine Art der Selbstjustiz entwickelt, bei der der „Kriminelle“ faktisch keine Menschenrechte, somit auch kein Schweigerecht hatte. Vielmehr hatte er nach Auffassung der Polizei durch die Grausamkeit der Folter bereits beim polizeilichen Verhör seine verdiente Strafe zu erhalten.²⁵⁷ Zur Abschaffung der Folter waren daher ein „Mentalitätswechsel“²⁵⁸ der Polizei und dazu wiederum eine entsprechende „Überzeugungsarbeit“ erforderlich.²⁵⁹

c) Die Strafprozessnovelle von 1992

aa) Reformforderungen

In Anbetracht der oben dargelegten Missstände bei der Strafverfolgung forderte die Literatur den Gesetzgeber auf, eine umfassende Reform des Ermittlungsverfahrens einzuleiten, um die Rechtsstellung des Beschuldigten im Polizeigewahrsam zu stärken. Erstens sei eine unabhängige Justizpolizei einzuführen,²⁶⁰ denn es sei unmöglich, dass die der Staatsanwaltschaft unmittelbar untergeordnete Justizpolizei

²⁵⁶ Eryılmaz, ABD 4/1998, 90 f.; *Delice/Fert/Günbeyi*, S. 62 f.; Çelenk, Halit, Cumhuriyet v. 03.08.1993, S. 2, nach dem man in der Praxis auch Fälle gesehen habe, in denen sogar die Staatsanwälte Verhöre unter Folter leiteten; siehe die Feststellungen des CPT in seinem ersten Bericht über den Türkeibesuch v. 09. bis 21.09.1990, Rn. 108, wonach es zweifelhaft sei, dass alle Staatsanwälte zügig und effektiv vorgehen, wenn sie von einer Beschwerde über Folter oder schwere Misshandlungen Kenntnis erhalten; siehe auch die bemerkenswerten Äußerungen des Oberstaatsanwalts von Istanbul im CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 16. bis 28.10.1994, Rn. 40.

²⁵⁷ Diese Einstellung der Polizei zeigte sich außerdem darin, dass man dem *Falaka*-Stock den Namen *haydar* gab (Milliyet v. 02.03.2000, S. 18). Dieser ist in der islamischen Geschichte der Spitzname des berühmten Gefolgsmannes des Propheten *Mohammed Ali*, der unter diesem Namen im allgemeinen Bewusstsein für seine heldenhaften Taten bekannt ist; zum „Gerechtigkeitsempfinden“ der Polizei hinsichtlich der Folter siehe auch *Sav, Önder*, Gerechtigkeit, Folter und Verbrechen, Milliyet v. 23.05.1974, S. 2; *Yıldırım*, ABD 1/1989, 31; *Erem*, TBBD 2/1998, 197; *Eryılmaz*, S. 205; *ders.*, ABD 4/1994, 99.

²⁵⁸ Öffentliche Erklärung des CPT an die Türkei v. 15.12.1992, Rn. 36 (abgedruckt im CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 22.11 bis 03.12.1992); CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 07. bis 15.09.2003 Rn. 7; CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 07. bis 14.12.2005, Rn. 29; ebenso die Antwort der türkischen Regierung auf den CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 16. bis 28.10.1994, Rn. 9.

²⁵⁹ CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 09. bis 21.09.1990, Rn. 111; CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 29.09. bis 07.10.1991, Rn. 38. CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 22.11. bis 03.12.1992, Rn. 29; in diese Richtung auch *Eryılmaz*, S. 288.

²⁶⁰ *Erem, Faruk*, Cumhuriyet v. 13.06.1973, S. 2; *Yıldırım*, ABD 1/1989, 46.

foltert.²⁶¹ Zweitens müsse die Dauer des Polizeigewahrsams verkürzt und die Isolation des Beschuldigten währenddessen aufgehoben werden.²⁶² Drittens müsse das Schweigerecht des Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung ausdrücklich anerkannt werden.²⁶³ Viertens sei ihm während der polizeilichen Vernehmung das Recht auf Verteidigerbeistand einzuräumen.²⁶⁴ In diesem Zusammenhang müsse in bestimmten Fällen eine obligatorische Pflichtverteidigerbeordnung vorgesehen werden, weil sich das Vorliegen eines gültigen Verzichts unter Umständen als schwierig erweisen kann und die unverteidigten Beschuldigten die Bedeutung eines Verteidigers unterschätzen könnten.²⁶⁵ Fünftens sollten den Ermittlungsorganen in der tStPO neue Ermächtigungsgrundlagen für verdeckte Beweiserhebungsmethoden zur Verfügung gestellt werden.²⁶⁶

Die Anforderungen der Literatur richteten sich außerdem an die Rechtsprechung des Kassationsgerichtshofs, der alle Vernehmungsprotokolle einschließlich der polizeilichen bei seiner eigenen Beweiswürdigung anhand des Aktenbestands heranzog.²⁶⁷ Ein Geständnis sei nämlich nur verwertbar, wenn es vor dem Richter abgegeben oder wiederholt worden sei, weil die tStPO von 1929 die polizeiliche und staatsanwaltliche Vernehmung eines Beschuldigten als Beweiserhebungsmethode nicht vorsehe und § 247 Abs. 1 tStPO von 1929 nur die Vorlesung von Protokollen von richterlichen Vernehmungen zulasse.²⁶⁸ Indem der Kassationsgerichtshof Ver-

²⁶¹ *Erem*, TBBD 2/1998, 200.

²⁶² *Gemalmaz*, Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı 1993, S. 139; *Dinç*, TBBD 1988, 57; *Özbudun*, İşkence, S. 135; *Yıldırım*, ABD 1/1989, 46; *Cihan/Yenisey*, S. 133.

²⁶³ *Tanör*, S. 27.

²⁶⁴ *Çelenk*, *Halit*, Cumhuriyet v. 29.07.1975, S. 2; *Erem*, *Faruk*, Cumhuriyet v. 13.06.1973, S. 2.; *ders.*, Cumhuriyet v. 13.07.1991, S. 2; *Dinç*, TBBD 1988, 57; *Özşahin*, AD 4/1985, 84; *Özgen*, TBBD 2/1988, 223; *Yıldırım*, ABD 1/1989, 46; *Tanör*, S. 27; *Sokullu*, S. 247.

²⁶⁵ *Özgen*, TBBD 2/1988, 223; in diese Richtung auch *Erem*, YD 4/1978, 439 ff.

²⁶⁶ *Cihan/Yenisey*, S. 133.

²⁶⁷ 1. YCD Entsch. v. 26.05.1993 E. 1993/845 K. 1993/1193 (kazancı); 9. YCD Entsch. v. 04.06.1991 E. 1991/2037 K. 1991/2248, YKD 17/1991, 1438; 9. YCD. Entsch. v. 17.12.1991 E. 1991/3606 K. 1991/4623 (kazancı); zur Heranziehung eines sog. polizeilichen Tatortsbesichtigungsprotokolls siehe 6. YCD Entsch. v. 11.05.1976 E. 1976/3005 K. 1976/3035 (kazancı); Befragungsprotokoll des Geheimdienstes 9. YCD Entsch. v. 14.01.1975 E. 1974/6 K. 1975/1 (kazancı); zur Verwertung eines sog. Tatsachenfeststellungsprotokolls bei Forstdelikten 3. YCD Entsch. v. 22.11.1990 E. 1990/5259 K. 1990/11751 (kazancı); 3. YCD Entsch. v. 19.10.1988 E. 1988/3868, K. 1988/12203 (kazancı); 3. YCD Entsch. v. 26.10.1997 E. 1977/6814 K. 1977/7029, YKD 5/1979, 425; 3. YCD Entsch. v. 06.02.1979 E. 1979/260 K. 1979/1087, YKD 5/1979, 735; kritisch hiergegen *Kunter*, S. 648 Fn. 349; *Erem*, S. 162.

²⁶⁸ *Erem*, *Faruk*, Cumhuriyet v. 13.06.1973, S. 2; *Saatçioğlu*, YD 6/1980, 569 ff.; *Yıldırım*, ABD 1/1989, 43; *Özgen*, TBBD 2/1988, 227; a. A. *Çolak*, YD 3/1999, 314; für die Anhörung von Vernehmungsbeamten *Tosun*, Hukuka Aykırı Deliller, S. 48; *Taner*, S. 221; *Kunter*, S. 449; *Sokullu*, S. 220.

nehmungprotokolle als Urkundsbeweis zulasse, fördere er quasi die Folter.²⁶⁹ Eine wirksame Vorbeugung gegen die Folter erfordere, dass sowohl solche Geständnisse als auch Aussagen des Beschuldigten gegenüber der Polizei ohne vorherigen Verteidigerbeistand nicht verwertet werden dürfen.²⁷⁰

bb) Änderungsgesetz von 1992

1992 beschloss der Gesetzgeber eine umfangreiche Strafprozessnovelle, die der chronischen Folterproblematik im polizeilichen Ermittlungsverfahren ein Ende bereiten sollte. Zu diesem Schritt bewegte ihn in nicht unerheblicher Weise auch der „internationale Druck“.²⁷¹ Laut dem Justizminister sollten die Polizeistationen nach den Änderungen nicht länger furchterregende Orte sein.²⁷² Jedenfalls sei es ab diesem Zeitpunkt unmöglich, weiterhin Folter anzuwenden.²⁷³ Durch die Änderungen würde außerdem der internationale Standard von Menschenrechten, insbesondere der Grundsatz, dass ein Beschuldigter kein Zeugnis bzw. Geständnis gegen sich selbst ablegen muss und das Recht auf Schweigen hat, ins türkische Recht transformiert.²⁷⁴

Die Strafprozessnovelle von 1992 wies dennoch von Anfang an einen erheblichen Mangel auf. Mehrere Änderungen waren auf Strafverfahren vor Staatssicherheitsgerichten nicht anwendbar. Eine solche Begrenzung enthielt die erste Fassung des Änderungsgesetzes nicht. Ministerpräsident *Turgut Özal* hatte sie aber nach einer Sitzung des Nationalen Sicherheitsrates zur Überarbeitung zurück ans Parlament geschickt.²⁷⁵

Im Einzelnen verkürzte die Strafprozessnovelle Ges. Nr. 3842²⁷⁶ (StPNov 3842) die Höchstdauer der Polizeihaft nach einer vorläufigen Festnahme von 15 auf 8 Tage (§ 128 Abs. 2 tStPO von 1929) und schaffte die Polizeihaft nach der Vollstreckung

²⁶⁹ *Toroslu*, Topçuoğlu Armağanı, S. 55 f.; *Yıldırım*, ABD 1/1989, 45.

²⁷⁰ *Çelenk, Halit*, Cumhuriyet v. 29.07.1975, S. 2; *Erem, Faruk*, Cumhuriyet v. 13.06.1973, S. 2; *ders.*, Cumhuriyet v. 13.07.1991, S. 2.; *Çelikel, Aysel*, Milliyet v. 15.03.1995, S. 20.

²⁷¹ *Bıçak*, S. 80.

²⁷² Justizminister *Seyfi Oktay*, Protokollzeitschrift 19. Periode 11. Band 79. Sitzung 79, S. 337.

²⁷³ Justizminister *Seyfi Oktay*, Milliyet v. 21.11.1992, S. 12.

²⁷⁴ Justizminister *Seyfi Oktay*, Protokollzeitschrift 19. Periode 11. Band 79. Sitzung, S. 338, in diese Richtung auch die Begründung des Rechtsausschusses auf S. 5 (abgedruckt am Ende der zitierten Protokollzeitschrift); *Erem*, İHY 14/1992, 25 f., 28.

²⁷⁵ Zu der entsprechenden Debatte im Parlament siehe Protokollzeitschrift 19. Periode 16. Band 95. Sitzung, S. 217 ff.; siehe auch den damaligen Justizminister *Mahmut Oltan Sungurlu*, Milliyet v. 12.07.1992, S. 12, nach dem das Veto von Staatspräsident *Turgut Özal* gegen das erste Änderungsgesetz auf mögliche Beratungen mit den Ermittlungsbehörden zurückzuführen ist.

²⁷⁶ R.G. v. 01.12.1992 – 21422.

des bereits gegen den Beschuldigten vorliegenden Haftbefehls ab (§ 108 Abs. 1 tStPO von 1929). Dies galt aber nur für die Beschuldigten in der ordentlichen Gerichtsbarkeit (§ 31 StPNov 3842). Die Höchstdauer der Polizeihaft in beiden Fällen betrug in Verfahren vor Staatssicherheitsgerichten 15 Tage und im Ausnahmezustandsgebiet 30 Tage (§ 30 StPNov 3842). Außerdem sah § 135 Abs. 1 Nr. 4 tStPO von 1929 für die Vernehmungen durch Polizei oder Staatsanwaltschaft ausdrücklich vor, dass der Befragte darüber belehrt werden muss, dass es sein gesetzliches Recht ist, keine Erklärung über den ihm angelasteten Tatvorwurf abzugeben.²⁷⁷ Auch dieses Recht hatte der Befragte in Strafverfahren vor Staatssicherheitsgerichten nicht (§ 31 StPNov 3842). Er konnte allerdings, wie die anderen Befragten, den nach Vorbild des § 136a der deutschen StPO²⁷⁸ unzulässigen Vernehmungsmethoden des § 135a tStPO nicht unterzogen werden. Darüber hinaus war der Befragte darüber zu belehren, dass er sich einen Verteidiger wählen konnte. War er dazu nicht imstande, konnte er einen Verteidiger aus der Anwaltskammer bestellen und sich dessen rechtlichen Beistands bedienen. Auf sein Verlangen konnte der Verteidiger bei der Vernehmung anwesend sein, vorausgesetzt, dass dies die Ermittlungen nicht hinauszögerte (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 tStPO von 1929). Die oben mehrfach erwähnte Ausnahme galt auch hier (§ 30 StPNov 3842). Schließlich verankerte der Gesetzgeber in § 254 Abs. 2 tStPO von 1929 ein absolutes Beweisverwertungsverbot für alle Beweise, die von Untersuchungsorganen rechtswidrig erlangt worden sind. Diese durften einem Urteil nicht zugrunde gelegt werden.

Während die Änderungen in der Literatur unterschiedlich bewertet wurden,²⁷⁹ waren die Ermittlungsorgane dahingehend skeptisch, ob sie sich mit den „geltenden Verhältnissen“ vereinbaren ließen.²⁸⁰ Kritisiert wurde die Strafprozessnovelle weitestgehend bezüglich ihrer Ausnahmen insbesondere für Terrorverdächtige.²⁸¹ Zutreffend wies man darauf hin, dass dadurch eindeutig die gesetzgeberische Intention zum Ausdruck komme, dass diese Verdächtigten in einem isolierten Umfeld zum Aussagen gebracht werden sollten. Dies sollte nicht durch Belehrungen über das Schweigerecht oder die Gewährung des Verteidigerzugangs verhindert werden.²⁸² Die Nichtgewährung des Verteidigerkonsultationsrechts für jene Personen-Gruppe, bei der in der Praxis Folteranwendungen und -beschwerden am häufigsten

²⁷⁷ Hierzu siehe Çınar, YD 23/1997, 270; Sokullu-Akıncı, Annales 48/1998, 258; vgl. Hafizoğulları, AÜHF 43/1993, 19; Kibar, S. 50; Er, S. 196.

²⁷⁸ Öztürk, SÜHF 4/1994, 41; Yıldız, Annales 50/2001, 106; Soyaslan, AÜEHFD 7/2003, 21; Odman, İHMD 4/1995, 21; kritisch hiergegen Erem, İHY 14/1992, 25.

²⁷⁹ Zustimmung Demirbaş, Erman Armağanı, S. 190; Koca, AÜEHFD 1/1999, 74; eher verhalten Erem, İHY 14/1992, 26; kritisch Hafizoğulları, AÜHF 43/1993, 15.

²⁸⁰ Vgl. Eryılmaz, ABD 4/1998, 98; Erem, İHY 14/1992, 26; Toroslu, Topçuoğlu Armağanı, S. 56.

²⁸¹ Demirbaş, Erman Armağanı, S. 220 f.; Öztürk, SÜHF 4/1994, 49; Toroslu, İHY 14/1992, 24; Inceoğlu, S. 118; so auch CPT-Bericht über den Türkei-besuch v. 22.11. bis 03.12.1992, Rn. 21.

²⁸² Eryılmaz, S. 123 und 277; hierzu siehe auch Sokullu-Akıncı, Annales 48/1998, 260.

seien, gebe außerdem im Ergebnis diesen Beschwerden recht und lasse weiterhin die Tür für die Anwendung der Folter offen.²⁸³

Der Kassationsgerichtshof hat nach den Änderungen ausdrücklich anerkannt, dass der Beschuldigte bei der polizeilichen Vernehmung gem. § 135 Abs. 1 Nr. 4 tStPO von 1929 ein Aussageverweigerungsrecht hat,²⁸⁴ wobei die Nichtanwendbarkeit dieser Vorschrift auf Verfahren vor Staatssicherheitsgerichten rechtsbedenkfrei sei.²⁸⁵ Trotz dieser Anerkennung des Schweigerechts bei der polizeilichen Vernehmung durch die höchstrichterliche Rechtsprechung wäre es allerdings voreilig, davon auszugehen, dass die neuen Vorschriften eine vollständige Berücksichtigung durch die Strafrechtspflege gefunden hätten. Nach *Öztürk* war dies bedauerlicherweise jedenfalls bei der Einhaltung von Beschuldigtenrechten in der polizeilichen Vernehmung nach §§ 135, 135a tStPO von 1929 und dem absoluten Beweisverwertungsverbot nach 254 Abs. 2 tStPO von 1929 nicht der Fall.²⁸⁶ Nichts anderes gilt auch für die Polizeipraxis.²⁸⁷ Auch wenn der Gesetzgeber die Strafprozessnovelle mit viel Hoffnung in die Wege leitete, konnte sie an der etablierten Vorgehensweise der Strafverfolgungsorgane kaum etwas ändern.²⁸⁸ Als bald stellte sich nämlich heraus, dass die Folterpraxis ununterbrochen fort dauerte.²⁸⁹

Zur Anpassung des Gesetzes- und Bücherrechtes an die Rechtswirklichkeit bedarf es eindeutig eines ernstgemeinten politischen Willens, gepaart mit Durchsetzungskraft.

d) Null-Toleranz-Politik

Begonnen hatte man die Bekämpfung der Folter durch die Erweiterung des Schweigerechts und des Rechts auf Verteidigerkonsultation in § 135 Abs. 1 Nr. 4 und 2 tStPO von 1929 bei Verfahren vor Staatssicherheitsgerichten.²⁹⁰ Ende 2003 kündigte die Regierung außerdem an, dass sie gegen Folter eine Null-Toleranz-

²⁸³ *Kibar*, S. 72.

²⁸⁴ YCGK Urt. v. 04.03.2003 E. 2003/7-1 K. 2003/17, YKD 29/2003, 780.

²⁸⁵ YCGK Urt. v. 07.02.1994 E. 1994/10-10 K. 1994/37 (kazancı); so auch *Eryılmaz*, S. 122.

²⁸⁶ *Öztürk*, SÜHFD 4/1994, 42.

²⁸⁷ *Eryılmaz*, ABD 4/1998, 93.

²⁸⁸ *Bıçak*, S. 80.

²⁸⁹ *Erem*, İHY 14/1992, 39; hierzu siehe außerdem CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 22.11. bis 03.12.1992, Rn. 19; die öffentliche Erklärung an die Türkei vom 15.12.1992 Rn. 29 (abgedruckt in dem CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 22.11. bis 03.12.1992); die öffentliche Erklärung des CPT an die Türkei vom 06.12.1996, Rn. 4 (abgedruckt in dem Türkei-Besuchsbericht v. 18. bis 20.09.1996); Bericht über den Türkeibesuch v. 16. bis 24.07.2000, Rn. 59.

²⁹⁰ R.G. v. 19.07.2003 – 25173; für die weiteren Änderungsgesetze zur Verkürzung der Polizeihaftdauer siehe Änderungsgesetz v. 06.03.1997 (Ges. Nr. 4229), R.G. v. 12.03.1997 – 22931; Änderungsgesetz v. 06.02.2002 (Ges. Nr. 4774), R.G. v. 19.02.2002 – 24676.

Politik betreiben werde. Ihr liege die eigene Überzeugung der Regierung zugrunde, dass Folter und Misshandlungen durch nichts zu rechtfertigen sind.²⁹¹

Die Verkündung der Null-Toleranz-Politik hat allerdings keine rasche Änderung in der bestehenden polizeilichen Vernehmungspraxis herbeigeführt. Noch im selben Jahr stellte das UN-Antifolterkomitee fest, dass Folter und Misshandlungen im Polizeigewahrsam weiterhin verbreitet waren.²⁹² Dagegen beobachtete der Menschenrechtsausschuss des türkischen Parlaments in seinen Berichten 2002 und 2003 eine erhöhte Sensibilität bei der Achtung von Menschenrechten in Polizeistationen sowie keine Vorfälle der Anwendung von Folter oder anderen Misshandlungen.²⁹³ Für das Jahr 2003 bewertete das CPT die Entwicklungen als „im Allgemeinen ermutigend“. Die Regierungsbotschaft „Null Toleranz“ zu Folter und Misshandlungen sei „eindeutig angekommen“. Es sei eine „eine starke Abnahme bei schwerer Folter“ zu verzeichnen, wobei das Gesamtbild noch nicht gänzlich positiv sei.²⁹⁴

2004 warf das CPT die Frage auf, ob die Null-Toleranz-Politik in allen Teilen des Landes angekommen sei. Denn es fand bei seinen Besuchen in Gaziantep, wo nach seinen Feststellungen im Polizeipräsidium klassische Foltermethoden weiterhin im Einsatz waren, eine „wenig ermutigende“ Situation vor. In İzmir seien allerdings „umfassend positive Entwicklungen“ zu verzeichnen.²⁹⁵ 2005 bestätigte das CPT, dass die Folter nun eine „Ausnahme“ war und „eine signifikante Abnahme bei den anderen Formen der physischen Misshandlungen“ vorlag. Trotz der rückläufigen Tendenz machte es auf Beschwerden über Drohungen und verbale Beleidigungen aufmerksam.²⁹⁶ Während der Menschenrechtsausschuss des türkischen Parlaments 2008 feststellte, dass er in den Polizeistationen von Istanbul keine Foltergerätschaft oder Folter vorgefunden hat,²⁹⁷ hob das CPT 2009 erneut hervor, dass der Missstand doch noch nicht „völlig ausgerottet“ sei. Abgesehen von den fortdauernden Beschwerden über Drohungen und verbale Beleidigungen bei polizeilichen Vernehmungen sorgte der Einsatz von Schlafentzug durch eine Vernehmungsdauer von bis

²⁹¹ Siehe UN-Antifolterkomitee Bericht v. 30.06.2009 CAT/C/TUR/3 Rn. 4.

²⁹² Bericht des UN-Antifolterkomitees v. 02. bis 05.05.2003 CAT A/58/44 (2003) Rn. 121.

²⁹³ Hierzu siehe den Bericht über den Provinzbesuch Trabzon v. 07. bis 10.02.2002 S. 9; Bericht über den Provinzbesuch Siirt v. 27. bis 30.05.2002 S. 16; Bericht über den Provinzbesuch Antalya v. 18./19.05.2002 S. 2; Bericht über den Provinzbesuch Eskişehir v. 18./19.05.2002, S. 3; Bericht über den Provinzbesuch Kocaeli v. 01.02.2002 S. 3; Bericht über den ProvinzbesuchTunceli v. 17. bis 20.01.2003 S. 8 f.

²⁹⁴ CPT-Bericht über den Türkeiibesuch v. 07. bis 15.09.2003, Rn. 8 ff.

²⁹⁵ CPT-Bericht über den Türkeiibesuch v. 16. bis 29.03.2004, Rn. 10 ff.

²⁹⁶ CPT-Bericht über den Türkeiibesuch v. 07. bis 14.12.2005, Rn. 16 ff.; siehe auch den Bericht der UN-Arbeitsgruppe über willkürliche Inhaftierung v. 07.02.2007 (A/HRC/4/40/Add.5), nach dem man keinen Zweifel daran habe, dass die Null-Toleranz-Politik der Regierung sehr erfolgreich sei. Von einer verbreiteten Praxis sei die Folter zu einem außergewöhnlichen individuellen Fehlverhalten von Polizei und Gendarmerie geworden.

²⁹⁷ Bericht über Polizeistationen in Istanbul v. 06.01.2009 S. 74.

zu neun Stunden am Stück, die offensichtlich der Zermürbung der Willensfreiheit von Befragten und somit dem Zweck der Geständniserlangung diene, bei dem Komitee für Unbehagen.²⁹⁸ Zuletzt hat das CPT bei seinem regulären Besuch vom 9. bis 21.6.2013 die Umstände in den Polizeistationen geprüft. Sein Bericht darüber wurde jedoch bis jetzt (Januar 2015) noch nicht veröffentlicht.²⁹⁹

e) Ergebnisse

Unter Berücksichtigung des oben Aufgeführten lässt sich feststellen, dass die strafprozessuale Folter eine Jahre andauernde Folge einer Systemkrise war, die den Konflikt zwischen dem Vorrecht des Obrigkeitsstaats und der Idee von unveräußerlichen Menschenrechten nicht lösen konnte.³⁰⁰ Dabei war sie ein integraler Bestandteil des politischen Regimes für alle Arten der Staatsgewalt im Umgang mit bestimmten Personengruppen, die als Systemfeinde angesehen wurden.³⁰¹ Mit der Null-Toleranz-Politik, die die verbreitete und systematische grobe Folter und Misshandlungen tatsächlich abschaffte, scheint der Staat diese Methoden aus der Staatsräson entfernt zu haben.³⁰² Dementsprechend ist ein gewisser Mentalitätswandel hinsichtlich der Folter auch bei der Polizei selbst zu beobachten.³⁰³ An dieser beachtlichen Wandlung der Strafverfolgungspraxis hat der Überwachungsmechanismus des CPT entscheidend mitgewirkt.

4. Die neue Strafprozessordnung von 2004

Ein völlig neues Kapitel im Strafverfahren wollte der Gesetzgeber durch den Erlass einer neuen Strafprozessordnung eröffnen, die außerdem Gegenstand der EU-Beitrittsverhandlungen war. Zu diesem Zweck verabschiedete das türkische Parlament am 4.12.2004 die Strafprozessordnung Nr. 5271 (tStPO von 2004),³⁰⁴ die,

²⁹⁸ CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 04. bis 17.06.2009, Rn. 14 ff. und 24; vgl. UN-Antifolterkomitee Bericht v. 30.06.2009 in CAT/C/TUR/CO/3 Rn. 7.

²⁹⁹ Siehe die Presseerklärung <http://www.cpt.coe.int/documents/tur/2013-06-26-eng.htm> [Stand: 03.01.2015].

³⁰⁰ In diese Richtung auch *Heseding*, S. 9; *Özbudun*, *İşkence*, S. 135; siehe den ehemaligen Innenminister *Hasan Fehmi Güneş*, *Milliyet* v. 22.07.1990, S. 5, nach dem die Idee des Polizeistaats in der Praxis noch nicht überwunden worden ist, was u.a. zur Anwendung der Folter führt.

³⁰¹ *Gemalmaz*, *Human Rights* 1989, S. 58; *Akay*, S. 102; *Heseding*, S. 42.

³⁰² Vgl. *Delice/Fert/Günbeyi*, S. 21, 28 f., S. 59 f., und S. 68.

³⁰³ *Delice/Fert/Günbeyi*, S. 21 und 65; *Eryılmaz*, *ABD* 3/2006, 44; zu einem Einzelfall der brutalen Misshandlung im Polizeigewahrsam aus dem Jahr 2012 siehe <http://www.sabah.com.tr/Gundem/2012/05/09/karakolda-dayak-davasi-agir-cezada> [Stand: 31.03.2014].

³⁰⁴ R.G. v. 17.12.2004 – 25673; hierzu siehe auch *Eryılmaz*, *ABD* 3/2006, 42.

abgesehen von den Bestimmungen über die Berufung,³⁰⁵ am 1.4.2005 in Kraft trat (§ 334 tStPO von 2004).

Der Rechtsausschuss hatte nach seinem Bericht bei den vorbereitenden Arbeiten „stets die universellen Prinzipien des Strafverfahrensrechts vor Augen“. Der neuen tStPO liege insofern das Verständnis eines „modernen Prozessrechts“ zugrunde, das im Ergebnis auf dem Prinzip der Rechtsstaatlichkeit basiere.³⁰⁶ Bei der konkreten Gestaltung der neuen tStPO von 2004 nahm der Ausschuss etwa auf den „modernen Strafverfahrensrechtsvergleich“, das „europäische Recht“,³⁰⁷ das „westliche Recht“³⁰⁸ sowie das deutsche Strafverfahrensrecht³⁰⁹ Bezug. Die neue tStPO habe ferner das Leitbild des reformierten Inquisitionsverfahrens, in dem der Beschuldigte kein Verfahrensobjekt ist, sondern ein Beteiligter, der bestimmte Rechte und Pflichten hat.³¹⁰ Sie bezwecke darüber hinaus, „zur Wahrheitsfindung ohne Menschenrechtsverstöße zu gelangen“.³¹¹ Diesbezüglich trage sie u.a. der Garantie der Menschenwürde durch mehrere Bestimmungen Rechnung.³¹² Denn „dieser Grundsatz gelte auch für unser Land, das sich die Werte und Rechtsordnung des Westen zu eigen gemacht hat“.³¹³

Im Hinblick auf das Recht auf Schweigen und Verteidigerkonsultation bei der polizeilichen Vernehmung sowie auf unzulässige Vernehmungsmethoden behielt die neue tStPO die oben dargelegten Grundzüge der §§ 135 und 135a tStPO von 1929 in den §§ 147 und 148 tStPO von 2004³¹⁴ bei und erweiterte sie.³¹⁵ § 147 tStPO von 2004 entspricht nach dem Rechtsausschuss in dieser Fassung „den persönlichen Freiheiten eines Beschuldigten, die im Bereich des Strafverfahrensrechtsvergleichs etabliert sind“.³¹⁶

³⁰⁵ Siehe oben Kap. 4, I.B.3.

³⁰⁶ Bericht des Rechtsausschusses, *Şahin, Gazi Şerhi*, S. 68 f.; kritisch gegenüber der Begründung des Rechtsausschusses *Ünver*, Das türkische Strafrecht, S. 317 („keine richtige Begründung“).

³⁰⁷ Bericht des Rechtsausschusses, *Şahin, Gazi Şerhi*, S. 446.

³⁰⁸ Bericht des Rechtsausschusses, *Şahin, Gazi Şerhi*, S. 502.

³⁰⁹ Siehe unten Kap. 4, II.B.1.b)aa)(3); hierzu siehe auch *Ünver*, Das türkische Strafrecht, S. 317.

³¹⁰ Bericht des Rechtsausschusses, *Şahin, Gazi Şerhi*, S. 74.

³¹¹ Bericht des Rechtsausschusses, *Şahin, Gazi Şerhi*, S. 66; in diese Richtung auch YCGK Urt. v. 15.20.2002 E. 2002/8-191 K. 2002/362 (kazancı); *İnceoğlu*, S. 7.

³¹² Bericht des Rechtsausschusses, *Şahin, Gazi Şerhi*, S. 69 ff.

³¹³ Bericht des Rechtsausschusses, *Şahin, Gazi Şerhi*, S. 72 f.

³¹⁴ Hierzu siehe den Auszug der tStPO von 2004 im Anhang: Gesetzestexte.

³¹⁵ *Demirbaş*, S. 121; *Arıcan*, İfade Alma, S. 284; *Şahin, Gazi Şerhi*, S. 411; *Öztürk*, Alacakaptan Armağanı, S. 603; kritisch gegen die Ausweitung der Beschuldigtenrechte in der tStPO von 2004 *Eryılmaz*, ABD 3/2006, 42; *Derdiman*, CHD 2006, 269; *Arıcan*, İfade Alma, S. 286 f.; *Delice/Fert/Günbeyi*, S. 46 ff.

³¹⁶ Bericht des Rechtsausschusses, *Şahin, Gazi Şerhi*, S. 409.

Bevor unten auf die Einzelheiten der tStPO von 2004 hinsichtlich der Aussagefreiheit eines Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung im Besonderen eingegangen wird, wird im Folgenden entsprechend dem Gang der vorliegenden Arbeit nach der Darlegung der historischen Entwicklung nun die Begründung der Selbstbelastungsfreiheit behandelt.

B. Begründung der Selbstbelastungsfreiheit

Allgemeine Erkenntnisse über die Begründung der Selbstbelastungsfreiheit lassen sich auch im türkischen Recht aus ihrer Verankerung in der tVerf. (1.), ihrer Verbürgung als Menschenrecht (2.) sowie aus der systematischen Auslegung der Strafprozessordnung (3.) entnehmen.

1. Verfassungsrechtliche Verankerung

Art. 38 Abs. 5 tVerf. verbietet ausdrücklich, dass jemand gezwungen wird, sich selbst durch eine Aussage zu belasten oder Beweise gegen sich selbst zu liefern. Die Auslegung dieser Verfassungsnorm erfolgt durch das tVerfG. Dieser Aufgabe kam es bis jetzt in nur unzureichender Weise nach. Dies liegt zum einen daran, dass die Spruchpraxis des tVerfG beachtliche grundrechtsdogmatische Mängel aufweist (a)). Zum anderen konnte das tVerfG bisher keine überzeugende verfassungsrechtliche Auslegung des Verbots des Selbstbelastungszwangs nach Art. 38 Abs. 5 tVerf. vornehmen (b)). Dennoch weist die höchstrichterliche Rechtsprechung gelegentlich auf weitere rechtliche Bezüge dieses Grundrechts hin (c)). Auch in der Literatur gibt es vereinzelte Begründungsmodelle (d)) sowie Ansichten, die die subjektivrechtliche Wertigkeit eines Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit infrage stellen (e)).

a) Spruchpraxis des tVerfG im Allgemeinen

Es ist dem Verfassungsgericht bis jetzt nicht gelungen, eine Grundrechtslehre zu entwickeln.³¹⁷ Zwar kennt das Gericht Begriffe wie „Schutzbereich“ oder „Wesensgehalt“ eines Grundrechts (vgl. Art. 13 tVerf.).³¹⁸ Die Bestimmung eines abstrakten und fallübergreifenden Schutzbereichs nimmt es allerdings nicht vor. Dies gilt auch für das Verbot des Selbstbelastungszwangs nach Art. 38 Abs. 5 tVerf.³¹⁹ Stattdessen unterstreicht das tVerfG die Wichtigkeit eines Grundrechts durch sehr vage,

³¹⁷ Vgl. *Yenisey*, AYD 12/1995, 134.

³¹⁸ Siehe den Auszug im Anhang: Gesetzestexte.

³¹⁹ Zuletzt etwa AYM Entsch. v. 27.09.2012 E. 2012/4 K. 2012/130, R.G. v. 10.12.2013 – 28847.

fragmentarische Anmerkungen.³²⁰ Diese könnte man mit gutem Willen als Denkankstöße ansehen, die allerdings für die Bestimmung des Schutzbereichs eines Grundrechtes bei Weitem nicht aufschlussreich genug sind. In seinen Entscheidungen geht das Gericht außerdem von einigen Auslegungsmaßstäben aus, wie „der modernen Demokratie“,³²¹ „der modernen Strafrechtspolitik“³²² oder „den universellen Rechtsprinzipien“,³²³ ohne solche Rechtsideale im Einzelnen zu erörtern. Darüber hinaus ist in der Spruchpraxis des tVerfG bis jetzt kein Fallrecht entstanden. Die Entscheidungen über ein Grundrecht ergehen voneinander völlig unabhängig.³²⁴ Dies ist auch hinsichtlich des Verbots des Selbstbelastungszwangs nach Art. 38 Abs. 5 tVerf. der Fall.³²⁵ Dadurch genießt das tVerfG durchaus die Freiheit, sich bei jedem Fall ohne Begründung opportun zu unterscheiden. Oft begnügt sich das Gericht pauschal und ohne einen auch nur ansatzweise nachvollziehbaren Gedankengang mit der Feststellung, dass die angefochtene Gesetzesnorm die einschlägige Verfassungsnorm nicht verletzt.³²⁶

Des Weiteren hat das VerfG den Begriff des Eingriffs in ein Grundrecht bislang kaum präzisiert.³²⁷ Ebenso wenig herrscht Klarheit und Einigkeit über die Rechtfertigungsgründe und die Einschränkbarkeit vorbehaltloser Grundrechte, etwa hinsichtlich des Anspruchs auf rechtliches Gehör nach Art. 36 Abs. 1 tVerf.³²⁸ oder

³²⁰ AYM Entsch. v. 14.07.1998 E. 1997/41 K. 1998/47, R.G. v. 24.03.1999 – 23649 („das Verteidigungsrecht hat sowohl in der Rechtsdoktrin als auch in der Praxis eine solche Erhabenheit, dass seine Bedeutung und moralische Qualität unbestreitbar sind. Es ist aufgrund seiner universellen Stellung ein gemeinsamer Wert der Menschheit“.); wiederholt AYM Entsch. v. 14.07.1998 E. 1997/41 K. 1998/47, R.G. v. 24.03.1999 – 23649; AYM Entsch. v. 17.02.2004 E. 2001/237 K. 2004/16, R.G. v. 05.05.2004 – 25453.

³²¹ AYM Entsch. v. 22.02.2006 E. 2006/20 K. 2006/25, R.G. v. 10.01.2007 – 26399.

³²² AYM Entsch. v. 25.11.2005 E. 2000/34 K. 2005/91, R.G. v. 08.11.2006 – 26340.

³²³ AYM Entsch. v. 19.10.2005 E. 2003/66 K. 2005/72, R.G. v. 24.11.2007 – 26710.

³²⁴ Sehr anschaulich bei der Entscheidungspraxis bezüglich des Rechts auf Zugang zu einem Gericht nach Art. 36 tVerf. AYM Entsch. v. 20.10.2011 E. 2011/54 K. 2011/142, R.G. v. 29.12.2011 – 28157; AYM Entsch. v. 07.07.2011 E. 2010/99 K. 2011/117, R.G. v. 21.10.2011 – 28091; AYM Entsch. v. 28.04.2011 E. 2009/66 K. 2011/72, R.G. v. 06.07.2011 – 27986.

³²⁵ Siehe etwa AYM Entsch. v. 31.01.2007 E. 2004/31 K. 2007/11, R.G. v. 18.05.2007 – 26526; AYM Entsch. v. 01.10.2009 E. 2006/106 K. 2009/124, R.G. v. 08.03.2011 – 27868; AYM Entsch. v. 27.09.2012 E. 2012/4 K. 2012/130, R.G. v. 10.12.2013 – 28847.

³²⁶ Im Hinblick auf das Verbot des Selbstbelastungszwangs nach Art. 38 Abs. 5 tVerf., AYM Entsch. v. 16.02.2012 E. 2011/41 K. 2012/25, R.G. v. 13.10.2012 – 28440; für andere Fälle siehe auch AYM Entsch. v. 17.06.1997 E. 1996/62 K. 1997/57, R.G. v. 12.11.1997 – 23168; AYM Entsch. v. 30.06.2004 E. 2001/481 K. 2004/91, R.G. v. 22.10.2004 – 25621; vgl. AYM Entsch. v. 17.02.2004 E. 2001/237 K. 2004/16, R.G. v. 05.05.2004 – 25453.

³²⁷ Vgl. AYM Entsch. v. 20.01.1993 E. 1992/36 K. 1993/4, R.G. v. 19.03.1993 – 21529.

³²⁸ Vgl. AYM Entsch. v. 28.03.2002 E. 2001/5 K. 2002/42, R.G. v. 05.09.2002 – 24867; AYM Entsch. v. 18.10.2005 E. 2003/7 K. 2005/71, R.G. v. 22.02.2006 – 26088; AYM Entsch. v. 24.03.2010 E. 2007/33 K. 2010/48, R.G. v. 21.06.2010 – 27619; AYM Entsch. v. 22.05.2013 E. 2012/108 K. 22.05.2013, R.G. v. 12.07.2013 – 28705.

des Verbots des Selbstbelastungszwangs nach Art. 38 Abs. 5 tVerf.³²⁹ Es ist nicht selten, dass das Gericht ohne Andeutung des Schutzbereichs des jeweils einschlägigen Grundrechts, ohne Feststellung eines Eingriffs im konkreten Fall sowie ohne Annahme eines Rechtfertigungsgrunds bei dem vorbehaltlosen Verteidigungsrecht nach Art. 36 Abs. 1 tVerf. direkt zur Wesensgehaltsgarantie nach Art. 13 tVerf. übergeht.³³⁰

Neuerdings lässt sich in der Entscheidungspraxis des tVerfG beobachten, dass es bei Grundrechtsprüfungen immer wieder auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zurückgreift, die ein Bestandteil des Prinzips der Rechtsstaatlichkeit sei. Mit seinen einzelnen Unterprinzipien (Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit i.e.S.) und Definitionen ist er unverkennbar aus dem deutschen Recht entliehen. Der Einsatz des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch das tVerfG lässt allerdings sehr zu wünschen übrig, zumal seine Spruchpraxis keine systematisch aufgebaute Grundrechtsprüfung kennt. So kann man in einer Entscheidung mit der plötzlichen Anführung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes überrascht werden, ohne dass sich in der Entscheidung die anderen Prüfungsstufen verfolgen lassen.³³¹ Das Gericht scheint die Leistungskraft eines in seinem Heimatland als Schranken-Schranken bekannten Kriteriums völlig zu unterschätzen. Im Ergebnis vermag sich eine darauf beschränkte Grundrechtsprüfung wiederum nicht dem Vorwurf zu entziehen, dass man hier die allgemein bekannte Beliebigkeit nun durch Missbrauch eines ausländischen Rechtsgrundsatzes walten lässt.

Ein neuer Hoffnungsschimmer für eine grundrechtsfreundliche Ausrichtung des tVerfG könnte die 2010 per Volksentscheid eingeführte individuelle Verfassungsklage sein. Das Hauptanliegen der Verfassungsklage soll nach dem Verfassungsgeber darin liegen, die innerstaatliche Umsetzung der Menschenrechte und Freiheiten der Europäischen Konvention durch den neuen Rechtsbehelf wirksam voranzutreiben und Verurteilungen aus Straßburg abzuwenden.³³² Aus diesem Grund gewährt Art. 148 Abs. 3 tVerf. das Recht auf eine individuelle Verfassungsklage nur auf die verfassungsrechtlich verankerten Grundrechte und -freiheiten, die gleichzeitig in der EMRK enthalten sind. Diese eigenartige Anknüpfung scheint das tVerfG dazu zu veranlassen, bei der Prüfung von Verfassungsklagen als Maßstab unmittelbar die einschlägige Rechtsprechung des EGMR heranzuziehen.³³³ Die Spruchpraxis

³²⁹ Vgl. AYM Entsch. v. 22.06.2001 E. 1992/2 K. 2001/2, R.G. v. 05.01.2002 – 24631.

³³⁰ Vgl. AYM Entsch. v. 12.03.2009 E. 2007/9 K. 2009/49, R.G. v. 25.06.2009 – 27269; AYM Entsch. v. 12.03.2009 E. 2007/14 K. 2009/48, R.G. v. 25.06.2009 – 27269.

³³¹ Hierzu siehe etwa AYM Entsch. v. 27.10.2012 E. 2010/71 K. 2011/143, R.G. v. 07.02.2012 – 28197; AYM Entsch. v. 09.06.2011 E. 2009/11 K. 2011/93, R.G. v. 16.11.2011 – 28114; AYM Entsch. v. 14.01.2010 E. 2007/68 K. 2010/2, R.G. v. 28.04.2010 – 27565.

³³² Begründung des Regierungsentwurfs, S. 15 ff., <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss497.pdf> [Stand: 07.03.2014].

³³³ Hierzu siehe unten Kap. 4, II.B.1.b)cc).

des tVerfG hat seitdem nun auch eine Grundrechtslehre, wenn auch aus Straßburg importiert. Bemerkenswerterweise hat die bisherige wortwörtliche Heranziehung der EGMR-Rechtsprechung dazu geführt, dass verfassungsrechtlich verankerte Grundrechte und -freiheiten – etwa das Recht auf ein faires Verfahren in Art. 36 Abs. 1 tVerf.³³⁴ oder das Recht auf eine angemessene Untersuchungshaftdauer in Art. 19 Abs. 7 tVerf.³³⁵ – entgegen dem Wortlaut dieser Vorschriften in ihren Schutzbereichen beachtliche Einschränkungen erfuhren (vgl. Art. 53 EMRK).

b) Verfassungsrechtliche Auslegung des Verbots des Selbstbelastungszwangs

Das tVerfG hat sich erst 2007 mit dem Verbot des Selbstbelastungszwangs nach Art. 38 Abs. 5 tVerf. auseinandergesetzt³³⁶ und seinen Schutzgehalt in einem sehr knappen Umfang bestimmt. Hiernach sei dieses Verbot ein „Menschenrecht, das der psychischen Folter vorbeugt und eine Garantie für die Achtung der Menschenwürde und Unantastbarkeit der Persönlichkeit darstellt“.³³⁷ Dadurch hat es im Grunde die Begründung des Verfassungsgebers der tVerf. 1961 für das Verbot des Selbstbelastungszwangs nach Art. 33 Abs. 4 übernommen,³³⁸ ohne dies allerdings kenntlich zu machen. Zuletzt hat es unter Berufung auf die Rechtsprechung des EGMR angeführt, dass das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 36 Abs. 1 tVerf. u.a. das „Schweigerecht und die Selbstbelastungsfreiheit“ umfasse, welche in Art. 38 Abs. 5 tVerf. ausdrücklich verankert seien.³³⁹

Auch wenn das tVerfG das Verbot des Selbstbelastungszwangs in Art. 38 Abs. 5 tVerfG auf die oben genannten Grundrechte zurückführt, nimmt es doch keine konkrete Begründung vor. Denn abgesehen von ihrer Nennung, bleibt in seinen Entscheidungen offen, ob diese Grundsätze tatsächlich nach der Rechtsprechung des tVerfG das Verbot des Selbstbelastungszwangs tragen. Im Folgenden wird seine Rechtsprechung daraufhin geprüft.

³³⁴ So etwa keine Anwendbarkeit des Rechts auf ein faires Verfahren auf den Nebenkläger, AYM VerfKlg. v. 26.03.2013 Nr. 2012/1049; AYM VerfKlg. v. 02.10.2013 Nr. 2013/1123; vgl. AYM Entsch. v. 17.05.2012 – 28360 E. 2011/37 K. 2012/69, R.G. v. 21.07.2012 – 28360, in der das Gericht bei einer konkreten Normenkontrolle keine Bedenken hatte, dass auch dem Opfer und Anzeigerstatter im Strafverfahren das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 36 Abs. 1 tVerf. zusteht.

³³⁵ Kein Recht auf eine angemessene Untersuchungshaftdauer für den erstinstanzlich verurteilten Beschuldigten während des Revisionsverfahrens, so stellvertretend AYM VerfKlg. v. 02.07.2013 Nr. 2012/726; AYM VerfKlg. v. 17.09.2013 Nr. 2013/1484; ebenso YCGK Ur. v. 12.04.2011 E. 2011/1-51 K. 2011/42 (kazancı), wobei diese Rechtsprechung unter den Richtern des Großen Senats umstritten ist.

³³⁶ Siehe die Sondervoten der Mitglieder *İbrahim Senli* und *A. Şeref Hocaoglu* in AYM Entsch. v. 29.11.1963 E. 1963/298 K. 1963/283, R.G. v. 24.03.1964 – 11664.

³³⁷ AYM Entsch. v. 31.01.2007 E. 2004/31 K. 2007/11, R.G. v. 08.05.2007 – 26526; wiederholt AYM Entsch. v. 16.02.2012 E. 2011/41 K. 2012/25, R.G. v. 13.10.2012 – 28440.

³³⁸ Siehe oben Kap. 4, II.A.2.b).

³³⁹ AYM Entsch. v. 27.09.2012 E. 2012/4 K. 2012/130, R.G. v. 10.12.2013 – 28847.

aa) Würdegehalt des Verbots des Selbstbelastungszwangs

(1) Im Allgemeinen

In der tVerf. ist eine allgemeine Garantie der Achtung der Menschenwürde ausdrücklich nicht verankert.³⁴⁰ Das tVerfG geht dennoch von ihrer Geltung aus, die es grundsätzlich³⁴¹ aus dem Folter- und Misshandlungsverbot nach Art. 17 Abs. 3 tVerf.³⁴² abzuleiten scheint.³⁴³ Hiernach darf niemand gefoltert, misshandelt oder einer mit der Menschenwürde unvereinbaren Behandlung oder Strafe ausgesetzt werden. Eine solche Ableitung der Menschenwürdegarantie überzeugt allerdings nicht. Denn Art. 17 Abs. 3 tVerf. gibt das in mehreren Menschenrechtsverträgen enthaltene Verbot von Folter und Misshandlungen im türkischen Recht bloß wieder.³⁴⁴ Die Wortwahl der mit der Menschenwürde unvereinbaren Behandlung bezweckt daher nicht die Verankerung einer allgemeinen Menschenwürdegarantie, sondern steht für das Verbot einer erniedrigenden Behandlung oder Strafe, wie etwa in Art. 3 EMRK festgehalten ist. Dies bringt das tVerfG selbst indirekt zum Ausdruck, wenn es etwa darauf hinweist, dass die Entstehung und Etablierung des Begriffs einer mit der Menschenwürde unvereinbaren Strafe eine lange Zeit in Anspruch genommen hat und Anprangern, Zurschaustellung, Unterjochung, Prügel und ähnliche Strafen im Zuge dessen abgeschafft worden sind.³⁴⁵ Insofern ist die Wortwahl der mit der Menschenwürde unvereinbaren Behandlung unglücklich.

Das tVerfG will dennoch von einer allgemeinen Menschenwürdegarantie ausgehen. Nach ihm zeichnet sich diese Garantie zum einen dadurch aus, dass sie den unantastbaren Kern aller Grundrechte und -freiheiten ausmacht.³⁴⁶ Zum anderen erfordere sie die Beachtung und Anerkennung des Wertes durch die Gesellschaft und alle Individuen, der jedem Menschen – gleichgültig in welchen Zustand oder

³⁴⁰ *Cihan*, IÜHF 50/1984, 143; *Yüce*, TBBD 1/1988, 158; *Özbek* u.a., S. 174.

³⁴¹ Vgl. Kap. 4, II.B.1.b).

³⁴² Siehe den Auszug im Anhang: Gesetzestexte.

³⁴³ AYM Entsch. v. 04.02.2010 E. 2007/98 K. 2010/33, R.G. v. 18.05.2010 – 27585; AYM Entsch. v. 18.02.1971 E. 1970/22 K. 1971/20, R.G. v. 07.07.1972 – 14238; so auch die Literatur, *Yurtcan*, S. 156; *Öztiirk* u.a., S. 116; vgl. *Özbek* u.a., S. 174; *Şahin*, S. 70; ohne eine konkrete Ableitung *Eryılmaz*, S. 118; *Yenisey*, AYD 12/1995, 123.

³⁴⁴ Vgl. Begründung des Art. 17 Abs. 3 tVerf. 1982 und Art. 14 Abs. 4 tVerf. 1961 bei *Özer*, S. 85 ff.; siehe auch *Wedekind*, Türkische Verfassung, S. 48.

³⁴⁵ AYM Entsch. v. 27.12.1965 E. 1963/57 K. 1965/65, R.G. v. 06.02.1967 – 12520; AYM Entsch. v. 27.12.1965 E. 1965/41 K. 1965/66, R.G. v. 06.02.1967 – 12520; AYM Entsch. v. 28.06.1966 E. 1963/132 K. 1966/29, R.G. v. 27.06.1967 – 12632; AYM Entsch. v. 25.11.2005 E. 2000/34 K. 2005/91, R.G. v. 08.11.2006 – 26340; AYM Entsch. v. 04.02.2010 E. 2007/98 K. 2010/33, R.G. v. 18.05.2010 – 27585.

³⁴⁶ AYM Entsch. v. 04.02.2010 E. 2007/98 K. 2010/33, R.G. v. 18.05.2010 – 27585; siehe etwa AYM Entsch. v. 16.06.1992 E. 1992/8 K. 1992/39, R.G. v. 06.10.1992 – 21367, wonach der Beschleunigungsgrundsatz u.a. der Menschenwürdegarantie diene; *Özbek* u.a., S. 52 (Menschenwürde; Grundwert der Rechtsordnung).

unter welchen Umständen – allein aufgrund seines Menschseins bzw. Daseins zu- kommt. Dabei sei dieser nicht mit der Wertschätzung zu verwechseln, die durch Tradition und gesellschaftliche Normen bestimmt werde.³⁴⁷ Denn die Menschenwürde sei keiner Werteentscheidung zugänglich.³⁴⁸ Nach dem tVerfG markiert der genannte Wert eine Behandlung, bei der jemandem sein Menschsein abgesprochen wird, wenn sie eine bestimmte Linie überschreitet.³⁴⁹

Dass das Absprechen des Menschseins als Beurteilungsmaßstab für die Verletzung der Menschenwürdegarantie sehr hoch angesiedelt ist, zeigte sich, wie schon in den oben genannten Arten von Strafen, bereits in der ersten Entscheidung des tVerfG. Hiernach überschreitet die harte militärische Disziplinarhaft, die ein Betroffener isoliert bis zu 21 Tage nur mit einer Ration Wasser und Brot pro Tag zu verbüßen hatte, die Untergrenze der beschriebenen Menschenwürde nicht.³⁵⁰ Eine andere Entscheidung des tVerfG legt nahe, dass das Gericht unter dem Absprechen des Menschseins offenbar Erniedrigung versteht. Danach stelle die Aberkennung eines Militärrangs bei der Straffälligkeit eines Soldaten in Anwesenheit seiner eigenen Einheit durch das Abreißen des entsprechenden Rangabzeichens ein Zurschaustellen dar und verstoße gegen das Verbot der menschenunwürdigen Strafe.³⁵¹ 2010 hat das tVerfG außerdem klargestellt, dass eine mit der Menschenwürde unvereinbare Behandlung nach Art. 17 Abs. 3 tVerf. vorliegt, wenn ein Mensch seiner eigenen Meinung nach oder in den Augen anderer erniedrigt wird. Dabei berief es sich erneut auf den Maßstab der Zurschaustellung, als es um die Veröffentlichung der Entscheidungen des Ethikrats für öffentliche Bedienstete vor einer Gerichtsentcheidung ging. Dies bedeute ebenfalls ein Zurschaustellen des Betroffenen vor der Gesellschaft.³⁵²

(2) Möglichkeit einer Begründung

Für die vorliegende Arbeit stellt sich die Frage, ob sich durch die oben dargestellte Auslegung der Menschenwürde ein Recht auf Selbstbelastungsfreiheit begründen

³⁴⁷ AYM Entsch. v. 18.02.1971 E. 1970/22 K. 1971/20, R.G. v. 07.07.1972 – 14238; AYM Entsch. v. 06.04.1971 E. 1971/2 K. 1971/36, R.G. v. 22.10.1971 – 13994; zu einer weiteren Definition des Würdebegriffs siehe etwa *Yenisey*, AYD 12/1995, 123.

³⁴⁸ AYM Entsch. v. 04.02.2010 E. 2007/98 K. 2010/33, R.G. v. 18.05.2010 – 27585.

³⁴⁹ AYM Entsch. v. 18.02.1971 E. 1970/22 K. 1971/20, R.G. v. 07.07.1972 – 14238; AYM Entsch. v. 06.04.1971 E. 1971/2 K. 1971/36, R.G. v. 22.10.1971 – 13994.

³⁵⁰ AYM Entsch. v. 27.12.1965 E. 1963/57 K. 1965/65, R.G. v. 06.02.1967 – 12520; AYM Entsch. v. 27.12.1965 E. 1965/41 K. 1965/66, R.G. v. 06.02.1967 – 12520; AYM Entsch. v. 28.06.1966 E. 1963/132 K. 1966/29, R.G. v. 27.06.1967 – 12632; kritisch hiergegen *Gemalmaz*, İHY 1/1988, 77 f.; siehe auch AYM Entsch. v. 31.03.1992 E. 1991/18 K. 1992/20, R.G. v. 27.01.1993 – 21478, wonach das Verbüßen der gesamten Haftstrafe in Einzelhaft für wegen Terrordelikten Verurteilte nicht gegen die Menschenwürde verstoße.

³⁵¹ AYM Entsch. v. 25.11.2005 E. 2000/34 K. 2005/91, R.G. v. 08.11.2006 – 26340.

³⁵² AYM Entsch. v. 04.02.2010 E. 2007/98 K. 2010/33, R.G. v. 18.05.2010 – 27585.

lässt. Es steht in der Rechtsprechung des tVerfG außer Zweifel, dass die Menschenwürde im Strafverfahren auch durch staatliche Organe zu beachten ist.³⁵³ Im Hinblick auf Art. 38 Abs. 5 tVerf. ist zu untersuchen, ob der Zwang zur Selbstbelastung jemandem mit der Terminologie des tVerfG das Menschsein abspricht oder ihn „zur Schau stellt“. Die erste Variante ist jedenfalls in dieser Allgemeinheit zu verneinen. Denn die Behauptung, dass einem Beschuldigten das Menschsein abgesprochen wird, wenn er etwa durch nachteiliges Verwerten seines Schweigens mittelbar zur Aussage gezwungen wird, überzeugt nicht. Im Übrigen impliziert der Begriff des Absprechens des Menschseins einen einschneidenden Eingriff in den Daseins-Wert eines Menschen mit einer grob verächtlichen Absicht. Dies liegt bei der genannten Anwendung von Zwang gegen einen Beschuldigten, der etwa mit einer Geldstrafe zu rechnen hat, ebenso wenig vor. Nur im Fall schwerer Folter mit einer entsprechenden Absicht lässt sich dies annehmen.

Das Absprechen des Menschseins als Maßstab übertrifft insofern einige Arten von Folter, die aber unumstritten in jeder Form gegen die Menschenwürde verstößt.³⁵⁴ Dies ist jedenfalls hinsichtlich der psychischen Folter bzw. „Gewissensfolter“³⁵⁵ der Fall, die nach dem Verfassungsgeber von 1961 vorliegt, wenn jemand zu einer Selbstbelastung gezwungen wird. Diesem stimmt zwar das tVerfG ohne nähere Begründung zu,³⁵⁶ entwickelt aber gleichzeitig einen Maßstab für das Absprechen des Menschseins, der sich damit nicht vereinbaren lässt. Dasselbe gilt für den Begründungsansatz des Verfassungsgebers von 1982, nach dem der Selbstbelastungszwang gegen die menschliche Natur verstößt.³⁵⁷ Denn nicht jeder Verstoß gegen die menschliche Natur ist mit dem Absprechen des Menschenseins gleichzusetzen.

Im Hinblick auf die zweite Variante ist es ebenfalls bedenkenswert, ob ein Beschuldigter durch Zwang zu einer Selbstbelastung vor der Gesellschaft zur Schau gestellt wird. Denn auch hier fehlt es an einer der Zurschaustellung innewohnenden besonderen Absicht, den Beschuldigten in den Augen von Drittpersonen zu demütigen (wobei durch den staatlichen Zwang zu einer Selbstbelastung im Strafverfahren die Gefahr einer sogenannten Schaujustiz nicht auszuschließen ist). Allerdings hat ein Strafverfahren im Regelfall die Ahndung einer Straftat zum Gegenstand. In diesem Zusammenhang macht das tVerfG selbst darauf aufmerksam, dass die Verhängung einer strafrechtlichen Sanktion wegen eigenen Fehlverhaltens eines Beschuldigten nicht gegen seine Würde verstößt. Die Achtung der Menschenwürde stelle nur Anforderungen an Art und Umfang der Kriminalstrafe.³⁵⁸

³⁵³ AYM Entsch. v. 14.07.1998 E. 1997/41 K. 1998/47, R.G. v. 24.03.1999 – 23649.

³⁵⁴ *Özgen*, TBBĐ 2/1988, 209; *Demirbaş*, S. 85; *Özbek* u.a., S. 54; *Er*, S. 158; *Kocaoğlu*, ABD 1/2011, 42.

³⁵⁵ *Wedekind*, Türkische Verfassung, S. 82 f.

³⁵⁶ AYM Entsch. v. 31.01.2007 E. 2004/31 K. 2007/11, R.G. v. 08.05.2007 – 26526.

³⁵⁷ Siehe oben Kap. 4, II.A.2.b).

³⁵⁸ AYM Entsch. v. 18.02.1971 E. 1970/22 K. 1971/20, R.G. v. 07.07.1972 – 14238; in diese Richtung auch *Yüce*, TBBĐ 1/1988, 158; *Cihan*, İÜHF 50/1984, 135.

Schließlich ist es überhaupt fraglich, ob das Kriterium der Zurschaustellung im Allgemeinen als Maßstab für die Feststellung eines Verletzungsmoments bei der Garantie der Menschenwürde geeignet ist. Das tVerfG hat diese nämlich zunächst als Beispiel für eine erniedrigende Strafe aufgeführt und in der letztgenannten Ethikratsentscheidung herangezogen, jedoch ohne eine Begründung. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Gericht mit einer ebenso wenig überzeugenden und mit seiner früheren Rechtsprechung³⁵⁹ unvereinbaren Begründung die Anwendbarkeit der im konkreten Fall einschlägigen Unschuldsvermutung gem. Art. 38 Abs. 4 tVerf. auf den konkreten Fall verneint hatte.³⁶⁰

Es lässt sich in Anbetracht der oben dargelegten Rechtsprechung des tVerfG feststellen, dass diese weder eine überzeugende Definition der Menschenwürdegarantie enthält noch imstande ist, eine Begründung des Verbots des Selbstbelastungszwangs nach Art. 38 Abs. 5 tVerf. durch diese Garantie zu liefern.

(3) Würdeverständnis des Gesetzgebers der tStPO von 2004

Diese Lücke wollte der Rechtsausschuss in den vorbereitenden Arbeiten zur tStPO von 2004 wohl ausfüllen, indem er selbst eine Definition der Würdegarantie entwickelte und diese u.a. dem in der neuen tStPO von 2004 verschiedentlich zum Ausdruck kommenden Verbot des Selbstbelastungszwangs zugrunde legte, wobei er in keiner Weise auf die oben dargelegte Rechtsprechung des tVerfG Bezug nahm. Nach dem Rechtsausschuss ist die Menschenwürde der Geist, der jemanden zum Bewusstsein, zur Selbstbestimmung und Gestaltung seines Umfeldes befähigt und ihn vor Entpersönlichung schützt.³⁶¹ Dieser Wert, der als Menschenwürde bezeichnet wird, finde sich im Grunde im freien Willen wieder. Jeder Akt, der einen Menschen zum Objekt macht und den Wert leugnet, der ihm aufgrund seines Personseins zukommt, verstoße gegen die Menschenwürde. Allerdings sei mit Nachdruck hervorzuheben, dass die Menschenwürde zwar in Fällen wie Folter unantastbar ist; sie gelte allerdings nicht schrankenlos. Der Bürger eines Rechtsstaats habe nicht nur Rechte. Er habe auch Pflichten und Regeln zu befolgen, welche der Staat im Einklang mit dem Prinzip der Rechtsstaatlichkeit zur Gestaltung des Soziallebens vorgesehen hat. So seien etwa die Einleitung eines Strafverfahrens wegen der schuld-

³⁵⁹ Zur Anwendbarkeit der Unschuldsvermutung auf verwaltungsrechtliche Verfahren siehe AYM Entsch. v. 11. bis 14. und 25.02.1975 E. 1973/37 K. 1975/22, R.G. v. 03.12.1975 – 15431.

³⁶⁰ Die Unschuldsvermutung gelte nämlich für ein Verfahren, in dem es um die Ahndung eines kriminellen Vergehens mit einer strafrechtlichen Sanktion gehe, was beim Verfahren vor dem Ethikrat allerdings fehle, AYM Entsch. v. 04.02.2010 E. 2007/98 K. 2010/33, R.G. v. 18.05.2010 – 27585; siehe auch AYM Entsch. v. 14.01.2010 E. 2007/68 K. 2010/2, R.G. v. 28.04.2010 – 27565; AYM Entsch. v. 11.02.1987 E. 1986/12 K. 1987/4, R.G. v. 21.11.1987 – 19641.

³⁶¹ Bericht des Rechtsausschusses, *Şahin*, Gazi Şerhi, S. 70; im Anschluss daran *Öztürk* u.a., S. 117; *Özbek* u.a., S. 52.

haften Begehung einer Straftat oder dafür notwendige Zwangsmaßnahmen, wie etwa die Festnahme oder Verhaftung sowie die Bestrafung und die daraufhin folgende Inhaftierung keineswegs menschenunwürdig.³⁶²

Die Frage sei, was eigentlich menschenunwürdig ist. Die Menschenwürde ähnele sinnbildlich der Luft, die wir atmen. Wenn sie fehle, spürten wir das. Aus diesem Grund sei es leichter zu bestimmen, was mit der Menschenwürde nicht vereinbar ist.³⁶³ Der Ausschuss führte anschließend Fallbeispiele auf, ohne sie allerdings im Licht der oben genannten Definition und insbesondere der wohl aus dem deutschen Recht entlehnten Objektformel in Einzelnen zu erörtern. Dasselbe gilt für die missverständlich formulierten immanenten Grenzen des Würdebegriffs.

Die erste gegen die Menschenwürde verstoßende Fallgruppe stellt nach dem Rechtsausschuss die Folter dar, also einen Beschuldigten mit körperlichen Misshandlungen zu belastenden Äußerungen zu zwingen.³⁶⁴ Dabei ließ er die Frage unbeantwortet, ob dies auch im Hinblick auf den Zwang zur Lieferung von Sachbeweisen gegen sich selbst gelte und vom Verbot des Selbstbelastungszwangs nach Art. 38 Abs. 5 tVerf. umfasst ist. Lediglich bei der Begründung der Entnahme von körperlichen Proben vom Beschuldigten nach § 75 tStPO von 2004 merkt er an, dass diese Frage in verschiedenen Rechtsordnungen unterschiedlich behandelt werde. In Deutschland sei eine Entnahme ohne Einwilligung des Betroffenen zulässig. Die tStPO stehe in diesem Zusammenhang auf einer Linie mit dem deutschen Rechtssystem.³⁶⁵ Eine Auseinandersetzung mit Art. 38 Abs. 5 tVerf. erfolgte auch hier nicht.

Außerdem sind die Ausführungen des Ausschusses unklar, ob nur Folter als eine Methode des Selbstbelastungszwangs die Würde des Beschuldigten verletze oder jede Art des Selbstbelastungszwangs stets der Folter gleichkomme. Der Ausschuss geht wohl von der zweiten Variante aus. Dies lässt sich an der zweiten Fallgruppe erkennen. Danach verstoße es ebenfalls gegen die Menschenwürde, wenn ein Beschuldigter dadurch zum Aussagen und in eine Zwang bewirkende Lage gebracht wird, dass ein Beamter es bei der ersten Kontaktaufnahme mit ihm unterlässt, ihn über seine Rechte, insbesondere das Schweigerecht und das Verteidigerkonsulta-

³⁶² Bericht des Rechtsausschusses, *Şahin, Gazi Şerhi*, S. 70; im Anschluss daran *Öztürk* u.a., S. 117; *Özbek* u.a., S. 174. Die letztgenannten Autoren gehen allerdings auf S. 52 von der Unantastbarkeit der Würde aus.

³⁶³ Bericht des Rechtsausschusses, *Şahin, Gazi Şerhi*, S. 71; im Anschluss daran *Öztürk* u.a., S. 117; *Özbek* u.a., S. 174.

³⁶⁴ Bericht des Rechtsausschusses, *Şahin, Gazi Şerhi*, S. 70; im Anschluss daran *Öztürk* u.a., S. 118; *Özbek* u.a., S. 174; *Ünver/Hakeri*, I. Band, S. 20.

³⁶⁵ Begründung des Entwurfs des § 78 tStPO, Protokollzeitschrift 22. Periode 66. Band, S. 39; siehe auch *Aydın*, TBBD 91/2009, 172, der im Hinblick auf die Vereinbarkeit der Zwanganwendung bei der Erhebung körperlicher Beweise die h.M. im deutschen Recht als zutreffend erachtet, weil eine anderweitige Auslegung die Wahrheitsfindung beeinträchtigen würde.

tionsrecht, zu belehren.³⁶⁶ Die dritte und vierte Fallgruppe sind nach dem Ausschuss der Zwang zu Äußerungen, durch die jemand seine Angehörigen belasten würde, und Eingriffe in den unantastbaren Kernbereich des Privatlebens.³⁶⁷

bb) Persönlichkeitsschutz und Verbot des Selbstbelastungszwangs

Wie bereits oben dargelegt, führt das tVerfG das Verbot des Selbstbelastungszwangs nach Art. 38 Abs. 5 tVerf. außerdem auf die Unantastbarkeit der Persönlichkeit zurück, die von Art. 17 Abs. 1 tVerf. garantiert wird.³⁶⁸ Hiernach steht jedem das Recht auf Schutz und Entwicklung seines physischen und psychischen Daseins zu. Dieses Grundrecht hat bis jetzt in der Rechtsprechung des tVerfG kaum eine Konkretisierung erfahren. Daran ändern die fragmentarischen Ausführungen des tVerfG nichts, dass der Staat entsprechend Art. 17 Abs. 1 tVerf. nun die Aufgabe habe, alle Hindernisse für die Ausübung dieses Grundrechts zu beseitigen. Dadurch würde er die Schwachen gegenüber den Starken schützen, die wahre Gleichheit herstellen und den sozialen Frieden wahren.³⁶⁹

Eine allmähliche Konkretisierung erfährt Art. 17 Abs. 1 tVerf. durch die Rezeption der Rechtsprechung des EGMR über das Recht auf Privatleben nach Art. 8 Abs. 1 EMRK bei der Prüfung der individuellen Verfahrensklagen durch das tVerfG. Hierdurch hat es nun etwa anerkannt, dass das Recht auf Ehre und Ansehen einen Bestandteil des psychischen Daseins darstellt.³⁷⁰ Ebenfalls im Zuge einer individuellen Verfassungsklage hat das tVerfG im Jahr 2013 angenommen, dass Art. 17 Abs. 1 tVerfG durch die Daseins-Garantie außerdem die Menschenwürde umfasse. Infolgedessen habe der Staat zum einen Handlungen zu unterlassen, die die Menschenwürde beeinträchtigen; zum anderen habe er im Fall einer Beeinträchtigung die Verantwortlichen wirksam zu verfolgen und zu bestrafen.³⁷¹

Unklar bleibt in seiner Entscheidung dennoch, ob das tVerfG damit eine allgemeine Garantie der Menschenwürde nun aus Art. 17 Abs. 1 ableiten oder mit der Betonung des Würdegehalts der Daseins-Garantie auf ihren unantastbaren Kern hinweisen will. Auf seine oben dargestellte Rechtsprechung, in welcher es die Menschenwürde aus Art. 17 Abs. 3 tVerf. ableitet, ging das Gericht ebenso wenig ein.

³⁶⁶ Bericht des Rechtsausschusses, *Şahin*, Gazi Şerhi, S. 71; im Anschluss daran *Öztiürk* u.a., S. 118; *Özbek* u.a., S. 174; *Ünver/Hakeri*, I. Band, S. 20; so bereits *Şahin*, EÜHFD 1/1997, 92; *İnceoğlu*, S. 125; in diese Richtung auch *Yenisey*, CHD 4/2007, 42, nach dem die Belehrung eines Beschuldigten über Art. 38 Abs. 5 tVerf. ebenfalls Verfassungsrang habe.

³⁶⁷ Bericht des Rechtsausschusses, *Şahin*, Gazi Şerhi, S. 71; im Anschluss daran *Öztiürk* u.a., S. 118; *Özbek* u.a., S. 174.

³⁶⁸ Siehe den Auszug im Anhang: Gesetzestexte.

³⁶⁹ AYM Entsch. v. 27.10.2012 E. 2010/71 K. 2011/143, R.G. v. 07.02.2012 – 28197; AYM Entsch. v. 04.02.2010 E. 2007/98 K. 2010/33, R.G. v. 18.05.2010 – 27585.

³⁷⁰ AYM VerfKlg. v. 02.10.2013 Nr. 2013/1123 § 33.

³⁷¹ AYM VerfKlg. v. 18.09.2012 Nr. 2012/969 § 22.

Für den konkreten Fall stellte es allerdings unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 3 EMRK fest, dass das Vorgehen des Justizvollzugsbeamten nicht gegen Art. 17 Abs. 3 tVerf. verstoße. Dagegen habe der Beamte jedoch die Würde und körperliche Unversehrtheit des betroffenen Gefangenen nach Art. 17 Abs. 1 tVerf. verletzt, als er im konkreten Fall mit einem metallenen Türgriff in der Hand auf den Gefangenen losging, auch wenn die Anwesenden ihn aufhielten.³⁷²

In Anbetracht dieser Entscheidungen lässt sich somit auch der vom tVerfG angeführte Persönlichkeitsschutz eines Beschuldigten durch das Verbot des Selbstbelastungszwangs aus seiner eigenen Rechtsprechung nicht herleiten. Denn der Persönlichkeitsschutz des Art. 17 Abs. 1 tVerf. selbst hat noch keinen konkreten Schutzzumfang erfahren.³⁷³

cc) Fairness und Verbot des Selbstbelastungszwangs

Schließlich hat das tVerfG das Verbot des Selbstbelastungszwangs nach Art. 38 Abs. 5 tVerf. auf das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 36 Abs. 1 tVerf. zurückgeführt.³⁷⁴ In seiner üblichen Verfahrensweise ist das tVerfG allerdings auf die Einzelheiten dieser Ableitung nicht eingegangen.³⁷⁵ Ebenso wenig hat es im konkreten Fall abgesehen von der Nennung der beiden Rechte die entsprechende Rechtsprechung des EGMR³⁷⁶ herangezogen, ob die Wahrheitspflicht der Verfahrensparteien im Zivilverfahren nach § 29 Abs. 2 tZPO mit dem Verbot des Selbstbelastungszwangs nach Art. 38 Abs. 5 tVerf. vereinbar ist.³⁷⁷ Die Begründung des Verbots des Selbstbelastungszwangs nach Art. 38 Abs. 5 durch die Fairness des Verfahrens überzeugt mit einem lapidaren Verweis auf die Rechtsprechung des EGMR nicht. Sie lässt sich im Übrigen durch den Schutzgehalt des Rechts auf ein

³⁷² AYM VerfKlg. v. 18.09.2012 Nr. 2012/969 § 37.

³⁷³ Vgl. *Eryilmaz*, S. 123, nach dem das Schweigerecht bezweckt, die physische und psychische Integrität eines Beschuldigten vor unzulässigen Vernehmungsmethoden zu schützen.

³⁷⁴ AYM Entsch. v. 27.09.2012 E. 2012/4 K. 2012/130, R.G. v. 10.12.2013 – 28847; siehe die folgenden Entscheidungen des tVerfG, in denen es nur das Schweigerecht als Erfordernis eines fairen Verfahrens nach Art. 36 Abs. 1 tVerf. im Licht der Rechtsprechung des EGMR ansah, AYM Entsch. v. 04.07.2013 E. 2012/100 K. 2013/84, R.G. v. 02.08.2013 – 2872; AYM Entsch. v. 01.11.2012 E. 2011/64 K. 2012/168, R.G. v. 13.03.2013 – 28586; AYM Entsch. v. 20.09.2012 E. 2012/45 K. 2012/125, R.G. v. 01.12.2012 – 28484; AYM Entsch. v. 16.06.2011 E. 2008/12 K. 2011/104, R.G. v. 28.12.2011 – 28156; AYM Entsch. v. 29.01.2009 E. 2005/124 K. 2009/13, R.G. v. 03.04.2009 – 27189; AYM Entsch. v. 01.10.2009 E. 2006/116 K. 2009/125, R.G. v. 08.01.2010 – 27456; AYM Entsch. v. 06.05.2004 E. 2002/70 K. 2004/56, R.G. v. 01.06.2005 – 25832; ebenso *Aydın*, TBBD 91/2009, 148; vgl. *Tezcan/Erdem/Sancakdar*, S. 310.

³⁷⁵ Anders jedoch im Hinblick auf den Beschleunigungsgrundsatz, siehe etwa AYM VerfKlg. v. 02.07.2013 Nr. 2012/13.

³⁷⁶ Siehe oben Kap. 2, II.D.2.b)aa).

³⁷⁷ Hierzu siehe unten Kap. 4, II.C.1.b).

faïres Verfahren nach Art. 36 Abs. 1 tVerfG nicht erbringen, den das tVerfG selbst angenommen und angewendet hat.

Nach dem tVerfG lässt sich der Schutzzumfang dieses Grundrechts durch den Art. 6 EMRK³⁷⁸ und die entsprechende Rechtsprechung des EGMR bestimmen,³⁷⁹ weil die Verfassung keine Definition für dieses Grundrecht enthält. Eine solche Konkretisierung sei außerdem geboten, weil der Einführung des Rechts auf ein faïres Verfahren in Art. 36 Abs. 1 tVerf. in 2001 das Motiv des Gesetzgebers zugrunde gelegen hätte, u.a. Art. 6 EMRK in nationales Recht zu transformieren.³⁸⁰

Dieses Recht gewährt nach dem tVerfG den Verfahrensbeteiligten den Anspruch, durch eine wirksame Teilnahme am Verfahren Einfluss auf seine Durchführung sowie seinen Ausgang zu nehmen.³⁸¹ Das Schweigen des Beschuldigten oder seine Weigerung, an der Erhebung eines Sachbeweises gegen sich selbst aktiv mitzuwirken, stellen allerdings passive Verhaltensweisen dar und können unter Berufung auf den Anspruch auf eine wirksame Teilnahme nicht gefordert werden. Dies gilt auch für das zweite Erfordernis des Rechts auf ein faïres Verfahren nach dem tVerfG, nämlich der Einhaltung der Waffengleichheit, damit ein Verfahrensbeteiligter gegenüber seinem Gegner nicht in eine benachteiligte Rechtsstellung gelangt.³⁸²

dd) Ergebnisse

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Begründung des Verbots des Selbstbelastungszwangs nach Art. 38 Abs. 5 tVerf. in der Rechtsprechung des tVerfG oberflächlich bleibt. Weder das Absprechen des Menschseins noch das Kriterium der Zurschaustellung vermag dem Verbot des Selbstbelastungszwangs einen Würdegehalt zuzuweisen. Auch seine Begründung durch den Persönlichkeitsschutz oder die Fairness eines Strafverfahrens überzeugen im Ergebnis nicht.

³⁷⁸ AYM VerfKlg. v. 26.03.2013 Nr. 2012/1049 § 22; AYM VerfKlg. v. 02.10.2013 § 20; AYM Entsch. v. 03.06.2010 E. 2009/69 K. 2010/79, R.G. v. 22.10.2010 – 27737; AYM Entsch. v. 30.06.2005 E. 2001/482 K. 2004/91, R.G. v. 22.10.2004 – 25621; AYM Entsch. v. 30.06.2004 E. 2001/481 K. 2004/91, R.G. v. 22.10.2004 – 25621; ähnlich auch YCGK Urt. v. 16.06.2009 E. 2009/6-57 K. 2009/168 (kazanci).

³⁷⁹ AYM Entsch. v. 29.01.2009 E. 2005/124 K. 2009/13, R.G. v. 03.04.2009 – 27189; AYM VerfKlg. v. 17.09.2013 Nr. 2012/367; AYM Entsch. v. 02.10.2013 Nr. 2013/2767 §§ 20 ff.

³⁸⁰ AYM Entsch. v. 27.09.2012 E. 2012/4 K. 2012/130, R.G. v. 10.12.2013 – 28847; zur Konkretisierung des Rechts auf ein faïres Verfahren nach Art. 36 Abs. 1 tVerf. im Licht des Art. 6 EMKR und der Rechtsprechung des EGMR siehe auch *Centell/Zafer*, S. 142; vgl. *Karakehya*, S. 27.

³⁸¹ AYM Entsch. v. 17.05.2012 – 28360 E. 2011/37 K. 2012/69, R.G. v. 21.07.2012 – 28360.

³⁸² AYM Entsch. v. 02.12.2004 E. 2001/216 K. 2004/120, R.G. v. 21.10.2005 – 25973; AYM Entsch. v. 29.01.2009 E. 2005/124 K. 2009/13, R.G. v. 03.04.2009 – 27189.

Dennoch bestehen in der höchstrichterlichen Rechtsprechung des tVerfG und des Kassationsgerichtshofs einige Anhaltspunkte, die ihr Verständnis im Hinblick auf die Rechtsstellung eines Beschuldigten als Beweismittel veranschaulichen und mit dem Verbot des Selbstbelastungszwangs nach Art. 38 Abs. 5 tVerf. eng verbunden sind.

c) Weitere Bezüge des Verbots des Selbstbelastungszwangs

Analysiert man die höchstrichterliche Rechtsprechung, so lassen sich Anhaltspunkte konstatieren, die auf einen gewissen Zusammenhang zwischen dem Verbot des Selbstbelastungszwangs und dem Recht auf Verteidigung nach Art. 36 Abs. 1 tVerf. sowie der Unschuldsvermutung nach Art. 38 Abs. 4 tVerf. hinweisen.³⁸³

aa) Verteidigungsrecht und Verbot des Selbstbelastungszwangs

(1) Grundzüge des Schutzzinhalts

Das Recht auf Verteidigung nach Art. 36 Abs. 1 betrachtet das tVerfG trotz der gesonderten Regelung als einen Bestandteil des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 36 Abs. 1 tVerf.³⁸⁴ Dieses Recht umfasst nach dem tVerfG den Gebrauch aller zulässigen Mittel und Wege, um als Prozessbeteiligter sein Vorhaben im Verfahren durchzusetzen. Die Zulässigkeit beziehe sich im Allgemeinen auf die gesamte Rechtsordnung, wobei die Gewährung von Menschenrechten dabei von großer Bedeutung ist. Daher seien die Mindestverteidigungsrechte in Art. 6 Abs. 3 EMRK bei der Konkretisierung des Verteidigungsrechts nach Art. 36 Abs. 1 tVerf. heranzuziehen.³⁸⁵

Das Recht auf Verteidigung nach Art. 36 Abs. 1 tVerf. bezweckt nach dem tVerfG die Aufklärung der Tat und die Gewährleistung der Gerechtigkeit. In diesem Zusammenhang sei das Verteidigungsrecht mit der Unschuldsvermutung nach Art. 38 Abs. 4 tVerf. eng verbunden, weil ein Beschuldigter durch die Geltendmachung seines Verteidigungsrechts die Möglichkeit erhalte, die Verdachtsmomente gegen sich selbst zu zerstreuen. Somit sei erneut der Zweck des Strafverfahrens erreicht, nämlich die Wahrheitsfindung unter Wahrung der Menschenwürde durchzuführen, dabei der Bestrafung von Unschuldigen vorzubeugen und die Strafgerechtigkeit zu verwirklichen. Somit diene die Gewährung des Verteidigungsrechts

³⁸³ Siehe die Auszüge im Anhang: Gesetzestexte.

³⁸⁴ AYM Entsch. v. 28.02.2008 E. 2006/71 K. 2008/69, R.G. v. 16.04.2008 – 26849.

³⁸⁵ AYM Entsch. v. 14.07.1998 E. 1997/41 K. 1998/47, R.G. v. 24.03.1999 – 23649; AYM Entsch. v. 16.06.1992 E. 1992/8 K. 1992/39, R.G. v. 06.10.1992 – 21367; AYM Entsch. v. 31.03.1992 E. 1991/18 K. 1992/20, R.G. v. 27.01.1993 – 21478.

durch die Ermöglichung der Gerechtigkeit außerdem der Allgemeinheit und dem Staat, dessen Fundament die Gerechtigkeit ist.³⁸⁶

(2) Verbindung mit der Selbstbelastungsfreiheit

Diese Rechtsprechung zeigt, dass das tVerfG unter dem Verteidigungsrecht in erster Linie eine aktive Leistung des Beschuldigten im Dienste der materiellen Gerechtigkeit versteht und keine Passivität, wie sie vorliegt, wenn sich der Beschuldigte als Beweismittel dem Verfahren vorenthält.³⁸⁷ Als verfassungswidrig hat es daher die Verringerung der Anzahl von Verteidigern,³⁸⁸ die Einschränkung des Beweisantragsrechts³⁸⁹ oder die Einschränkung des Rechts auf Unterrichtung des Beschuldigten über den gegen ihn erhobenen Tatvorwurf durch Nichtzustellung der Anklageschrift angesehen.³⁹⁰ Dass die Verhaltensweisen des Beschuldigten der Wahrheitsfindung nicht dienlich und vom Verteidigungsrecht nicht umfasst sind, zeigt sich in einer weiteren Entscheidung des tVerfG noch deutlicher. Hiernach ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte auf die Ausübung des Verteidigungsrechts verzichtet, wenn er nach einer ordnungsgemäßen Ladung nicht in der Hauptverhandlung erscheint. Denn es sei ein rechtsstaatliches Erfordernis, dass durch das faktische Nichterscheinen die Fortsetzung des Verfahrens, dessen Beendigung und somit die Verwirklichung der Gerechtigkeit nicht verhindert wird, die gegebenenfalls durch die Bestrafung des Beschuldigten erfolgen würde.³⁹¹ Im Zusammenhang mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 36 Abs. 1 tVerf., der nach dem tVerfG im weiteren Sinn auch das Recht auf Verteidigung und ein faires Verfahren nach Art. 36 Abs. 1 umfasst,³⁹² stellte das tVerfG entsprechend dieser Linie fest, dass das Wichtigste im Strafverfahren darin besteht, die Möglichkeit der Wahrheitsfindung für die Gerichtsinstanzen nicht abzuschaffen.³⁹³

Analysiert man die Spruchpraxis des Kassationsgerichtshofs, so lässt sich nicht eindeutig feststellen, ob der KGH einem Beschuldigten überhaupt ein subjektives Grundrecht auf Verteidigung einräumt. Nach dem KGH dient nämlich das Recht

³⁸⁶ AYM Entsch. v. 14.07.1998 E. 1997/41 K. 1998/47, R.G. v. 24.03.1999 – 23649; in diese Richtung auch AYM Entsch. v. 20.03.2002 E. 2000/48 K. 2002/36, R.G. v. 01.06.2002 – 24772.

³⁸⁷ So auch im Ergebnis *Cihan*, IÜHF 50/1984, 142; a.A. *Oral*, Erman Armağan, S. 616.

³⁸⁸ AYM Entsch. v. 31.03.1992 E. 1991/18 K. 1992/20, R.G. v. 27.01.1993 – 21478.

³⁸⁹ AYM Entsch. v. 18.10.2005 E. 2003/7 K. 2005/71, R.G. v. 22.02.2006 – 26088.

³⁹⁰ AYM Entsch. v. 14.07.1998 E. 1997/41 K. 1998/47, R.G. v. 24.03.1999 – 23649.

³⁹¹ AYM Entsch. v. 28.02.2008 E. 2006/71 K. 2008/69, R.G. v. 16.04.2008 – 26849.

³⁹² So ausdrücklich vor der Einführung des Rechts auf ein faires Verfahren in 2001, siehe AYM Entsch. v. 27.02.1992 E. 1991/26 K. 1992/11, R.G. v. 23.11.1992 – 21414; AYM Entsch. v. 17.06.1997 E. 1996/62 K. 1997/57, R.G. v. 12.11.1997 – 23168; AYM Entsch. v. 14.07.1998 E. 1997/41 K. 1998/47, R.G. v. 24.03.1999 – 23649.

³⁹³ AYM Entsch. v. 30.06.2004 E. 2004/36 K. 2004/92, R.G. v. 17.11.2005 – 25996.

auf formelle Verteidigung im Grunde genommen öffentlichen Interessen. Der Verteidiger trage im Fall der Unschuld des Beschuldigten dazu bei, darzulegen, dass keine Verantwortung des Staates für die behauptete Begehung einer Straftat durch den Beschuldigten besteht. Letzterer sei zwar frei, sich zu verteidigen oder nicht. Der Verteidiger, der eine öffentliche Verteidigungsinstanz innehatte, müsse aber stets den Beschuldigten und somit den Staat verteidigen. Durch die Herbeiführung einer richtigen Entscheidung am Ende des Verfahrens, die schließlich durch die Würdigung der Anklage und der Verteidigung getroffen würde, schütze die Verteidigung den Staat, dessen Fundament Gerechtigkeit sei. Nach diesen allgemeinen Ausführungen weist der KGH darauf hin, dass das Recht auf Verteidigung aufgrund dieser Schutzrichtung weit ausgelegt werden muss und in der Tat mehrere Rechte enthält, darunter auch das Recht auf Schweigen und das auf Verweigerung der Mitwirkung an den Maßnahmen gegen sich selbst.³⁹⁴ Es bleibt allerdings ein Rätsel, wie sich die letztgenannten Rechte des Beschuldigten mit der Schutzrichtung des Rechts auf Verteidigung vereinbaren lassen, auf die der KGH abstellt. Eine Begründung für das Schweige- oder Mitwirkungsverweigerungsrecht enthält die Entscheidung des KGH mit lediglich einer Anmerkung, dass man das Recht auf Verteidigung weit verstehen solle, sicherlich nicht.

Der Anerkennung eines Rechts des Beschuldigten auf Selbstbelastungsfreiheit kommt der KGH jedoch in einer anderen Entscheidung sehr nah, in der er sich mit der Strafbarkeit der Nichtmitteilung einer Straftat durch einen Beamten gem. § 271 Abs. 1 StGB von 2004 befasst. Hiernach dürfe diese Vorschrift nicht dahingehend ausgelegt werden, als hätte der betreffende Beamte auch die Pflicht, sich selbst anzuzeigen. Dies unterfalle nämlich seinem Verteidigungsrecht.³⁹⁵ Ob der KGH dabei eine allgemeine und verfassungsrechtlich verankerte Selbstbelastungsfreiheit vor Augen hatte, blieb in der Entscheidung bedauerlicherweise unklar. Dennoch belegt sie, dass der KGH von einem Grundsatz ausgeht, der jedermann Schutz vor unmittelbarem rechtlichem Zwang zur Selbstanzeige durch Verhängung einer strafrechtlichen Sanktion bietet. In einer früheren Entscheidung erkannte der KGH dagegen ausdrücklich an, dass das Schweigerecht eines Beschuldigten, das durch Bestrafung von Folter und Misshandlungen nach §§ 243 und 245 tStGB von 1926 geschützt wurde, verfassungsrechtlich verankert ist.³⁹⁶ Allerdings unterließ er hier, abgesehen von einer Begründung, sogar die Nennung einer konkreten Verfassungsnorm.

Im Gegensatz zur verfassungsrechtlichen Begründung des Verbots des Selbstbelastungszwangs hat der KGH keinen Zweifel daran, dass der Beschuldigte einfachgesetzlich nach § 135 tStPO von 1929 (jetzt: § 148 tStPO von 2004) ein Recht

³⁹⁴ YCGK Urt. v. 07.10.2003 E. 2003/4-220 K. 2003/242, YKD 30/2004, 123 f.; siehe auch *Centel/Zafer*, S. 148.

³⁹⁵ YCGK Urt. v. 16.06.2009 E. 2008/4. MD-178 K. 2009/159 (kazanci).

³⁹⁶ YCGK Urt. v. 15.10.2002 E. 2002/8-191 K. 2002/362 (kazanci).

darauf hat, keine Angaben zur Sache zu machen und nicht gezwungen zu werden, sich zu verteidigen.³⁹⁷ Eine weitere bemerkenswerte Ausprägung der einfachgesetzlichen Aussagefreiheit des Beschuldigten stellt die gefestigte Rechtsprechung des KGH dar, dass das unkooperative Aussageverhalten eines Beschuldigten bei der Strafzumessung nicht zu seinem Nachteil berücksichtigt werden darf.³⁹⁸ Hinsichtlich der beweisrechtlichen Würdigung gilt dies allerdings nicht.³⁹⁹

bb) Unschuldsvermutung und Verbot des Selbstbelastungszwangs

(1) Schutzzinhalt im Überblick

Nach dem tVerfG erfordert die Unschuldsvermutung gem. Art. 38 Abs. 4 tVerf., dass jede Person, der die Begehung einer Straftat vorgeworfen wird, als unschuldig gilt, bis ihre Schuld in einem fairen Verfahren mit einem rechtskräftigen Urteil festgestellt wird.⁴⁰⁰ Bei der Bestimmung ihres Schutzbereichs weist das tVerfG darauf hin, dass dieses unveräußerliche Grundrecht historisch als Reaktion auf ein willkürliches Vorgehen der Strafrechtspflege, eine allgemeine Neigung, einen Beschuldigten zu bestrafen, sowie auf Schuldvermutungen und auf die hieraus resultierende Gefahr von Justizirrtümern zurückzuführen und erst in der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte vom 1789 verankert worden ist.⁴⁰¹ Seine Geltung solle nun zu einer gesunden Wahrheitsermittlung und -findung beitragen. Damit sei die Unschuldsvermutung sowohl ein objektives Verfassungsprinzip zur Verwirklichung der Gerechtigkeit als auch eine rechtliche Garantie für die Einzelnen.⁴⁰²

Konkret statuiert die Unschuldsvermutung nach dem tVerfG das grundlegende Prinzip des Beweisrechts, dass die Beweislast bei der Anklage liegt und ein Beschuldigter seine Unschuld nicht nachzuweisen braucht. Dadurch werde er vor willkürlichen und unwahren Beschuldigungen des Anklägers geschützt, die ihn sonst in ständige Angst und Unsicherheit versetzen würden.⁴⁰³ Somit komme sie einem Beschuldigten, der sich nicht verteidigt oder nicht verteidigen kann, als eine

³⁹⁷ YCGK Ur. v. 04.03.2003 E. 2003/7-1 K. 2003/17, YKD 29/2003, 780 f.

³⁹⁸ Hierzu siehe unten Kap. 4, III.C.2.

³⁹⁹ Hierzu siehe unten Kap. 4, III.C.2.e).

⁴⁰⁰ AYM Entsch. v. 06.03.2008 E. 2004/116 K. 2008/74, R.G. v. 01.07.2008 – 26923; AYM Entsch. v. 14.01.2010 E. 2007/68 K. 2010/2, R.G. v. 28.04.2010 – 27565; vgl. YCGK Ur. 20.06.2006 E. 2006/10-124 K. 2006/165 (kazanci).

⁴⁰¹ AYM Entsch. v. 29.01.1980 E. 1979/38 K. 1980/11, R.G. v. 15.05.1980 – 16989; siehe auch *Yıldırım*, ABD 5-6/1988, 685; *Gedik*, YD 30/2004, 297 f.

⁴⁰² AYM Entsch. v. 29.01.1980 E. 1979/38 K. 1980/11, R.G. v. 15.05.1980 – 16989.

⁴⁰³ AYM Entsch. v. 29.01.1980 E. 1979/38 K. 1980/11, R.G. v. 15.05.1980 – 16989; siehe auch AYM VerfKlg. v. 13.06.2013 Nr. 2012/665 § 26; siehe auch *Yüce*, TBBD 1/1988, 160; kritisch gegenüber dem Begriff der Beweislast der Anklage ist *Gedik*, YD 30/2004, 302, der darauf hinweist, dass das Gericht im Strafverfahren die Amtsermittlungspflicht hat.

spezielle Verteidigungsmethode zugute.⁴⁰⁴ Bringt er gegen die Beschuldigungen eine Verteidigung vor, so kann nach dem Kassationsgerichtshof von ihm nicht verlangt werden, diese zu beweisen.⁴⁰⁵ Unklar bleibt allerdings in dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung, ob sich damit das Verbot des Selbstbelastungszwangs nach Art. 38 Abs. 5 tVerfG begründen lässt oder die genannte Verteidigungsmöglichkeit eine faktische Folge der staatlichen Beweislast darstellt.⁴⁰⁶ Jedenfalls sei die Passivität des Angeklagten prozessrechtlich dahingehend geschützt, dass im Zweifelsfall keine nachteiligen Schlüsse gegen ihn gezogen werden dürfen und ein Zweifel zu seinen Gunsten wirkt. Es bleibt allerdings in der Entscheidung des tVerfG ungeklärt, was unter einem Zweifelsfall zu verstehen ist. Für den Verfassungsgeber von 1982 war dies der angemessene Zweifel an der Schuld des Beschuldigten, den die Anklage nicht widerlegen kann.⁴⁰⁷ Eine weit verstandene Unschuldsvermutung bereite nach dem tVerfG schließlich keine Probleme für die Wahrheitsfindung, denn das Gericht habe die Befugnis, alle Beweise entsprechend seiner freien inneren Überzeugung zu würdigen.⁴⁰⁸

(2) Der Zweifelsgrundsatz in der Spruchpraxis des KGH

Eine weitere Konkretisierung erfährt die Unschuldsvermutung hinsichtlich des Zweifelsgrundsatzes in der Spruchpraxis des Kassationsgerichtshofs, die dieser gänzlich unabhängig von der Rechtsprechung des tVerfG vornimmt. Nach seiner durchaus gefestigten Entscheidungspraxis fordert der Zweifelsgrundsatz, dass die Schuld des Beschuldigten zweifelsfrei und klar nachgewiesen wird. Beim Vorliegen eines Zweifels oder der Möglichkeit eines anderen Tatvorgangs, auch wenn nur theoretisch, sei der Nachweis nicht erbracht. Denn auch eine Verurteilung aufgrund einer hohen Wahrscheinlichkeit von Schuld verstoße gegen das Ziel des Strafverfahrens, nämlich die Ermittlung der Wahrheit.⁴⁰⁹

⁴⁰⁴ AYM Entsch. v. 29.01.1980 E. 1979/38 K. 1980/11, R.G. v. 15.05.1980 – 16989.

⁴⁰⁵ YCGK Ur. v. 19.04.1993 E. 1993/6-81 K. 1993/110 (kazancı).

⁴⁰⁶ In einer alten Entscheidung leiteten zwei Gegenvoten umgekehrt die Unschuldsvermutung und das Anklageprinzip, welche in der Verfassung von 1961 nicht ausdrücklich verankert waren, aus dem Verbot des Selbstbelastungszwangs nach Art. 33 Abs. 4 tVerfG 1961 ab, siehe AYM Entsch. v. 29.11.1963 E. 1963/298 K. 1963/283, R.G. v. 24.03.1964 – 11664.

⁴⁰⁷ Özer, S. 179.

⁴⁰⁸ AYM Entsch. v. 29.01.1980 E. 1979/38 K. 1980/11, R.G. v. 15.05.1980 – 16989; hierzu siehe auch *Gedik*, YD 30/2004, 297; *Dönmezer*, Kunter Armağanı, S. 69.

⁴⁰⁹ YCGK Ur. v. 14.12.2010 E. 2010/9-88 K. 2010/255 (kazancı); YCGK Ur. v. 30.11.2010 E. 2010/4-207 K. 2010/238 (kazancı); YCGK Ur. v. 09.11.2010 E. 2010/8-134 K. 2010/217 (kazancı); YCGK Ur. 02.02.2010 E. 2009/6-257 K. 2010/13 (kazancı); I. YCD Entsch. v. 28.05.2002 E. 2002/1007 K. 2002/2101 (kazancı); *İnceoğlu*, S. 3; kritisch gegenüber der geforderten Höhe der Wahrscheinlichkeit ist *Gedik*, YD 30/2004, 302, nach dem der Zweifel, den der Richter bei seiner Überzeugungsbildung zu überwinden hat, nicht jeder denkbare bzw. mögliche Zweifel, sondern der begründete und vernünftige ist.

Tatsächlich lässt der KGH seinen Worten Taten folgen – und zwar in beachtlichem Umfang. Der Zweifelsgrundsatz sei nicht nur bei der Annahme des Vorliegens einzelner objektiver Tatbestandsmerkmale heranzuziehen, sondern auch bei den subjektiven. Er sei insofern bei jeder Beweisentscheidung zu berücksichtigen, damit bei einer Verurteilung keine zweifelhaften und unaufgeklärten Tatsachen zugrunde gelegt werden.⁴¹⁰ Außerdem müsse die für den Beschuldigten günstigste Alternative angenommen werden, wenn sich der Zweifel nicht ausräumen lässt. In einer bemerkenswerten Weise wendet der KGH diese Rechtsprechung an, wenn der Beschuldigte eine Schutzbehauptung anbringt, sich insbesondere auf Notwehr oder einen Entschuldigungsgrund beruft. Da die Verteidigung des Beschuldigten nicht widerlegt werden könne und im Hinblick auf sein Geständnis das Prinzip der Unteilbarkeit gelte, müsse in einem solchen Fall die Wahrheit seiner Schutzbehauptung angenommen werden.⁴¹¹ Ungeklärt bleibt in seiner Rechtsprechung jedoch, wie sich solche Beweisregel bei der Beweiswürdigung im Strafverfahren ableiten lassen. Denn § 217 Abs. 1 Satz 2 tStPO schreibt die freie richterliche Beweiswürdigung unmissverständlich vor.

Ohne an dieser Stelle auf die Einzelheiten seiner Spruchpraxis einzugehen, ergibt ihre gründliche Analyse, dass der Kassationsgerichtshof unter Berufung auf den Zweifelsgrundsatz jede einzelne Beweiswürdigung des Tatgerichts infrage stellt.⁴¹² Dieses Vorgehen hat auf den konkreten Schutzzumfang des Verbots des Selbstbelastungszwangs nach Art. 38 Abs. 5 tVerfG unmittelbare Auswirkungen, insbesondere wenn es um die Frage der nachteiligen Verwertbarkeit eines Aussageverhaltens des Beschuldigten geht. Hierauf wird unten noch eingegangen.⁴¹³

⁴¹⁰ So deutlich YCGK Ur. v. 11.10.2011 E. 2011/1-175 K. 2011/210 (kazanci); weitere Nachweise bei *İnceoğlu*, S. 13 Fn. 46; so auch wohl die h.M. *Atlihan*, AÜEHFD 8/2004, 294; *Tozman*, EÜHFD 11/2007, 327 f.; *Ünver*, CHD 2006, 120.

⁴¹¹ Siehe etwa YCGK Ur. v. 11.10.2011 E. 2011/1-175 K. 2011/210 (kazanci); YCGK Ur. v. 09.11.2010 E. 2010/8-134 K. 2010/217 (kazanci); YCGK Ur. v. 23.03.1987 E. 1986/4-559 K. 1987/138 (kazanci); YCGK Ur. v. 06.02.1996 E. 1995/3-383 K. 1996/6 (kazanci); vgl. YCGK Ur. v. 16.02.2010 E. 2009/1-251 K. 2010/25 (kazanci), in dem der Große Strafsenat das Alibi des Beschuldigten bezüglich einer unberechtigten Provokation durch das Opfer aufgrund der Widersprüche in seinen Aussagen während der verschiedenen Phasen des Verfahrens und aufgrund der weiteren Beweise in den Akten als unglaubhaft betrachtete; zur Annahme der günstigen Alternative zwischen Totschlag und Mord siehe YCGK Ur. v. 16.02.2010 E. 2009/1-251 K. 2010/25 (kazanci); zur Anwendung des Zweifelsgrundsatzes auf den Fall Aussage gegen Aussage 6. YCD Entsch. v. 03.03.2011 E. 2007/15889 K. 2011/2142 (kazanci).

⁴¹² Siehe beispielhaft YCGK Ur. v. 16.02.2010 E. 2009/1-251 K. 2010/25 (kazanci), in dem der Große Strafsenat nach der Aktenlage zu dem Schluss gelangte, dass das Vorliegen der Anstiftung des Mittäters nicht zu bejahen sei, weil es immer noch zweifelhaft bleibe und somit nicht nachgewiesen sei; siehe auch YCGK Ur. v. 14.02.2012 E. 2011/10-212 K. 2012/42 (kazanci); YCGK Ur. v. 02.02.2010 E. 2009/6-257 K. 2010/13 (kazanci).

⁴¹³ Siehe unten Kap. 4, III.C.2; zur Rechtspraxis des KGH eingehend *Gedik*, YD 30/2004, 308 ff.

cc) Ergebnisse

Das Verbot des Selbstbelastungszwangs nach Art. 38 Abs. 5 tVerf. steht nach der oben dargestellten höchstrichterlichen Rechtsprechung in engem Zusammenhang mit dem Recht auf Verteidigung nach Art. 36 Abs. 1 tVerf. und der Unschuldsvermutung nach Art. 38 Abs. 4 tVerf. Dadurch ist allerdings keine Begründung für dieses Grundrecht erbracht. Die Rechtsprechung des Kassationsgerichtshofs enthält dennoch einige Ausprägungen der einfachgesetzlichen Aussagefreiheit. Die fehlende Begründung hat schließlich Auswirkungen zum einen auf die Auslegung dieses Grundrechts bei der Bestimmung seines Schutzzumfangs, nicht aber auf seine Geltung, die in Art. 38 Abs. 5 tVerf. positivrechtlich abgesichert ist; zum anderen führt sie dazu, dass dieses Grundrecht in der höchstrichterlichen Rechtsprechung wenig Beachtung und Anwendung findet.

Im Folgenden wird der Frage nachgegangen, ob der Literatur eine Begründung gelungen ist.

d) Literaturmeinungen

Zur Begründung des Verbots des Selbstbelastungszwangs in Art. 38 Abs. 5 tVerf. werden in der Literatur mehrere Argumente angeführt, die allerdings ihrerseits kaum verfassungsrechtlich fundiert sind (hierzu gleich ausführlich).⁴¹⁴ Außerdem sieht ein Teil der Literatur in Art. 38 Abs. 5 tVerf. die Verankerung des Nemo-tenetur-Grundsatzes⁴¹⁵ und legt ihn weitgehend im Licht des deutschen Rechts aus.⁴¹⁶ Um diesbezüglich eine Wiederholung zu vermeiden, wird im Folgenden darauf nicht eingegangen.

aa) Persönliche Autonomie

Nach *Cihan* ist das Recht eines Beschuldigten, bei der Vernehmung die Aussage zu verweigern, auf die Achtung seiner persönlichen Autonomie zurückzuführen, die sich aus seiner Würde ergibt.⁴¹⁷ Zwar sei die Würdegarantie in der Ver-

⁴¹⁴ Eine Mindermeinung leitet das Schweigerecht aus der Meinungsäußerungsfreiheit nach Art. 26 Abs. 1 tVerf. ab und vertritt dabei dieselbe Meinung, die bereits oben in Kap. 2, II.B.6.d) im Rahmen der EMRK aufgeführt worden ist. Daher wird nicht erneut darauf eingegangen, siehe *Kocaoğlu*, ABD 1/2011, 31 ff.; *Yıldırım*, ABD 5-6/1988, 690; *Sağlam*, SBF 30/1975, 112.

⁴¹⁵ *Aydın*, TBBD 91/2009, 151; *Erdem*, S. 265; vgl. *Ünver/Hakeri*, I. Band, S. 99, sie sehen auch das Verbot der Zwangsausübung zur Angehörigenbelastung nach Art. 38 Abs. 5 tVerf. als vom Nemo-tenetur-Grundsatz umfasst an.

⁴¹⁶ *Özbek* u.a., S. 71; *Ünver/Hakeri*, I. Band, S. 99 ff. (sowie die Rechtsprechung des EGMR); zur Auslegung des Schweigerechts im Licht der deutschen Rechtsdogmatik siehe etwa *Şahin*, S. 102 ff.; *Centel/Zafer*, S. 150.

⁴¹⁷ Das Schweigerecht allgemein auf die Menschenwürde zurückführend *Demirbaş*, S. 132; *Çınar*, YD 23/1997, 271; *Centel/Zafer*, S. 148.

fassung nicht ausdrücklich verankert. Sie lasse sich aber, abgesehen von dem Verbot der mit der Menschenwürde unvereinbaren Strafe nach Art. 14 Abs. 4 tVerf. 1961, jedenfalls aus dem Rechtsstaatsprinzip ableiten. Die Rechtsstellung eines Beschuldigten im Strafverfahren sei durch die Würdegarantie dahingehend geprägt, dass er passiver Beteiligter des Verfahrens sei, wobei dies nicht ausschließe, dass er auch Gegenstand des Verfahrens sei. Aus diesem Grund habe er etwa körperliche Eingriffe zu dulden. Die Zwangsanwendung sei in solchen Fällen ebenfalls zulässig. Die Verwertbarkeit der Aussagen des Beschuldigten hänge dagegen davon ab, dass bei ihrer Erlangung weder Zwang noch Täuschung angewandt worden ist.⁴¹⁸

Es erstaunt, dass *Cihan* bei seinen Ausführungen das Verbot des Selbstbelastungszwangs nicht erwähnt, das zu der Zeit, in der er seinen Aufsatz verfasste, in Art. 33 Abs. 4 tVerf. 1961 verankert war. Zudem bleibt unklar, wie er die persönliche Autonomie aus der Menschenwürde ableitet, die etwa in der Rechtsprechung des tVerfG, wie oben aufgeführt, nicht anerkannt war und ist.

bb) Willensfreiheit

Von einer Menschenwürdegarantie nach dem Rechtsstaatsprinzip i.V.m. dem Folter- und Misshandlungsverbot nach Art. 17 Abs. 3 tVerf. geht auch *Yüce* aus, der ebenfalls die Subjektstellung des Beschuldigten im Verfahren hierauf stützt. Dieser sei insofern nicht nur das Objekt des Verfahrens, sondern habe auch Befugnisse. Seine Willensfreiheit, die er aus der Menschenwürde ableitet, wäre verletzt, wenn Prügel, Folter, seelische Qual, Narckoanalyse, Hypnose, Lügendetektor oder Wahrheitsserum angewendet würden, um eine Aussage von ihm zu erlangen.⁴¹⁹ Das verfassungsrechtliche Verbot des Selbstbelastungszwangs nach Art. 38 Abs. 5 tVerf. bleibt auch bei ihm unerwähnt.

Im Gegensatz zu *Yüce* führt *Özgen* die Geltung der Willensfreiheit nicht auf die Menschenwürde zurück, sondern bezeichnet sie als allgemeines Rechtsprinzip. Danach setze die rechtliche Wirksamkeit einer Handlung des Beschuldigten dessen freien Willen voraus. Rechtliche Gültigkeit habe sie nicht, wenn sie entgegen seinem Willen unter physischem oder psychischem Druck aufgezwungen worden ist.⁴²⁰ Allerdings sieht auch *Özgen* keine Notwendigkeit, die vermeintliche Geltung eines solchen allgemeinen Rechtssatzes näher zu erörtern.

⁴¹⁸ *Cihan*, IÜHF 50/1984, 139 ff.

⁴¹⁹ *Yüce*, TBBD 1/1988, 158 ff.; Würdegarantie mit der Willensfreiheit gleichsetzend auch *Şahin*, S. 70; *Er*, S. 160 f.; *Koca*, AÜEHFD 5/2000, 126; vgl. *Aydın*, TBBD 91/2009, 159, der die Willensfreiheit als Schutzzweck des Schweigerechts aus der Rechtsprechung des EGMR entnimmt.

⁴²⁰ *Özgen*, TBBD 2/1988, 224.

Nach *Hafizoğulları* ist die Willensfreiheit auf das Schuldprinzip zurückzuführen. Setze die Schuld ein vom Willen getragenes Verhalten des Beschuldigten voraus, so liege es auf der Hand, dass auch seine Aussage freiwillig sein müsse. Eine unfreiwillige Aussage sei daher stets unzulässig. Auch eine nachträgliche Zustimmung behebe den Rechtsfehler nicht. Insofern sei das Verwertungsverbot in § 135a tStPO von 1929 eine Wiederholung.⁴²¹ Einer solchen Analogie kann nicht gefolgt werden, weil ein Beschuldigter durch Aussagen keine zweite Straftat begeht. Will *Hafizoğulları* dagegen vom Schuldprinzip ausgehend eine allgemeine Theorie der Willensfreiheit im gesamten Strafrecht begründen, so ist dies durch den Verweis auf eine „Selbstverständlichkeit“ nicht getan.

cc) Unschuldsvermutung

In der Literatur besteht, wie in der Rechtsprechung des tVerfG anerkannt,⁴²² Einigkeit darüber, dass die Unschuldsvermutung nach Art. 38 Abs. 4 tVerf. und das Verbot des Selbstbelastungszwangs nach Art. 38 Abs. 5 tVerf. eng miteinander verbunden sind.⁴²³ Umstritten ist allerdings die Frage, ob sich das Verbot des Selbstbelastungszwangs sowie das Schweigerecht durch die Unschuldsvermutung begründen lassen. Ein Teil der Literatur vertritt die Auffassung, dass das Schweigerecht die logische Folge des Grundsatzes sei, dass die Anklage die Beweislast trägt.⁴²⁴ Das Schweigerecht in Art. 38 Abs. 5 tVerf. sei insofern lediglich wegen seiner grundlegenden Bedeutung getrennt von der Unschuldsvermutung nach Art. 38 Abs. 4 tVerf. geregelt.⁴²⁵

Die Bedenken gegen den Umkehrschluss, dass ein Beschuldigter nicht verpflichtet sei, zu seiner eigenen Überführung beizutragen, weil die Anklage die Beweislast trägt oder er seine Unschuld nicht nachzuweisen braucht,⁴²⁶ sind bereits oben hinsichtlich des Art. 6 Abs. 2 EMRK erläutert worden.⁴²⁷ Diese Bedenken gelten auch hier entsprechend. In der Tat scheinen einige Autoren bei dieser Begründung teilweise nicht sicher zu sein, wenn sie in ihren folgenden Ausführungen etwa meinen,

⁴²¹ *Hafizoğulları*, AÜHFD 43/1993, 19.

⁴²² Siehe oben Kap. 4, II.B.1.c)bb).

⁴²³ *Oral*, Erman Armağanı, S. 616; *Cihan*, İÜHF 50/1984, 143 ff.; *İtişgen*, S. 5; *Dönmezer*, Erman Armağanı, S. 259.

⁴²⁴ *İnceoğlu*, S. 53 f.; *Üzülmez*, TBBD 58/2005, 59 f.; *Karakehya*, S. 160; *Tozman*, EÜHFD 11/2007, 328; *İtişgen*, S. 5; so auch im Ergebnis *Atlıhan*, AÜEHFD 8/2004, 295; *Eryılmaz*, S. 122.

⁴²⁵ *Karakehya*, S. 160; *Tozman*, EÜHFD 11/2007, 329.

⁴²⁶ So etwa ausdrücklich *Koca*, CHD 2006, 211; ähnlich auch *Atlıhan*, AÜEHFD 8/2004, 296; *Dönmezer*, Kunter Armağanı, S. 69.

⁴²⁷ Siehe oben Kap. 2, II.B.6.a)dd).

dass das Schweigerecht „eigentlich“ auf dem Grundsatz basiere, dass sich niemand selbst belasten und aktiv am Strafverfahren gegen sich selbst mitwirken muss.⁴²⁸

Die Unschuldsvermutung ist nach der zutreffenden Literaturmeinung mit dem Schweigerecht schließlich dadurch eng verbunden, dass das Schweigen des Beschuldigten nicht zu seinem Nachteil verwertet werden darf. Denn dadurch würde das Schweigerecht erheblich eingeschränkt und die Beweislast der Anklage ausgehebelt.⁴²⁹

dd) Ergebnisse

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass man in der Literatur zur Begründung des Rechts eines Beschuldigten auf die Selbstbelastungsfreiheit auf rechtliche Grundlagen zurückgreift, die jedoch ihrerseits nicht definiert werden. Außerdem findet zwischen verschiedenen Meinungen kein Diskurs statt, und die Beiträge nehmen kaum Notiz voneinander.

e) Verfassungsrechtliche Werteentscheidung

Schließlich ist in der Literatur teilweise umstritten, ob sich aus Art. 38 Abs. 5 tVerf. überhaupt ein subjektives Recht des Beschuldigten auf Selbstbelastungsfreiheit ableiten lässt oder ob diese Verfassungsnorm lediglich das Verbot von Zwangsmitteln vorsieht.

aa) Kein subjektives Recht auf Selbstbelastungsfreiheit

(1) Gölcüklü

Soweit ersichtlich, hat sich als erster *Gölcüklü* mit diesen Fragen befasst, wobei zur Zeit der Veröffentlichung seiner beiden Aufsätze noch die Verfassung von 1924 in Kraft war, die überhaupt keine Grundrechte enthielt. Dennoch ging er offenbar von einer gewissen Verbindlichkeit der Menschenwürde aus. Räume man dem Beschuldigten zur Achtung seiner Menschenwürde ein subjektives Recht ein, seine Verfehlungen gegenüber den Strafverfolgungsorganen geheimzuhalten, also im Strafverfahren gegen sich selbst nicht als Zeuge auftreten zu müssen, so kollidiere dies mit dem öffentlichen Interesse an der Gerechtigkeit, die die Erforschung der Wahrheit voraussetze. Die Frage sei nun, welches Interesse hier vorzuziehen ist, wobei *Gölcüklü* nicht ausdrücklich nennt, wie die Würde des Beschuldigten

⁴²⁸ *Karakehya*, S. 160 Fn. 201; *Tozman*, EÜHFD 11/2007, 329 Fn. 54; *Dönmezer*, *Ermən Armağani*, S. 259; ähnlich auch *Oral*, *Ermən Armağani*, S. 616.

⁴²⁹ *Inceoğlu*, S. 54; *Üzülmez*, *TBBĐ* 58/2005, 59 f.; *Karakehya*, S. 160; *Tozman*, EÜHFD 11/2007, 328; *İtişgen*, S. 6 f.

beim Vorgang der Wahrheitsfindung tangiert werden würde. Aus seinen folgenden Ausführungen lässt sich entnehmen, dass er hierbei wohl dessen Interesse am Selbstschutz gefährdet sieht. Dem Autor zufolge hat aber dieser Schutz ohne Frage der Wahrheitsfindung zu weichen. Ein Beschuldigter habe dementsprechend eine Pflicht, gegenüber den Strafverfolgungsorganen auszusagen.⁴³⁰

Gleichzeitig führt *Gölcüklü* an, dass das „moderne“ Strafverfahrensrecht kein Zwangsmittel dafür vorsieht, einen schweigenden Beschuldigten erfolgreich zum Reden zu bringen. „Das bedeutet aber nicht, dass etwas, das nicht verhindert werden kann, erlaubt werden muss.“ Der Begriff des Schweigerechts sei aus diesem Grund unzutreffend. Es sei insofern korrekter zu sagen, dass der Beschuldigte ein Recht darauf hat, wegen seines Schweigens nicht bestraft oder gefoltert zu werden.⁴³¹ Der Grund für einen solchen Schutz sei außerdem kein „schwammiger Begriff, wie menschliche Gefühle“, sondern die Suche nach der Wahrheit. Denn es bedürfe keiner Debatte darüber, wie schädlich erzwungene Geständnisse in diesem Zusammenhang seien.⁴³² Die Frage der unzulässigen Vernehmungsmethode sei abgesehen von dem Grundsatz einer sicheren Wahrheitsfindung des Weiteren aus dem Grund von Bedeutung, dass diese Methoden der Justiz unwürdig seien. „Moralische Überlegungen“, die auf einen besonderen Persönlichkeitsschutz des Beschuldigten Rücksicht nehmen, seien hier nicht einschlägig.⁴³³

Im Übrigen wäre die Annahme eines Schweigerechts der Realität nicht angemessen. Denn das Schweigen würde als Indiz dafür angesehen, dass der Beschuldigte etwas zu verbergen hat. Der Richter könne sogar entsprechend dem Grundsatz der freien richterlichen Überzeugungsbildung das Schweigen des Beschuldigten als ein implizites Geständnis verwerten. Bei dieser Rechtslage würde der Beschuldigte einwilligen, sich zur Sache einzulassen, wobei *Gölcüklü* selbst einräumt, dass die nachteilige Verwertung des Schweigens, wie es im englischen Recht etwa der Fall ist, gesetzlich unterbunden werden kann.⁴³⁴

(2) Stellungnahme

Soweit *Gölcüklü* eine verfassungsrechtliche Abwägung zwischen Menschenwürde und Mitwirkungspflicht vornimmt und sich im Ergebnis für letztere ausspricht, erfolgt dies unter Berücksichtigung des damaligen Verfassungsrechts, das noch keine Grundrechte kannte. Zu einer solchen Abwägungsentscheidung kommt

⁴³⁰ *Gölcüklü*, SBFD 9/1954, 142 ff.

⁴³¹ *Gölcüklü*, SBFD 9/1954, 145.

⁴³² *Gölcüklü*, SBFD 10/1955, 105; vgl. *Tosun/Gürelli*, IÜHFM 30/1964, 536 ff., nach denen das Schweigerecht und die prozessuale Befugnis, zu lügen, bezwecken, dass kein Zwang und keine Drohung gegen den unschuldigen Beschuldigten ausgeübt wird.

⁴³³ *Gölcüklü*, SBFD 10/1955, 110 ff.

⁴³⁴ *Gölcüklü*, SBFD 9/1954, 142 f.

es nach dem derzeitigen Verfassungsrecht nicht,⁴³⁵ solange man das Interesse des Beschuldigten an Selbstschutz von der Menschenwürdegarantie umfasst sehen will, wovon *Gölcüklü* wohl ausgeht. Seine Argumentation lässt sich außerdem nicht nachvollziehen, wenn er sich auf ein vermeintlich bestehendes „modernes Strafverfahrensrecht“ beruft, ohne dies im Einzelnen darzulegen. Erfassbare Gründe führt er erst dann an, wenn er das türkische Strafverfahrensrecht einer Gesamtbewertung unterzieht. Dieses habe sich zwischen dem liberalen und dem inquisitorischen Verfahrensmodell für einen vermittelnden Ansatz entschieden. Während das erste vollständige Rücksicht auf die Willens- und Gewissensfreiheit des Beschuldigten nehme, berücksichtige das zweite die Frage der Zwangsanwendung primär unter dem Aspekt einer sicheren Wahrheitsfindung und der grundsätzlichen Mitwirkungspflicht des Beschuldigten. An dieser Stelle verweist *Gölcüklü* auf die Pflicht eines Beschuldigten zum Erscheinen zur richterlichen Vernehmung nach § 132 tStPO von 1929 und seine Anwesenheitspflicht in der Hauptverhandlung nach §§ 224 ff. tStPO von 1929.⁴³⁶ Nicht nachvollziehbar ist es, dass er hier die Hinweispflicht des § 135 Abs. 1 Satz 2 tStPO von 1929 und das entsprechende Motiv des Gesetzgebers völlig außer Acht lässt. Denn diese widerlegen eindeutig, dass die tStPO von 1929 von keiner allgemeinen Mitwirkungspflicht für den Beschuldigten ausgeht.⁴³⁷ Weniger verständlich wird seine Argumentation schließlich, wenn er selbst in den folgenden Ausführungen seines Aufsatzes darauf aufmerksam macht, dass die tStPO von 1929 in § 135 davon ausgeht, dass der Beschuldigte die „Möglichkeit“ hat, die Aussage zu verweigern.⁴³⁸ Ob *Gölcüklü* dadurch die Aussageverweigerung als faktische Folge des Zwangsmittelverbotes und nicht als ein subjektives Recht des Beschuldigten versteht, lässt sich seinen Ausführungen nicht eindeutig entnehmen. Die erste Variante liegt nahe, wenn man sich vor Augen führt, dass der Richter nach *Gölcüklü* das Schweigen mit einem sogenannten impliziten Geständnis gleichsetzen kann.

bb) Einfachgesetzliches Recht

(1) Erem

Ein subjektives Recht auf Schweigen hat der Beschuldigte auch nach *Erem* nicht. Denn zum einen müsse jeder, einschließlich des Beschuldigten, der Justiz gegenüber aufrichtig sein.⁴³⁹ Zum anderen habe die Gesellschaft durchaus das Recht, von

⁴³⁵ Zur Unantastbarkeit der Menschenwürde siehe AYM Entsch. v. 04.02.2010 E. 2007/98 K. 2010/33, R.G. v. 18.05.2010 – 27585.

⁴³⁶ *Gölcüklü*, SBFD 10/1955, 106 ff.

⁴³⁷ Hierzu siehe oben Kap. 4, II.A.2.a)bb).

⁴³⁸ *Gölcüklü*, SBFD 10/1955, 111.

⁴³⁹ *Erem*, YD 18/1992, 299.

ihm eine Erklärung zu erwarten.⁴⁴⁰ Gleichwohl sehe das „moderne Strafverfahrensrecht“ nur ausnahmsweise eine erzwingbare Aussagepflicht vor.⁴⁴¹ Denn die Aussagepflicht des Beschuldigten widerspreche seinem Selbsterhaltungstrieb. Davon gehe auch § 135 Abs. 1 tStPO aus.⁴⁴² Eine Aberkennung des einfachgesetzlichen Schweigerechts nach § 135 Abs. 1 tStPO würde dagegen „das erreichte Niveau des modernen Strafverfahrensrechts nicht erlauben“.⁴⁴³ Insofern sei dieses Recht dahingehend zu verstehen, dass ein Beschuldigter wegen seines Schweigens nicht bestraft oder einem Zwangsmittel unterworfen werden dürfe,⁴⁴⁴ wobei die indirekte Zwanganwendung bei der Erhebung körperlicher Beweise am Beschuldigten zulässig sei.⁴⁴⁵ Da das Schweigen den Gebrauch eines Rechts darstelle, dürfe es bei der Beweiswürdigung oder Strafzumessung nicht zulasten des Beschuldigten berücksichtigt werden. Seine Lüge hingegen dürfe und solle prozessrechtlich geahndet werden.⁴⁴⁶

(2) Stellungnahme

Es erstaunt, dass *Erem* in seinem Aufsatz das verfassungsrechtliche Verbot des Selbstbelastungszwangs in Art. 38 Abs. 5 tVerf. nicht erwähnt. Ebenso wenig bezieht er sich auf eine verfassungsrechtliche Begründung, wenn er von einer Pflicht zur Aufrichtigkeit ausgeht und gleichzeitig den Selbsterhaltungstrieb eines Beschuldigten einfachgesetzlich anerkennen will. Wollte er das moderne Strafverfahrensrecht als übergeordnetes Rechtsprinzip bei der Begründung des Schweigerechts ansehen, so hätte er dessen Existenz belegen müssen.

cc) Verfassungsrechtliches Zwangsverbot

(1) Özgenç

Verfassungsrechtliche Argumente dafür, dass ein Beschuldigter kein Recht auf Aussage- und Mitwirkungsverweigerung hat,⁴⁴⁷ finden in der Literatur, soweit ersichtlich, erst bei *Özgenç* Beachtung, jedoch nur begrenzt. Im Kern seiner Argumentation liegt ein Gerechtigkeitsideal, das er mit einer allgemeinen Verhaltensnorm untermauert: Du sollst nicht lügen.

⁴⁴⁰ *Erem*, YD 18/1992, 296.

⁴⁴¹ Ebd.

⁴⁴² *Erem*, YD 18/1992, 297; so auch *Yüce*, TBBD 1/1988, 160.

⁴⁴³ *Erem*, YD 18/1992, 298.

⁴⁴⁴ *Erem*, YD 18/1992, 299.

⁴⁴⁵ *Erem*, YD 18/1992, 297.

⁴⁴⁶ *Erem*, YD 18/1992, 298; so auch *Yüce*, TBBD 1/1988, 161.

⁴⁴⁷ *Özgenç*, MÜHFD 19/1995, 139.

Nach *Özgenç* vervollständigt sich die Persönlichkeit eines Menschen durch Aufrichtigkeit und Gerechtigkeit. In diesem Zusammenhang bezwecke das Strafverfahren, die materielle Wahrheit zu ermitteln und zu einem gerechten Urteil zu gelangen. Die letztgenannte Funktion des Strafverfahrens stehe insofern mit den Persönlichkeitsinteressen des Beschuldigten im Einklang. Ihn treffe also eine Mitwirkungspflicht, damit diese Zweck des Strafverfahrens und seine Vervollständigung durch die Bestrafung erreicht werden.⁴⁴⁸ Solange es um sein Aussageverhalten geht, habe er infolge der Mitwirkungspflicht also eine Wahrheitspflicht. Diese gelte außerdem aus dem Grund, weil es sich um eine allgemeine Verhaltensnorm handle, die beispielweise im *Koran* in mehreren Versen vorgeschrieben sei.⁴⁴⁹ Insofern habe er eine Pflicht, seine Kenntnis von der Tat wahrheitsgemäß mitzuteilen. Dementsprechend sei er darauf hinzuweisen, dass er dieser Pflicht nachzukommen hat, damit das gerechte Urteil auf der Grundlage der dadurch ermittelten Wahrheit gefällt werden kann. Es sei daher kein rechtmäßiges Verhalten, wenn der Beschuldigte trotz seiner Kenntnis von der Tat vollständig schweigt oder die an ihn gerichteten Fragen wahrheitswidrig beantwortet.⁴⁵⁰

Ist somit die Aussage- und Wahrheitspflicht des Beschuldigten zu bejahen, so bedeutet dies nicht, dass die Anwendung von Zwang zur Nötigung zu einer Aussage oder seine Bestrafung wegen Schweigens oder Falschaussagen zulässig sei. Im Hinblick auf die Strafbarkeit des genannten Aussageverhaltens sei nämlich anzunehmen, dass er vorsatzlos handle und entschuldigt sei. Denn auf seine Willensfreiheit würden die im Fall einer Verurteilung zu erwartenden strafrechtlichen Konsequenzen einen gewissen Druck ausüben, und er sei „menschlichen Antrieben“ ausgesetzt, die ihn zur Vermeidung einer Verurteilung, „auch wenn gerecht“, zum Schweigen oder zu Falschaussagen verleiten würden.⁴⁵¹

Die Anwendung von Zwang zur Erlangung einer Aussage des Beschuldigten, so wie sie Art. 38 Abs. 5 tVerf. verbietet, sei aus dem Grund unzulässig; diese Methode mache die Persönlichkeit des Beschuldigten zunichte.⁴⁵² Er sei zwar durchaus Gegenstand des Verfahrens und die Anwendung von Zwang gegen seinen eigenen Willen zulässig, etwa bei einer Blutentnahme. Die Grenze verlaufe allerdings dort, wo er zu einem bloßen Verfahrensobjekt gemacht wird. Das liege vor, wenn Fähigkeiten, die für seine Persönlichkeit konstitutiv sind, zum Zweck der Wahr-

⁴⁴⁸ *Özgenç*, MÜHFD 19/1995, 134.

⁴⁴⁹ Ebd., 136 Fn. 29 (Suren Enam 152, Hacc 30, Ahzab 70, Furkan 72); kritisch hiergegen *Sokullu-Akinci*, *Annales* 48/1998, 260.

⁴⁵⁰ *Özgenç*, MÜHFD 19/1995, 139; kritisch gegenüber einer rechtlichen Wahrheitspflicht, die allerdings nicht erzwingbar ist und deren Verletzung nicht geahndet werden kann, *Unver*, CHD 2006, 151; vgl. *Şahinkaya*, S. 164, nach dem der Hinweis auf eine vermeintliche Wahrheitspflicht einen Zwang darstelle und gegen Art. 38 Abs. 5 tVerf. verstöße, der jede Art von Zwang verbiete.

⁴⁵¹ *Özgenç*, MÜHFD 19/1995, 140.

⁴⁵² *Özgenç*, MÜHFD 19/1995, 139.

heitsermittlung beeinträchtigt werden. Dabei handele es sich um seine Einsichts- und Willensfähigkeit. Die Anwendung von Folter führe beispielhaft dazu.⁴⁵³

(2) Stellungnahme

Es lässt sich somit konstatieren, dass *Özgençs* Auffassung über die Mitwirkungspflicht eines Beschuldigten ein ideales und gerechtes Strafrecht zugrunde liegt, dessen Bruch durch den Beschuldigten von einer ebenfalls nach Gerechtigkeit strebenden Strafrechtspflege mit einer gerechten Strafe geahndet wird. Dabei hat der Beschuldigte zu seinen Gunsten an seiner eigenen Überführung mitzuwirken. Es ist allerdings fragwürdig, ob das Strafrecht und das Strafprozessrecht diesen Idealen tatsächlich gerecht werden können oder einen solchen Anspruch überhaupt haben. Hinsichtlich des vermeintlich gerechten Strafrechts genügt die Erwähnung von politischen Straftaten, um zu belegen, dass dieses Ideal äußerst umstritten ist. Nichts anderes gilt für eine Strafrechtspflege, die nicht selten Beweise und gerade insbesondere Geständnisse von Beschuldigten unter Umständen durch Folter manipuliert hat, weiterhin unter dem Verdacht der Beweismanipulation steht und sich selbst nicht an das Recht hält.⁴⁵⁴

Soweit *Özgenç* die Bestrafung des Beschuldigten für die Vervollständigung seiner Persönlichkeit als erforderlich ansieht, geht er wohl vom Sühnedanken aus. Es ist allerdings fragwürdig, ob dem Beschuldigten eine Sühnepflicht auferlegt werden kann. Auch die Annahme der Geltung des allgemeinen Wahrheitsgebots im Strafverfahren, die er durch den *Koran* untermauern will, bleibt sehr pauschal und undifferenziert. Die Anforderungen von *Özgenç* an Sühne und Wahrheitsgebot übertreffen sogar die der klassischen islamischen Lehre, die im 11. Jahrhundert einem Beschuldigten im Fall einer *hadd*-Strafe die Entscheidung über die Straffreiheit u.a. gerade aufgrund der Freiwilligkeit einer Sühne überließ und ihm kein Gebot vorhielt, wie „Du sollst nicht lügen“.⁴⁵⁵

Schließlich kann *Özgençs* Ansicht über das Verbot des Selbstbelastungszwangs nach Art. 38 Abs. 5 tVerf. nicht gefolgt werden, wenn er die Reichweite der unzulässigen Zwangsanzwendung praktisch an das Kriterium anknüpft, ob der angewendete Zwang zur Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit des betroffenen Beschuldig-

⁴⁵³ *Özgenç*, MÜHFD 19/1995, 130 f.

⁴⁵⁴ Hierzu siehe oben Kap. 4, II.A.3 und VI.C.1.a)bb).

⁴⁵⁵ Hierzu siehe oben Kap. 4, II.A.1.b)cc)(2); vgl. *Toroslu*, Topçuoğlu Armağan, S. 55, der insofern unzutreffend davon ausgeht, dass die strikte Geltung des Gerechtigkeitsgrundsatzes durch die Bestrafung des Beschuldigten in der Rechtskultur des Landes auf das jahrelang hierzulande angewandte islamische Recht zurückzuführen ist; vgl. *Şeker*, İHY 7-8/1985-1986, 179, nach dem durch ein absolutes Gerechtigkeitsverständnis der Staat nicht zu einem „big brother“ gemacht werden soll. Hingegen solle man sich mit dem Gedanken zufriedengeben, dass einige Straftaten eben nur im Gewissen des Täters bestraft werden oder die Bestrafung Gott überlassen ist.

ten führt. Eine solche Analogie ist nicht überzeugend. Denn der beeinträchtigte Wille einer Person betrifft im Fall der Schuldunfähigkeit die Begehung einer Straftat, während dieser beim Verbot des Selbstbelastungszwangs die Entscheidung zum Gegenstand hat, ob er im Strafverfahren gegen sich mitwirken will. Will *Özgenç* dagegen mit dieser Analogie den Begriff der Willensfreiheit, den er nicht ausdrücklich anzunehmen scheint, konkretisieren, so muss er berücksichtigen, dass er dadurch die Erheblichkeitsschwelle zur Annahme einer so eng verstandenen Willensfreiheit enorm herabsetzt. Wohl aus diesem Grund nennt er lediglich Folter als unzulässige Vernehmungsmethode, die die Einsichts- und Willensfähigkeit des Beschuldigten beeinträchtigt.⁴⁵⁶

dd) Subjektives Recht auf Selbstbelastungsfreiheit

Für *Kunter/Yenisey/Nuhoğlu* bestehen keine Bedenken, dass die Willensfreiheit den Kern der Persönlichkeit des Beschuldigten bildet.⁴⁵⁷ Daher seien alle Vernehmungsmethoden unzulässig, die auf seine Willensfreiheit einwirken, darunter auch Narakoanalyse oder Hypnose. Denn eine solche Einwirkung spreche ihm das Menschsein ab. Allerdings unterstreichen die drei Autoren, dass dies nur bei der Überwindung der Willensfreiheit der Fall ist. Wäre es also technisch möglich, ohne Überwindung der Willensfreiheit des Beschuldigten sein Tatwissen zu erfassen, so wäre dies zulässig. Bei Erhebung einer Stimmprobe oder Bildaufnahme könne eindeutig nicht von einer Überwindung geredet werden.⁴⁵⁸ Eine Aussagepflicht des Beschuldigten sei außerdem nicht anzunehmen, weil dies ihre Erzwingung nach sich ziehe, was mit Folter enden könne.⁴⁵⁹ Darüber hinaus habe er keine Wahrheitspflicht, weil dies gegen seine menschliche Natur verstoße.⁴⁶⁰ Bei dieser Rechtslage habe er nach Art. 38 Abs. 5 tVerf. ein Schweigerecht.⁴⁶¹

Auch dieser Ansatz kann mit dem Argument des Absprechens des Menschseins nicht überzeugen. An dieser Stelle sei auf die oben aufgeführte Ansicht ver-

⁴⁵⁶ Kritisch gegenüber der Argumentation von *Özgenç*, der dabei die Zulässigkeit von einigen Zwangsmethoden impliziert, *Ünver*, CHD 2006, 151.

⁴⁵⁷ *Kunter/Yenisey/Nuhoğlu*, S. 447; für weitere Ansichten in der Literatur, die die Willensfreiheit als Schutzzweck des Art. 38 Abs. 5 tVerf. betrachten, siehe *Toroslu*, Topçuoğlu Armağanı, S. 58.

⁴⁵⁸ *Kunter/Yenisey/Nuhoğlu*, S. 446 f.

⁴⁵⁹ Ebd., S. 446; ebenso *Toroslu/Fezyioğlu*, S. 135; *Tosun*, S. 310.

⁴⁶⁰ *Kunter/Yenisey/Nuhoğlu*, S. 451; zustimmend *Yüce*, TBBD 1/1988, 160; ebenso *Şeker*, İHY 7–8/1985–1986, 179; so auch im Ergebnis *Toroslu/Fezyioğlu*, S. 136.

⁴⁶¹ *Kunter/Yenisey/Nuhoğlu*, S. 445; so auch wohl die h.M. *Yıldırım*, ABD 5-6/1988, 690; *Toroslu*, İHY 14/1992, 19; *Çınar*, YD 23/1997, 271; *İnceoğlu*, S. 94; *Genel*, AYD 15/2003, 48; *Şahin*, Ceza Muhakemesi, S. 159; *Öztürk* u.a., S. 243; *Özbek* u.a., S. 219; *Ünver/Hakeri*, I. Band, S. 26; *İtişgen*, S. 27; *Öztürk*, Beweisverbote, S. 85; *Hafizoğulları*, AÜHFD 43/1993, 19; *Yenisey*, CHD 4/2007, 42; *Şahinkaya*, S. 160 f.

wiesen.⁴⁶² Etwas überzeugender bringt *Şeker* das Verletzungsmoment zum Ausdruck, wenn er anführt, dass der Einsatz des Lügendetektors den Beschuldigten zu seiner eigenen Überführung instrumentalisiert, der dadurch sein Tatwissen unwillentlich preisgibt.⁴⁶³

f) *Zwischenergebnisse zur verfassungsrechtlichen Begründung*

Es spricht nichts dagegen, einen Rechtsgrundsatz aus dem Ausland in innerstaatliches Recht zu rezipieren. Nach einer Rezeption fangen dann aber die Probleme seiner Geltung in der neuen Rechtsordnung an.⁴⁶⁴ Dies trifft auch für den Nemo-tenetur-Grundsatz zu, der im türkischen Strafverfahrensrecht erst durch die tStPO von 1929⁴⁶⁵ und dann durch die tVerf. 1961 Einzug hielt.⁴⁶⁶ Die Probleme sind besonders augenfällig, wenn ein Grundsatz nicht auf den fruchtbaren Boden der Rechtswirklichkeit stößt⁴⁶⁷ und sich in der neuen einheimischen Rechtsdogmatik nicht integrieren kann. Die materielle Begründung der Geltung des Nemo-tenetur-Grundsatzes darf nicht mit einem Verweis auf eine positivrechtliche Norm abgetan werden. Daran ändert nichts, dass die Norm Verfassungsrang genießt. Diese ist erst dann erbracht, wenn sich der Nemo-tenetur-Grundsatz in die bestehende Wertordnung des türkischen Verfassungs- und Strafverfahrensrechts einfügen lässt und durch eine tatsächliche Rechtsanwendung realisiert wird. Das hat in der oben ausführlich dargelegten Rechtsprechung des tVerfG und des KGH nicht stattgefunden.

Der Nemo-tenetur-Grundsatz kann außerdem nicht durch eine ausländische Rechtsdogmatik begründet werden. Die Menschenwürde, die Subjektstellung des Beschuldigten, die Unschuldsvermutung und ähnliche Rechtsfiguren müssen zuerst im türkischen Recht selbst definiert und dann erst im Hinblick auf die Begründung des Nemo-tenetur-Grundsatzes auf ihre Leistungsfähigkeit überprüft werden. Diesem Auftrag der einheimischen Rechtsdogmatik sind die höchstrichterliche Rechtsprechung und die Literatur nur unzureichend nachgekommen. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang der Ansatz von *Özgenç*. Dies ist wohl die einzige Auseinandersetzung mit der Selbstbelastungsfreiheit, die sich im Wesentlichen einheimischer Gedanken bedient, auch wenn er dieses in erster Linie rezipierte Grundrecht im Ergebnis nicht überzeugend ablehnt. Vermissen lässt sich bei ihm die rechtshistorische Rückkoppelung seines Ansatzes auf das ebenfalls vom *Koran* geprägte osmanische Recht, das zwar als einen Grundwert auch eine moralische Wahr-

⁴⁶² Siehe oben Kap. 4, II.B.1.b)aa).

⁴⁶³ *Şeker*, İHY 7-8/1985-1986, 177; so auch im Ergebnis *Saatçioğlu*, YD 6/1980, 569.

⁴⁶⁴ Hierzu eingehend *Rumpf*, S. 25 ff.

⁴⁶⁵ Siehe oben Kap. 4, II.A.2.a)bb).

⁴⁶⁶ Siehe oben Kap. 4, II.A.2.b).

⁴⁶⁷ Vgl. *Kühne/Öztürk*, Das deutsche Recht als Exportgut, S. 40; siehe auch oben Kap. 3, II.A.2.

heitspflicht des Beschuldigten kennt, jedoch im Zuge einer differenzierten Betrachtung in manchen Fällen zu einer absoluten Selbstbelastungsfreiheit kommt.

Im Ergebnis lässt sich feststellen, dass die verfassungsrechtliche Begründung der Selbstbelastungsfreiheit fehlt, obwohl Art. 38 Abs. 5 tVerf. dieses Recht ausdrücklich vorsieht.

2. Menschenrechtliche Konventionen

Weitere positivrechtliche Grundlagen des Verbots des Selbstbelastungszwangs sind Art. 14 Abs. 3 lit. g des UN-Zivilpakts⁴⁶⁸ und Art. 6 Abs. 1 EMRK.⁴⁶⁹ Diese gelten nach Art. 90 Abs. 5 Satz 1 tVerf. als Gesetz und haben als menschenrechtliche Bestimmungen von völkerrechtlichen Verträgen nach Art. 90 Abs. 5 Satz 3 tVerf. vor einfachen Gesetzen Vorrang, wenn sie mit letzteren kollidieren. Den menschenrechtlichen Charakter des Verbots des Selbstbelastungszwangs nach Art. 38 Abs. 5 tVerf. hob bereits der Verfassungsgeber von 1961 bei der Einführung dieses Grundsatzes ins türkische Recht hervor.⁴⁷⁰ Das tVerfG geht einen Schritt weiter und erklärt ihn für einen universellen Grundsatz.⁴⁷¹ Einen Beleg dafür lieferte es allerdings nicht.

Bereits bei einem einfachen Vergleich des Art. 38 Abs. 5 tVerf. mit dem Art. 14 Abs. 3 lit. g des Zivilpakts ergibt sich, dass der erstgenannte umfassender ist. Denn er verbietet nicht nur wie Art. 14 Abs. 3 lit. g die Anwendung von Zwang, um jemanden zu einer selbstbelastenden Aussage zu veranlassen, sondern auch den Zwang zur Vorlage eines Beweises. In der Literatur fordert daher eine Mindermeinung, dass Art. 38 Abs. 5 tVerf. durch eine Verfassungsänderung in dieser Hinsicht an Art. 14 Abs. 3 lit. g des Zivilpakts angeglichen wird. Denn dieses Grundrecht verbiete in der bereits geltenden Fassung die Erhebung einer körperlichen Probe am Beschuldigten, die aber nach § 75 tStPO von 2004 zulässig ist.⁴⁷² Bemerkenswerterweise bleibt auch bei den anderen Autoren, die von der Verfassungswidrigkeit dieser Vorschrift ausgehen, eine Auslegung des Begriffs „Vorlegen eines Beweises“ aus. Darauf wird unten bei der Bestimmung des Schutzzumfangs des Verbots des Selbstbelastungszwangs eingegangen.⁴⁷³

⁴⁶⁸ Unterschrieben am 15.08.2000 und ratifiziert durch das Gesetz Nr.4868 in R.G. v. 18.06.2003 – 25142.

⁴⁶⁹ Ratifizierungsgesetz v. 10.03.1954 Ges. Nr. 6366, R.G. v. 19.03.1954 – 8662.

⁴⁷⁰ Siehe oben Kap. 4, II.A.2.b); auf den Charakter des Menschenrechts hinweisend auch *Şeker*, İHY 7-8/1985-1986, 177; siehe auch *Öztürk* u.a., S. 118; *Özbek* u.a., S. 174; *Tosun*, S. 310.

⁴⁷¹ AYM Entsch. v. 30.06.2011. E. 2010/52 K. 2011/113, R.G. v. 15.10.2011 – 28085; die Universalität des Schweigerechts behauptend auch *Yurtcan*, S. 153.

⁴⁷² *İtişgen*, S. 52 f.

⁴⁷³ Siehe unten Kap. 4, II.C.

Im Ergebnis lässt sich konstatieren, dass die menschenrechtliche Verankerung der Selbstbelastungsfreiheit keinen Einfluss auf den Schutzzumfang dieses Rechts hat. Ihre Ausformungen sind in einer konkreten Weise dagegen aus der tStPO zu entnehmen.

3. Systematik der tStPO

Die entsprechenden Vorschriften regeln zum einen die Rechtsstellung eines Beschuldigten bei der Erhebung eines Sachbeweises, bei der sich eine gewisse Mitwirkungsfreiheit annehmen lässt (a)). Eine entsprechende Annahme fehlt dagegen in der höchstrichterlichen Rechtsprechung (b)). Zum anderen ist seine Rechtsstellung von den Vorschriften geprägt, die die Grenzen seiner Heranziehung als Aussageperson bestimmen (c)).

a) Mitwirkungslehre in der tStPO von 2004

Der tStPO von 2004 liegt das Leitbild des reformierten Inquisitionsverfahrens zugrunde, in dem der Beschuldigte kein Verfahrensobjekt ist, sondern ein Beteiligter, der bestimmte Rechte und Pflichten hat.⁴⁷⁴ Nach einem Teil der Literatur zeichnet sich diese Haltung der tStPO dadurch aus, dass ein Beschuldigter nicht verpflichtet ist, an seiner Überführung aktiv mitzuwirken.⁴⁷⁵ Die sogenannte Mitwirkungslehre besage außerdem, dass ihn bei der Durchführung strafprozessualer Maßnahmen und Entscheidungen eine „Unterwerfungspflicht“⁴⁷⁶ treffe, solange diese keine aktive Mitwirkung benötigen bzw. ohne eine solche umsetzbar sind. Komme er dieser Pflicht nicht nach, so dürfe er dazu gezwungen werden.⁴⁷⁷ Die Mitwirkungslehre in der Literatur ist offensichtlich aus dem deutschen Recht entliehen. Im Übrigen wird sie meist mit allgemeinen Bemerkungen zum Ausdruck gebracht und nicht durch die konkreten Bestimmungen der tStPO belegt.

In der Tat ist diese Frage auch in der tStPO von 2004 nicht eindeutig geregelt. § 124 Abs. 1 sieht nämlich vor, dass jede Person verpflichtet ist, auf Verlangen die sicherzustellenden oder zu beschlagnahmenden Sachbeweise vorzulegen und zu übergeben.⁴⁷⁸ § 124 Abs. 2 Satz 2 tStPO von 2004 verbietet allerdings, dass gegen den Beschuldigten, Angeklagten sowie Zeugnisverweigerungsrechtberechtigten im

⁴⁷⁴ Bericht des Rechtsausschusses, *Şahin, Gazi Şerhi*, S. 74; *Toroslu/Feyzioğlu*, S. 124; *Öztürk*, ZStW 104/1992, 225.

⁴⁷⁵ *Demirbaş*, S. 122 f.; *ders.*, Erman Armağan, S. 191; *Ertuğrul*, GÜHFD 12/2008, 693 ff.; kritisch gegenüber dem Kriterium der Passivität und Aktivität *Ünver/Hakeri*, I. Band, S. 99.

⁴⁷⁶ *Centel/Zafer*, S. 140; *Yurtcan*, S. 166; *Öztürk* u.a., S. 245.

⁴⁷⁷ Vgl. *Centel/Zafer*, S. 150; *Toroslu/Feyzioğlu*, S. 127; *Şahin*, Ceza Muhakemesi, S. 164; *Ertuğrul*, GÜHFD 12/2008, 693.

⁴⁷⁸ Siehe den Auszug im Anhang: Gesetzestexte.

Fall der Weigerung die Ordnungshaft nach § 60 tStPO von 2004 angeordnet wird. Eine solche Ausnahme war bei den vorbereitenden Arbeiten im Regierungsentwurf anfangs nicht enthalten.⁴⁷⁹ Erst der Rechtsausschuss fügte sie hinzu,⁴⁸⁰ wobei er dafür keine Begründung lieferte. Einfachgesetzlich fehlt es somit an Klarheit darüber, ob der Beschuldigte nach § 124 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 2 tStPO von 2004 nicht nur nicht gezwungen werden darf, Sachbeweise zu liefern, sondern ob er auch keine Herausgabepflicht hat. Wohl aus diesem Grund vertritt man in der Literatur teilweise die Auffassung, dass eine solche Pflicht gegeben sei.⁴⁸¹

Die Unklarheit im Hinblick auf die Geltung der Mitwirkungslehre bei der Erhebung von Sachbeweisen setzt sich in der tStPO außerdem bei der körperlichen Untersuchung des Beschuldigten zu Beweis Zwecken fort. Wie bereits oben erwähnt, verwies der Rechtsausschuss lediglich darauf, dass die tStPO von 2004 durch die Zulässigkeit einer körperlichen Untersuchung des Beschuldigten zur Entnahme einer Blutprobe nach § 75 Abs. 1 in der Linie des deutschen Rechts stehe.⁴⁸² Gemeint ist offenkundig, dass der Beschuldigte, so wie es in Deutschland verstanden wird,⁴⁸³ bei der körperlichen Untersuchung keine aktive Mitwirkungspflicht hat und ihm dabei nur eine Duldungspflicht obliegt. Kommt er dieser nicht nach, so trifft der Staatsanwalt nach § 18 Abs. 1 der Verordnung über körperliche Untersuchung, genetische Analyse und Feststellung der physischen Identität „erforderliche Maßnahmen“, um die Beweiserhebung gegen den Willen des Beschuldigten durchzuführen.⁴⁸⁴

Bei näherem Hinsehen ergibt sich allerdings, dass die tStPO von 2004 eine so verstandene Mitwirkungslehre nicht vollständig einhält. § 81 Abs. 1 sieht nämlich vor, dass zum Zweck der physischen Identifizierung eines Beschuldigten eine Stimmprobe erhoben werden kann.⁴⁸⁵ Da diese eine aktive Mitwirkung erfordert, darf der Beschuldigte sie verweigern, wenn man die Mitwirkungslehre konsequent, wie sie in ihrem Herkunftsland angenommen wird,⁴⁸⁶ umsetzen will. Vorzugswürdiger wäre es daher bei den vorbereitenden Arbeiten der tStPO von 2004 gewesen, die Frage der Beweismittelfunktion eines Beschuldigten als Augenscheinsobjekt verfassungsrechtlich zu klären.⁴⁸⁷

⁴⁷⁹ 92 tStPO des Regierungsentwurfs, Protokollzeitschrift 22. Periode 66. Band, S. 207.

⁴⁸⁰ 124 tStPO des Entwurfs des Rechtsausschusses, Protokollzeitschrift 22. Periode 66. Band, S. 294.

⁴⁸¹ *Toroslu/Feyzioğlu*, S. 127; *Yurtcan*, S. 166; eher unklar *Kunter/Yenisey/Nuhoğlu*, S. 433.

⁴⁸² Begründung des § 78 tStPO des Entwurfs, Protokollzeitschrift 22. Periode 66. Band, S. 39.

⁴⁸³ Hierzu siehe oben Kap. 3, II.B.5.a).

⁴⁸⁴ Zur Verordnung, R. G. v. 01.06.2005 – 25832; außerdem <http://www.cigm.adalet.gov.tr/yonetmelikler/yonetmelikmetinleri/genetik.pdf> [Stand: 29.03.2014].

⁴⁸⁵ Siehe den Auszug im Anhang: Gesetzestexte.

⁴⁸⁶ Vgl. oben Kap. 3, II.B.5.a)aa).

⁴⁸⁷ Hierzu siehe unten Kap. 4, II.C.1.b).

Konsequenter bei der Einhaltung der Mitwirkungslehre ist die tStPO von 2004 im Hinblick auf die Beteiligung des Beschuldigten bei einer Tatortbesichtigung gem. § 85.⁴⁸⁸ Denn zu ihrer Durchführung sind die Ermittlungsorgane nach § 85 Abs. 1 tStPO von 2004 erst dann befugt, wenn sich der Beschuldigte bereits zur Sache eingelassen hat. Hat er dagegen von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch gemacht, so kann seine Teilnahme an der Tatortbesichtigung nicht verlangt werden.⁴⁸⁹

b) Mitwirkungslehre in der höchstrichterlichen Rechtsprechung

In der höchstrichterlichen Rechtsprechung findet die Mitwirkungslehre kaum Anklang. Nur in einer einzigen Entscheidung berücksichtigte der Kassationsgerichtshof die Kriterien „Passivität“ und „Aktivität“. Hiernach sei die Anwesenheit eines gesetzlichen Pflichtverteidigers im Gegensatz zur polizeilichen Vernehmung nach § 150 Abs. 3 tStPO bei einer polizeilichen Gegenüberstellung nicht erforderlich, weil der Beschuldigte hieran passiv teilnehme und dabei keine Aussage mache. Sobald allerdings die Gegenüberstellung unmittelbar mit dem Opfer oder den Zeugen durchgeführt wird und der Beschuldigte dabei unter Umständen Angaben machen wird, sei die Anwesenheit eines solchen Pflichtverteidigers erforderlich, denn er nehme nun aktiv an einer Ermittlungsmaßnahme teil.⁴⁹⁰

c) Beschuldigter als Aussageperson

aa) Aussagefreiheit

Nach der h.M. in Rechtsprechung und Literatur ergeben sich aus dem Ablauf einer Vernehmung des Beschuldigten gem. der tStPO einige Grundsätze im Hinblick auf seine Beweismittelfunktion als Aussageperson. So hat nach dem Kassationsgerichtshof die richterliche Vernehmung eines Beschuldigten in der Hauptverhandlung drei Zwecke. Sie diene der Wahrheitsfindung, der Verteidigung des Beschuldigten sowie der Strafzumessung.⁴⁹¹ Zwar wiege das öffentliche Interesse an der Durchführung einer Vernehmung relativ schwer, weil der Beschuldigte dabei ein Geständnis ablegen könne;⁴⁹² die Vernehmung sei allerdings keine Beweiserhebungsmethode, sondern vielmehr ein Verteidigungsmittel für den Beschuldigten.⁴⁹³

⁴⁸⁸ Siehe den Auszug im Anhang: Gesetzestexte.

⁴⁸⁹ Begründung des Änderungsgesetzes Nr. 5353, Şahin, Gazi Şerhi, S. 263.

⁴⁹⁰ YCGK Urt. v. 15.04.2008 E. 2008/6-70 K. 2008/84, YKD 34/2008, 2252 f.

⁴⁹¹ YCGK Urt. v. 21.04.1998 E. 1998/6-48 K. 1998/135 (kazancı).

⁴⁹² YCGK Urt. v. 26.03.1996 E. 1995/6-163 K. 1996/66 (kazancı); YCGK Urt. v. 21.04.1998 E. 1998/6-48 K. 1998/135 (kazancı).

⁴⁹³ YCGK Urt. v. 10.12.1990 E. 1990/6-257 K. 1990/335 (kazancı) = YKD 17/1991, 420 f.; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, S. 447; Toroslu/Feyzioğlu, S. 135 f.; Yurtcan, S. 154.

Mit den Worten des tVerfG ist sie in erster Linie ein Ersuchen an den Beschuldigten um sein Tatwissen und keineswegs ein Mittel, ein Geständnis von ihm zu erlangen, wobei ihre Ergebnisse für die Beweissammlung und -würdigung von Bedeutung seien.⁴⁹⁴ Der Beschuldigte hat entsprechend diesen Grundsätzen sowie laut § 135 tStPO von 1929 (jetzt: § 148 tStPO von 2004) ein Recht darauf, keine Angaben zur Sache zu machen und kann nicht gezwungen zu werden, sich zu verteidigen.⁴⁹⁵ Nach dem KGH kann von ihm nicht erwartet werden, dass er sich im Widerspruch zu seiner Verteidigung selbst belastet, zumal er nach § 135 tStPO von 1929 (jetzt § 147 Abs. 1 lit. e tStPO von 2004) das Recht auf Schweigen habe.⁴⁹⁶

Analysiert man die tStPO von 2004 nach der Reichweite der einfachgesetzlich verankerten Aussagefreiheit weiter, so ergibt sich, dass auf den Beschuldigten nach § 139 Abs. 1 tStPO von 2004 ein verdeckter Ermittler angesetzt werden kann, der unter einer Legende agiert und nach Abs. 4 der Vorschrift befugt ist, Beweise zur Überführung des Beschuldigten zu sammeln.⁴⁹⁷ Der Spruchpraxis des KGH lässt sich entnehmen, dass darunter auch dessen verdeckte Befragung fällt.⁴⁹⁸ Die Frage, ob und inwiefern dies mit den unzulässigen Vernehmungsmethoden des § 148 Abs. 1 tStPO von 2004, insbesondere dem Täuschungsverbot, vereinbar ist, findet in der Rechtsprechung und Literatur kaum Beachtung.⁴⁹⁹

Schließlich ist das Tatwissen eines Beschuldigten bei der Abhörung und Aufzeichnung seiner Telekommunikation nach § 135 Abs. 1 und bei der Aufzeichnung seines öffentlich gesprochenen Wortes durch technische Observationsmittel nach § 140 Abs. 1 tStPO von 2004 Gegenstand einer Beweiserhebung.⁵⁰⁰ Allerdings macht § 135 Abs. 2 tStPO von 2004 von der Aufzeichnungsbefugnis eine Ausnahme, wenn ein Beschuldigter mit den Personen fernmündlich kommuniziert, die ein Recht auf Zeugnisverweigerung haben. Eine Begründung dafür lässt sich in dem Bericht des Rechtsausschusses nicht feststellen.⁵⁰¹ Ebenso wenig hat der Gesetzgeber dargelegt, warum ein solches Beweiserhebungsverbot beim Lauschangriff nach § 140 tStPO von 2004 nicht gilt. Denn ginge er grundsätzlich davon aus, dass

⁴⁹⁴ AMY Entsch. v. 30.04.1998 E. 1997/57 K. 1998/11, R.G. v. 23.03.1999 – 23648.

⁴⁹⁵ YCGK Ur. v. 04.03.2003 E. 2003/7-1 K. 2003/17, YKD 29/2003, 780 f.; *Yıldırım*, ABD 5-6/1988, 687.

⁴⁹⁶ YCGK Ur. v. 19.04.1993 E. 1993/6-81 K. 1993/110 (kazancı).

⁴⁹⁷ Hierzu siehe auch Bericht des Rechtsausschusses, *Şahin*, Gazi Şerhi, S. 389.

⁴⁹⁸ YCGK Ur. v. 19.02.2013 E. 2011/5-137 K. 2013/58 (kazancı).

⁴⁹⁹ Hierzu mehr siehe unten Kap. 4, IV.

⁵⁰⁰ Hierzu siehe Begründung des 107 tStPO des Regierungsentwurfs, Protokollzeit-schrift 22. Periode 66. Band, S. 50; siehe die Auszüge im Anhang: Gesetzestexte.

⁵⁰¹ Bericht des Rechtsausschusses, *Şahin*, Gazi Şerhi, S. 377 f.; zu einer einschränkenden Auslegung dahingehend, dass die verdächtigten Zeugen nicht darunter fallen, siehe YCGK Ur. v. 19.02.2013 E. 2011/5-137 K. 2013/58 (kazancı); 1. YCD Entsch. v. 13.10.2009 E. 2009/1721 K. 2009/5855 (kazancı); siehe außerdem *Ünver/Hakeri*, I. Band, S. 289.

das verfassungsrechtliche Verbot nach Art. 38 Abs. 5 tVerf., jemanden dazu zu zwingen, seine im Gesetz bestimmten Angehörigen zu belasten, nicht durch eine verdeckte Beweiserhebung zu umgehen ist, so müsste diese Überlegung konsequenterweise auch im Hinblick auf den genannten Lauschangriff gelten.

bb) Formelle Voraussetzungen

Die tStPO von 2004 knüpft das Schweigerecht nach § 147 Abs. 1 lit. e daran, dass die befragte Aussageperson beschuldigt ist und einer Vernehmung unterzogen wird.⁵⁰² Abgesehen vom Beschuldigten räumt § 48 tStPO von 2004 dem Zeugen ein Aussageverweigerungsrecht ein, wenn bei der Aussage für ihn die Gefahr besteht, sich selbst zu belasten. Weitere Aussagepersonen sind zwar in der tStPO nicht ausdrücklich anerkannt. Die Gesetzesbegründung geht allerdings davon aus, dass die Polizei eine formlose Befragung von Auskunftspersonen, die keine Beschuldigten sind, durchführen kann, bei der sie etwa im Gegensatz zu § 59 Abs. 1 tStPO von 2004 die Person über den Gegenstand der Vernehmung entsprechend einem für die Aufklärung erforderlichen kriminalistischen Vorgehen nicht belehren muss.⁵⁰³ Die formlose Befragung der unbenannten Auskunftsperson durch die Polizei unterscheidet sich nach der h.M. in der Rechtsprechung und Literatur außerdem von einer Zeugenvernehmung, weil die Polizei in der tStPO von 2004 keine Befugnis habe, eine solche Vernehmung durchzuführen (vgl. § 43 Abs. 5 tStPO von 2004). Dafür seien im Ermittlungsverfahren nur der Richter oder der Staatsanwalt zuständig.⁵⁰⁴ Diese Ansicht unterliegt offenkundig einem Irrtum. Denn die fehlende Befugnis der Polizei, eine Aussageperson insbesondere zu vereidigen (§ 54 tStPO von 2004), vermag nicht per se im Strafverfahren eine dritte Auskunftsperson zu begründen, deren Befragung an den gesetzlichen Vorschriften vorbei erfolgen wird.

Ein Recht auf Aussageverweigerung im Fall einer Selbstbelastung muss allerdings dieser „unbenannten“ Auskunftsperson gemäß Verfassung eingeräumt werden, weil Art. 38 Abs. 5 tVerf. das Verbot des Selbstbelastungszwangs für jedermann verankert.⁵⁰⁵ Eine Pflicht zu ihrer Belehrung darüber lässt sich dagegen in Anbetracht der genannten Zielsetzung des Gesetzgebers aus der tStPO nicht ableiten. In Rechtsprechung und Literatur nimmt man an, dass die unbenannte Auskunftsperson im Gegenzug dazu, dass sie die Zeugenprivilegien der tStPO von 2004 nicht genießen kann, auch nicht die Zeugenpflichten der tStPO von 2004 hat – etwa zum Erscheinen (mit der Folge der zwangsweisen Vorführung im Fall ihres Fernbleibens) nach § 44, Eidespflicht nach § 54 oder der Gefahr einer Ordnungshaft

⁵⁰² Zu diesen Begriffen siehe unten Kap. 4, V.A.2.b).

⁵⁰³ Begründung des § 59 des Entwurfs, *Şahin*, Gazi Şerhi, S. 205.

⁵⁰⁴ 4. YCD Entsch. v. 24.06.2009 E. 2009/16212 K. 2009/12656 (kazancı); *Şahin*, Gazi Şerhi, S. 206.

⁵⁰⁵ Hierzu siehe unten Kap. 4, II.C.1.a).

nach § 60 Abs. 1 ausgesetzt ist.⁵⁰⁶ Dementsprechend kann sie etwa wegen Falsch-
aussage nach § 272 tStGB nicht belangt werden.⁵⁰⁷ Will die Polizei eine förmliche
Zeugenvernehmung unter Anwendung dieser Zwangsmaßnahmen durchführen, so
kann sie sie im Ermittlungsverfahren durch den Staatsanwalt veranlassen (vgl. § 54
Abs. 2 tStPO von 2004). Im Gegensatz dazu ist der Beschuldigte verpflichtet, zu
einer polizeilichen Vernehmung zu erscheinen. (vgl. § 145 tStPO von 2004 sowie
§ 15 Polizeigesetz⁵⁰⁸). Dies wird mit der Mitwirkungslehre als vereinbar angese-
hen, weil er durch das Erscheinen doch weiterhin passiv bleibe und allein dadurch
keine aktive Mitwirkung zu seiner eigenen Überführung leiste.⁵⁰⁹

Für die Bestimmung der Reichweite der Aussagefreiheit nach § 147 Abs. 1 lit. e
tStPO von 2004 ist es von Bedeutung zu konstatieren, welcher Status einer Aus-
sageperson nach dem oben Gesagten zukommt. Eine Definition des Beschuldigten
hat die tStPO von 2004 selbst in § 2 Abs. 1 lit. a vorgesehen, wonach der Beschul-
digte die Person ist, die im Ermittlungsverfahren unter Tatverdacht steht. Eine
strikte Trennung des Beschuldigten von dem Zeugen scheint allerdings der tStPO
von 2004 nicht gelungen zu sein, da § 50 Abs. 1 lit. c davon ausgeht, dass eine
Aussageperson gleichzeitig ein – wenn auch unter einem Verbot der Vereidigung –
anzuhörender Zeuge und Beschuldigter sein kann, sofern er in derselben Sache der
Teilnahme, Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei bezichtigt wird. Die nicht
geglückte Formulierung dieser Vorschrift ist wohl zum einen darauf zurückzuführen,
dass die tStPO von 2004 in § 2 Abs. 1 lit. a den Beschuldigtenstatus unmittel-
bar an einen Tatverdacht knüpft und somit eine denkbare Vorstufe des Beschul-
digtenstatus außer Acht lässt. Zum anderen übersieht diese Vorschrift, dass die
Verwendung des Wortes „*süpheli*“ bei der Definition des Beschuldigten auch se-
mantisch für Verwirrung sorgt, weil dieses Wort eher einen Zustand, also ein *Ver-
dächtigen*, beschreibt als ein Vorgehen der Ermittlungsorgane gegen eine Person.
Das Ergebnis dieser mangelhaften Beurteilung in § 50 Abs. 1 lit. c tStPO von 2004
ist fatal, weil es in Anbetracht der verfassungsrechtlich verankerten Selbstbelas-
tungsfreiheit nach Art. 38 Abs. 5 tVerf. kaum erklärt, dass ein Beschuldigter Zeuge
seines eigenen Verfahrens sein kann.⁵¹⁰

Eine verfassungskonforme Auslegung dieser Vorschrift ist in der höchstrichter-
lichen Rechtsprechung sowie in der Literatur bis jetzt ausgeblieben. Dies geht nicht
zuletzt damit einher, dass eine unzutreffende Rollenzuweisung prozessrechtlich
keine Rechtsfolgen, etwa ein Verwertungsverbot für die gemachten Angaben der

⁵⁰⁶ Şahin, Gazi Şerhi, S. 206.

⁵⁰⁷ 4. YCD Entsch. v. 24.06.2009 E. 2009/16212 K. 2009/12656 (kazancı); 9. YCD Ent-
sch. v. 04.06.2013 E. 2013/4103 K. 2013/8656 (kazancı).

⁵⁰⁸ R.G. v. 14.07.1934 – 2751; siehe den Auszug im Anhang: Gesetzestexte.

⁵⁰⁹ Şahin, Gazi Şerhi, S. 405; so auch im Ergebnis *Toroslu/Feyzioğlu*, S. 127; siehe auch
Ertuğrul, GÜHFD 12/2008, 697; a.A. *Centel/Zafer*, S. 212.

⁵¹⁰ Vgl. AYM Entsch. v. 16.02.2012 E. 2011/41 K. 2012/25, R.G. v. 13.10.2012 –
28440.

Aussageperson, nach sich zieht. Dasselbe gilt für die Bestimmung der zweiten Voraussetzung der Aussagefreiheit nach § 147 Abs. 1 lit. e tStPO von 2004, nämlich dem Vorliegen einer Vernehmung, entsprechend. Auf die Einzelheiten wird wegen der sachlichen Nähe erst unten eingegangen.⁵¹¹

C. Schutzbereich des Verbot des Selbstbelastungszwangs

Nach der Erörterung der verfassungs-, und menschenrechtlichen sowie einfachgesetzlichen Aspekte des Verbots des Selbstbelastungszwangs nach Art. 38 Abs. 5 tVerf. stellt sich die Frage nach einer Bestimmung seines Schutzbereichs. Allerdings ist es der Rechtsprechung und Literatur bis jetzt nicht gelungen, die Reichweite dieses Grundrechts abstrakt festzustellen. Stattdessen ist diese höchst unklar.

1. Unklarheiten

a) Persönlicher Schutzbereich

Art. 38 Abs. 5 tVerf. verbietet, jemanden zu zwingen, sich selbst (oder seine im Gesetz bestimmten Angehörigen) durch eine Aussage zu bezichtigen oder entsprechende Beweise vorzulegen. Dieses Grundrecht erfährt allerdings in der Rechtsprechung des tVerfG eine beachtliche Einschränkung in seinem Schutzzumfang, indem das Verfassungsgericht es primär durch die Strafprozessordnung konkretisiert. Nach dem tVerfG ist nämlich das Verbot des Selbstbelastungszwangs nach Art. 38 Abs. 5 tVerf. „in den Strafgesetzen als Schweigerecht“ vorgesehen und gilt, sobald gegen eine Person ein Beschuldigungsakt vorliegt.⁵¹² Dieser Rechtsprechung zufolge ist Grundrechtsträger nur der Beschuldigte im Strafverfahren.⁵¹³

Die Einschränkung des persönlichen und sachlichen Anwendungsbereichs des Art. 38 Abs. 5 tVerf. ist schlichtweg nicht überzeugend.⁵¹⁴ Denn sie stützt sich auf keine erkennbare Auslegung des Art. 38 Abs. 5 tVerf. Bereits seinem Wortlaut steht die Schlussfolgerung des tVerfG diametral entgegen, nach dem die Ausübung

⁵¹¹ Kap. 4, V.A.2.b).

⁵¹² AYM Entsch. v. 16.02.2012 E. 2011/41 K. 2012/25, R.G. v. 13.10.2012 – 28440; AYM Entsch. v. 31.01.2007 E. 2004/31 K. 2007/11, R.G. v. 18.05.2007 – 26526; vgl. AYM Entsch. v. 26.12.2003 E. 2000/8 K. 2003/104, R.G. v. 19.12.2007 – 26735, in der von einer solchen Einschränkung keine Rede ist; vgl. YCGK Ur. v. 15.10.2002 E. 2002/8-191 K. 2002/362 (kazancı), in dem der KGH die verfassungsrechtliche Verankerung des Schweigerechts betont, jedoch nicht begründet.

⁵¹³ AYM Entsch. v. 31.01.2007 E. 2004/31 K. 2007/11, R.G. v. 18.05.2007 – 26526; so auch im Ergebnis *Aydın*, TBBĐ 91/2009, 148; a.A. *Şahinkaya*, S. 134; *Yıldırım*, ABD 5-6/1988, 686 f.

⁵¹⁴ Siehe das zutreffende Gegenvotum von Richter *Osman Alifeyyaz Paksüt* in AYM Entsch. v. 31.01.2007 E. 2004/31 K. 2007/11, R.G. v. 18.05.2007 – 26526.

eines Zwangs zur Selbstbelastung gegen jeden, also auch Zeugen oder die unbenannte Auskunftsperson,⁵¹⁵ unzulässig ist. Außerdem gilt das nicht nur im Hinblick auf einen Aussagebeweis. Die Anwendung des Zwangs ist nämlich nach Art. 38 Abs. 5 tVerf. auch zum Vorlegen eines Sachbeweises verboten.

b) Sachlicher Schutzbereich

Unklar ist in der Rechtsprechung des tVerfG auch, ob Art. 38 Abs. 5 tVerf. nur auf Strafverfahren anwendbar ist. Auch seine letzte Entscheidung über die Vereinbarkeit der Wahrheitspflicht von Verfahrensparteien im Zivilverfahren nach § 29 Abs. 2 tZPO mit dem Verbot des Selbstbelastungszwangs nach Art. 38 Abs. 5 tVerf. hat in dieser Hinsicht keine Klärung erbracht.⁵¹⁶ Denn entgegen seiner bereits erwähnten Rechtsprechung wies das tVerf. die Verfassungsklage nicht mit der Begründung ab, dass Art. 38 Abs. 5 tVerf. im Zivilverfahren nicht gelte. Stattdessen führte es an, dass die genannte Wahrheitspflicht keine strafrechtlichen Sanktionen für die Verfahrensparteien zur Folge habe, weil im Fall einer wahrheitswidrigen Angabe die fragliche Stellungnahme einer Verfahrenspartei im Zivilverfahren nicht berücksichtigt und verwertet werde. Eine solche prozessuale Folge im Zivilverfahren sei verfahrensrechtlich nachvollziehbar. Dass eine Verfahrenspartei sich jedoch bei einer wahrheitsgemäßen Aussage strafrechtlich belasten kann und wie sich das mit Art. 38 Abs. 5 tVerf. vereinbaren lässt, ließ das tVerfG unverständlicherweise außer Acht. Zutreffend hob es dagegen hervor, dass es die Wahrheitspflicht den Verfahrensparteien nicht auferlege, sich zu einer Straftat zu äußern.⁵¹⁷

Die zweite Abkehr von seiner früheren Rechtsprechung ohne eine Klarstellung machte das tVerfG durch die Übernahme der Rechtsprechung des EGMR dahingehend, dass das Verbot des Selbstbelastungszwangs nach Art. 38 Abs. 5 tVerf. in Verbindung mit dem Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 36 Abs. 1 tVerf. ausulegen sei, welches wiederum entsprechend der Rechtsprechung des EGMR nicht nur das Schweigerecht, sondern auch die Selbstbelastungsfreiheit gewähre.⁵¹⁸ Bemerkenswerterweise blieb die Konkretisierung des Art. 38 Abs. 5 tVerf. bei der Anführung dieser Sätze. Sie ist im Kern überflüssig, weil Art. 38 Abs. 5 tVerf. abgesehen vom Schweigerecht auch den Schutz vor der Ausübung von Zwang zum Vorlegen eines Sachbeweises gewährt.

In der Tat erkannte das tVerfG dies in einer früheren Entscheidung konkludent an. Hiernach stehe die Beschlagnahme von Gegenständen bei einer Durchsuchung nach § 45 Abs. 4 des Kapitalmarktgesetzes, welche die Unternehmen nach § 45

⁵¹⁵ So auch im Ergebnis *İtişgen*, S. 116 (Jedermannsrecht); *Öztürk*, Beweisverbote, S. 85 („alle Beteiligte im Strafverfahren“); hierzu siehe auch oben Kap. 4, II.B.3.c).

⁵¹⁶ Hierzu siehe auch oben Kap. 4, II.B.1.b)cc).

⁵¹⁷ AYM Entsch. v. 27.09.2012 E. 2012/4 K. 2012/130, R.G. v. 10.12.2013-28847.

⁵¹⁸ Ebd.

Abs. 2 des Kapitalmarktgesetzes im Rahmen einer regulären Prüfung herausgeben müssen, mit dem Verbot des Selbstbelastungszwangs nach Art. 38 Abs. 5 tVerf. im Einklang, falls sie ihrer Herausgabepflicht nicht nachkommen.⁵¹⁹ Daraus lässt sich entnehmen, dass das tVerfG die Beschlagnahme und die Durchsuchung nicht unter das Vorlegen eines Sachbeweises subsumiert hat.⁵²⁰ Allerdings hielt es sich dabei unverständlicherweise zurück, den Begriff des Vorlegens abstrakt zu beschreiben. Eine Erklärung wäre insbesondere deshalb geboten gewesen, weil die Vereinbarkeit einer Erhebung körperlicher Beweise am Beschuldigten mit dem Verbot des Selbstbelastungszwangs nach Art. 38 Abs. 5 tVerf. von der Literatur teilweise unzutreffend bezweifelt wird.⁵²¹ Denn es ist nicht einzusehen, warum diese Literaturmeinung ohne eine nähere Begründung davon ausgeht, dass der Beschuldigte bei einer solchen Beweiserhebung einen Sachbeweis vorlege. Das Vorlegen setzt eine zielgerichtete und vom Willen getragene Handlung eines Beschuldigten voraus. Dies ist bei der Entnahme einer Blut- oder Urinprobe nicht der Fall. Bei der Erhebung einer Stimmprobe liegt dagegen eine solche Handlung vor, weil sich der Beschuldigte dagegen entscheiden kann. Insofern verstößt § 81 Abs. 1 tStPO von 2004 gegen Art. 38 Abs. 5 tVerf., der dies ohne Rücksicht auf die hierbei zu leistende aktive Mitwirkung zulässt, die gegebenenfalls gegen seinen Willen erzwingbar ist.⁵²²

Unklar bleibt bei der Anwendung dieser Vorschrift, ob der Beschuldigte über sein Grundrecht nach § 38 Abs. 5 tVerf. belehrt werden muss und wie eine solche Probe erhoben wird, wenn er sie ausdrücklich verweigert. Denkbar ist, dass der Gesetzgeber die Ausnutzung des im Regelfall anzunehmenden Unwissens eines Beschuldigten über sein Weigerungsrecht nicht als Zwang i.S.v. Art. 38 Abs. 5 tVerf. betrachtet hat. Ob dies auch bei einer verdeckten Erhebung nach der ausdrücklichen Weigerung des Beschuldigten anzunehmen ist, ist allerdings fraglich. Dabei kommt es zum einen darauf an, was unter Zwang i.S.v. Art. 38 Abs. 5 tVerf. zu verstehen ist. Zum anderen stellt sich die Frage, ob dem Zwang die Funktion eines echten Tatbestandmerkmals zukommt.

2. Bedeutung des Zwangselements

Die oben dargelegten Entscheidungen des tVerfG legen zunächst nahe, dass das Gericht Art. 38 Abs. 5 tVerf. von einer bestimmten Eingriffsform losgelöst als Garantie des Schweigerechts und der Selbstbelastungsfreiheit ansieht. Auch die Über-

⁵¹⁹ AYM Entsch. v. 26.12.2003 E. 2000/8 K. 2003/104, R.G. v. 19.12.2007 – 26735.

⁵²⁰ So auch im Ergebnis *Centel/Zafer*, S. 149; *Aydın*, TBBD 91/2009, 159.

⁵²¹ So etwa *İnceoğlu*, S. 156; *Bıçak*, Suç Muhakemesi, S. 168; *Karakehya*, S. 161 f.; *Oral*, Erman Armağanı, S. 616; *Toroslu*, Sanık Bedenine Müdahale, S. 328; *İtişgen*, S. 50 ff.; a.A. *Kunter/Yenisey/Nuhoğlu*, S. 1012; *Öztürk* u.a., S. 523 f.; *Atlıhan*, AÜEHFD 8/2004, 324; *İpekçioğlu*, Centel Armağanı, S. 1168 f.; *Kızırlarlan*, Hukuka Aykırı Delil, S. 320 f.

⁵²² Siehe den Auszug im Anhang: Gesetzestexte.

nahme der Rechtsprechung des EGMR bekräftigt diese Vermutung. Allerdings lässt sich in der Rechtsprechung des tVerfG nicht mit Sicherheit feststellen, ob Art. 38 Abs. 5 tVerf. lediglich Schutz vor einer zwangsweisen Selbstbelastung bietet. Die Beantwortung dieser Frage ist entscheidend dafür, ob dieses Grundrecht nicht nur die verdeckte Erhebung einer Stimmprobe verbietet, sondern auch, ob die Umgehung der Aussagefreiheit eines Beschuldigten durch Anwendung von Täuschung bei einer verdeckten Befragung ebenfalls unzulässig ist. Im Übrigen lassen sich in seiner Rechtsprechung nur wenige Anhaltspunkte dafür feststellen, was das Gericht unter Zwang versteht.

Im Hinblick auf die Vereinbarkeit der strafprozessualen Einigung nach §§ 253 bis 255 ff. tStPO von 2004 mit Art. 38 Abs. 5 tVerf. machte das tVerfG darauf aufmerksam, dass eine Einigung naturgemäß auf Gegenseitigkeit beruhe, die im Regelfall Zwang ausschließe. Außerdem habe der Staatsanwalt gemäß Art. 253 Abs. 17 tStPO zu überprüfen, ob die Einigung auf dem freien Willen der Beteiligten basiert. Des Weiteren sehe § 253 Abs. 2 tStPO ein Verwertungsverbot für die Aussagen vor, die der Beschuldigte während der Einigungsverhandlungen gemacht hat. Darüber sei er ferner bei der Aufforderung zur Einigung gemäß § 253 Abs. 20 tStPO zu belehren.⁵²³

Aus der Entscheidung des tVerfG lässt sich entnehmen, dass das Gericht unter Zwang in erster Linie eine Nötigung versteht, die zielgerichtet und einseitig im Interesse der Strafrechtspflege den Beschuldigten zu einer Selbstbelastung veranlasst. Dementsprechend stellt die Antragspflicht des Beschuldigten bei der Aussetzung der Urteilsverkündung nach § 231 Abs. 6 lit. c tStPO von 2004 keinen Zwang zu einer belastenden Aussage i.S.d. § 38 Abs. 5 tVerf. dar,⁵²⁴ weil ihr die Zielgerichtetheit fehlt. Fraglich ist dagegen, ob das tVerf. beim Hervorheben der Belehrungspflicht des § 253 Abs. 5 tStPO von 2004 von einem Erfordernis einer wissentlichen und willentlichen Selbstbelastung nach Art. 38 Abs. 5 tVerf. ausgeht. Ein solches verfassungsrechtliches Erfordernis würde der verdeckten Befragung oder der verdeckten Erhebung einer Stimmprobe Grenzen ziehen. In der Literatur vertreten *Ünver/Hakeri* unter Berufung auf die *Allan*-Entscheidung des EGMR, dass Art. 38 Abs. 5 tVerf. nicht nur einen Schutz vor Aussagezwang biete, sondern die Wahlfreiheit zwischen Aussagen und Schweigen. Daher dürfe das Schweigerecht eines Beschuldigten nicht durch einen Informanten umgangen werden.⁵²⁵ Eine solche Auslegung des Verbots des Selbstbelastungszwangs nach Art. 38 Abs. 5 tVerf. setzt allerdings voraus, dass der Schutzzweck dieses Grundrechts zunächst geklärt wird.⁵²⁶ Dies ist allerdings weder in der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung⁵²⁷ noch in

⁵²³ AYM Entsch. v. 01.10.2009 E. 2006/106 K. 2009/124, R.G. v. 08.03.2011 – 27868.

⁵²⁴ AYM Entsch. v. 16.02.2012 E. 2011/41 K. 2012/25, R.G. v. 13.10.2012 – 28440.

⁵²⁵ *Ünver/Hakeri*, I. Band, S. 100 Fn. 338.

⁵²⁶ So auch im Ergebnis *Bıçak*, S. 167.

⁵²⁷ Zu der Auffassung der Militärgerichte in den 70er-Jahren siehe unten Kap. 4, IV.B.

der Literatur der Fall. Erst dann lässt sich feststellen, ob das Zwangselement des Art. 38 Abs. 5 tVerf. den Schutzzumfang dieses Grundrechts auf zwangsweise Selbstbelastungen begrenzt oder dieses lediglich die staatliche Unterlassungspflicht dahingehend unterstreicht, dass in die Selbstbelastungsfreiheit keines Menschen eingegriffen werden darf.

Nach den allgemeinen Erörterungen der Selbstbelastungsfreiheit wird im Folgenden auf den besonderen Gegenstand der vorliegenden Arbeit, nämlich der Aussagefreiheit des Beschuldigten bei der polizeilichen Befragung entsprechend ihrem vierstufigen Aufbau eingegangen.

III. Schutz vor Aussagezwang

Dem verfassungsrechtlichen Schutz vor Aussagezwang bei einer polizeilichen Vernehmung entspricht die StPO von 2004 (A.). Die konkrete Gestaltung dieses Schutzes wird auch hier nach der bereits eingangs entwickelten Definition des Zwangs in tatsächlichen (B.) und rechtlichen (C.) unterteilt.

A. Einfachgesetzliche Ausprägung

Den verfassungsrechtlichen Schutz vor strafprozessualen Aussagezwang konkretisiert § 148 Abs. 1 und 2 tStPO von 2004, wonach die Aussage eines Beschuldigten auf seinem freien Willen beruhen muss. Körperliche und seelische Eingriffe, die dagegenstehen, wie etwa Misshandlung, Folter, Verabreichung von Medikamenten, Ermüdung, Täuschung, Anwendung von Zwang oder Drohung sowie Einsatz von etwaigen Geräten sind nach § 148 Abs. 1 tStPO unzulässig. Ebenfalls verboten ist das Versprechen eines gesetzwidrigen Vorteils nach § 148 Abs. 2. Es besteht Einigkeit darüber, dass die unzulässigen Vernehmungsmethoden in § 148 tStPO lediglich beispielhaft genannt sind und die Vorschrift die Annahme weiterer Methoden offen lässt, die die Willensfreiheit eines Beschuldigten beeinträchtigen.⁵²⁸ Dabei ist die Ursächlichkeit einer der in § 148 tStPO genannten Handlungen für die Bejahung einer erfolgten Beeinträchtigung der Willensfreiheit bei ihrem Vorliegen ohne Weiteres anzunehmen.⁵²⁹

Bis jetzt ist in Rechtsprechung und Literatur keine Klarheit über die Auslegung des § 148 Abs. 1 und 2 tStPO erzielt worden. Dies betrifft zum einen die Frage,

⁵²⁸ YCGK Urt. v. 17.11.2009 E. 2009/7-160 K. 2009/364 (kazancı); *Centel/Zafer*, S. 221; *Yurtcan*, S. 158; *Öztürk*, Alacakaptan Armağanı, S. 604; *Koca*, AÜEHFD 5/2000, 125 ff.; siehe auch Begründung des § 148, *Şahin*, Gazi Şerhi, S. 446.

⁵²⁹ *Bıçak*, S. 155 Fn. 63.

welchen Schutzzweck die Vorschrift hat und was für eine enge oder weite Auslegung der Begriffe des § 148 Abs. 1 und Abs. 2 tStPO von Bedeutung ist.⁵³⁰ Ein Teil der Literatur vertritt die Auffassung, dass sie die Menschenwürdegarantie schütze, weil alle hierin genannten Methoden sie verletzen würden.⁵³¹ Nach einer anderen Literaturmeinung liegt ihr der Schutz der Willensfreiheit zugrunde, die den Kern der Menschenwürdegarantie bilde⁵³² oder die materielle Begründung des Verbots des Selbstbelastungszwangs nach Art. 38 Abs. 5 tVerf. darstelle.⁵³³ Daher seien nicht nur zwangsweise Vernehmungsmethoden von § 148 Abs. 1 und Abs. 2 erfasst, sondern auch Täuschung oder Vorteilsversprechen, welche die Willensfreiheit eines Beschuldigten im weiteren Sinn verletzen.⁵³⁴ Schließlich wird angeführt, dass § 148 tStPO das Erfordernis des Gebots eines fairen Verfahrens ist. Aus diesem Grund sei abgesehen von einfacher Täuschung auch das Stellen von irreführenden und suggestiven Fragen nach § 148 Abs. 1 tStPO unzulässig.⁵³⁵

Der Kassationsgerichtshof hat sich bis jetzt mit der Auslegung des § 148 tStPO von 2004 nur in sehr wenigen Fällen befasst,⁵³⁶ in denen er weitgehend von einer konkreten Subsumtion der fraglichen Handlung unter § 148 Abs. 1 und Abs. 2 tStPO von 2004 abseh.⁵³⁷ Dies liegt daran, dass dem KGH die Fälle des polizeilichen Aussagezwangs primär im Rahmen der Strafbarkeit von Polizeibeamten wegen Folter nach § 94 tStGB von 2004 (vgl. § 243 tStGB von 1926) oder Quälerei nach § 96 tStGB von 2004 (vgl. § 245 tStGB von 1926) zur Prüfung vorlagen. Während dies in Anbetracht der oben dargestellten verbreiteten Anwendung von Folter im Polizeigewahrsam bis vor kurzem einleuchtend ist,⁵³⁸ ist die mangelnde Beachtung des § 148 tStPO von 2004 außerdem auf den erheblich schwereren Nachweis einer Beeinträchtigung der Willensfreiheit zurückzuführen.⁵³⁹ Dies ist insbesondere bei den Vernehmungsmethoden der Fall, die keine Spuren hinterlassen, welche im Nachhinein durch eine ärztliche Untersuchung feststellbar wären.⁵⁴⁰ Die mangelnde Beachtung unzulässiger Vernehmungsmethoden in der Spruchpraxis des KGH geht

⁵³⁰ *Bıçak*, S. 156.

⁵³¹ Vgl. *Sokullu-Akıncı*, *Annales* 48/1998, 265; *Öztürk*, *Alacakaptan Armağanı*, S. 604.

⁵³² *Koca*, *AÜEHFD* 5/2000, 125 ff.

⁵³³ *Özbek* u.a., S. 54; *Şahin*, *Gazi Şerhi*, S. 448; *Erdem*, S. 265; *Toroslu*, *Topçuoğlu Armağanı*, S. 58.

⁵³⁴ *Koca*, *AÜEHFD* 5/2000, 126; in diese Richtung auch *Bıçak*, S. 156.

⁵³⁵ *Kaymaz*, *YD* 24/1998, 74 ff.; siehe auch *Yüce*, *TBBD* 1/1988, 164; Bericht des Rechtsausschusses, *Şahin*, *Gazi Şerhi*, S. 71.

⁵³⁶ *Şahin*, *EÜHFD* 1/1997, 87 Fn. 1 (die Rechtsprechung ist in diesem Bereich sehr rar).

⁵³⁷ Siehe etwa *YCGK* Urt. v. 04.10.1993 E. 1993/6-192 K. 1993/217, *YKD* 20/1994, 450 ff.; 8. *YCD* Entsch. v. 07.05.1997 E. 1997/3447 K. 1997/6774 (kazancı); 1. *YCD* Entsch. v. 05.10.1998 E. 1998/2271 K. 1998/2967 (kararevi).

⁵³⁸ Hierzu siehe oben Kap. 4, II.A.3.

⁵³⁹ Vgl. *Bıçak*, S. 164.

⁵⁴⁰ Hierzu siehe mehr unten Kap. 4, VI.C.1.d).

darüber hinaus mit seiner Rechtsprechung einher, dass die Ausübung vom Aussagezwang im Polizeigewahrsam erst dann beweisrechtlich relevant ist, wenn sie zu einem wahrheitswidrigen Geständnis geführt hat. Da in diesem Fall der Beschuldigte nach dem KGH freizusprechen ist,⁵⁴¹ besteht kein prozessualer Anlass, den angewendeten Aussagezwang zu kategorisieren.⁵⁴² Ebenso wenig ist der KGH im umgekehrten Fall daran interessiert, sich mit dem Nachweis oder der Einordnung eines Aussagezwangs auseinanderzusetzen, da er ein wahrheitsgemäßes Geständnis stets für verwertbar hält und der Verurteilung des Beschuldigten zugrunde legt.⁵⁴³

Die mangelnde Konkretisierung der verbotenen Vernehmungsmethoden in der tStPO veranlasst einen Teil der Literatur, diese weitgehend im Licht des deutschen Rechts auszulegen,⁵⁴⁴ das auch ihre tatsächliche Herkunft ist.⁵⁴⁵ Im Folgenden wird jedoch auf die entsprechenden Ausführungen in der Literatur nicht detailliert eingegangen, sondern lediglich auf diesen Umstand verwiesen, um eine Wiederholung im Rahmen der vorliegenden Arbeit zu vermeiden.

B. Tatsächlicher Zwang

1. Unmittelbarer tatsächlicher Zwang

a) Folter und Misshandlungen

Was der Kassationsgerichtshof unter Folter versteht, lässt sich ausschließlich aus seinen Entscheidungen über die Strafbarkeit von Vernehmungspersonen wegen Folter oder Misshandlungen gem. § 243 tStGB von 1926 und jetzt § 94 tStGB von 2004 entnehmen.

aa) § 243 tStGB von 1926

Im Hinblick auf § 243 tStGB von 1926 bezeichnete Folter nach dem KGH Handlungen, die jemandem physische und psychische Qualen zufügen. Die Vorschrift stellte auch grausame, unmenschliche und ehrverletzende Behandlungen unter Strafe. Während eine „grausame Behandlung“ dem Opfer physisches und psychisches Leid zufüge, soll eine Behandlung dann unmenschlich sein, wenn sie seine Persönlichkeit und sein Empfinden als Mensch in einer beachtlichen Intensität verletzt. Ehrverletzend sei sie schließlich dann, wenn dadurch Ehre, Ruf oder Würde ange-

⁵⁴¹ Hierzu siehe mehr unten Kap. 4, VI.C.1.b).

⁵⁴² Siehe etwa YCGK Urt. v. 24.03.1980 E. 980/8-1 K. 980/121, ABD 3/1980, 389.

⁵⁴³ Hierzu siehe mehr unten Kap. 4, VI.C.1.b).

⁵⁴⁴ Siehe etwa stellvertretend *Demirbaş*, S. 314 ff.

⁵⁴⁵ Hierzu siehe mehr oben Kap. 2, II.A.3.c).

griffen würden.⁵⁴⁶ Abgesehen von der Unbestimmtheit dieser Begriffe hat der KGH auch in konkreten Fällen keine Subsumtion fraglicher Handlungen hierunter vorgenommen. Seine Entscheidungen schlossen meist mit einer einzigen Feststellung, nämlich dass die fragliche Handlung den Tatbestand des § 243 tStGB von 1926 erfülle,⁵⁴⁷ jedenfalls eine Misshandlung i.S.v. § 243 tStGB von 1926 darstelle⁵⁴⁸ oder nur, dass sie als Folter zu bezeichnen sei.⁵⁴⁹ Ähnlich verfuhr er bei der Abgrenzung des § 243 tStGB von 1926 von der missbräuchlichen Anwendung der Zwangsbefugnis gem. § 245 tStGB von 1926 etwa dahingehend, dass die fragliche Handlung rechtsfehlerhaft unter § 245 tStGB subsumiert sei, weil bereits die Tatbestandsmerkmale des § 243 tStGB von 1926 erfüllt seien⁵⁵⁰ oder sein könnten.⁵⁵¹ In einigen Entscheidungen lassen sich konkrete Handlungen überhaupt nicht erkennen, weil der KGH über die Tatbestandsmäßigkeit anhand der durch den medizinischen Bericht festgestellten Arbeitsunfähigkeit des Opfers entscheidet.⁵⁵²

In seiner folgenden Spruchpraxis zog der KGH die Folterdefinition des Art. 1 Abs. 1 der UN-Antifolterkonvention⁵⁵³ zur Auslegung des § 243 tStGB von 1926 heran,⁵⁵⁴ wobei ihr Verhältnis zu seinen eigenen Definitionen unklar geblieben ist.⁵⁵⁵

⁵⁴⁶ YCGK Urt. v. 04.04.1983 E. 1983/8-64 K. 1983/156 (kazanci); zur Definition der Folter in der Literatur siehe etwa *Yurtcan*, S. 157.

⁵⁴⁷ YCGK Urt. v. 22.03.1976 E. 1976/8-100 K. 1976/133 (kazanci); 8. YCD Entsch. v. 27.05.2002 E. 2002/4087 K. 2002/6301 (kazanci); 8. YCD Entsch. v. 24.04.2002 E. 2002/2093 K. 2002/5360 (kazanci); 8. YCD Entsch. v. 04.07.2002 E. 2001/9181 K. 2002/7758 (kazanci).

⁵⁴⁸ YCGK Urt. v. 05.10.1987 E. 1987/8-186 K. 1987/423 (kazanci).

⁵⁴⁹ YCGK Urt. v. 15.10.2002 E. 2002/8-191 K. 2002/362 (kazanci); YCGK Urt. v. 15.06.1999 E. 1999/8-109 K. 1999/164 (kazanci); 8. YCD Entsch. v. 12.10.1998 E. 1998/10667 K. 1998/12819 (kazanci); siehe Todesfälle infolge brutaler Folterungen YCGK Urt. v. 04.04.1983 E. 1983/8-64 K. 1983/156 (kazanci); 8. YCD Entsch. v. 19.01.1983 E. 1982/4297 K. 1983/147 (kazanci); 8. YCD Entsch. v. 11.12.1996 E. 1996/14140 K. 1996/15931; 1. YCD Entsch. v. 01.12.2004 E. 2004/3669 K. 2004/3980 (kazanci).

⁵⁵⁰ Vgl. 8. YCD Entsch. v. 02.10.2002 E. 2002/6686 K. 2002/8949 (kazanci); YCGK Entsch. v. 15.10.2002 E. 2002/8-191 K. 2002/362 (kazanci).

⁵⁵¹ Vgl. 4. YCD Entsch. v. 20.04.2000 E. 2000/3447 K. 2000/3207 (kazanci); 4. YCD Entsch. v. 04.12.2000 E. 2000/7711 K. 2000/8439 (kazanci); 4. YCD Entsch. v. 19.06.2002 E. 2002/9486 K. 2002/11397 (kazanci); 4. YCD Entsch. v. 29.05.2002 E. 2002/7765 K. 2002/9770 (kazanci); YCGK Urt. v. 02.05.2000 E. 200/87 K. 2000/90 (hukuktürk).

⁵⁵² YCGK Urt. v. 22.06.2010 E. 2010/9-108 K. 2010/157 (kazanci); 8. YCD Entsch. v. 26.04.2006 E. 2005/2802 K. 2006/3712 (kazanci); YCGK Urt. v. 02.05.2000 E. 200/87 K. 2000/90 (hukuktürk); 8. YCD Entsch. v. 20.06.1998 E. 1998/7285 K. 1998/8692 (kazanci); YCGK Urt. v. 05.10.1987 E. 1987/8-186 K. 1987/423 (kazanci).

⁵⁵³ Für den Wortlaut dieser Vorschrift siehe Anhang: Gesetzestexte.

⁵⁵⁴ Zur Heranziehung siehe auch AYM Entsch. v. 18.07.2001 E. 2001/4 K. 2001/332 R.G. v. 27.10.2001 – 24566.

⁵⁵⁵ YCGK Urt. v. 15.10.2002 E. 2002/8-191 K. 2002/362 (kazanci).

Im Einzelnen hat der KGH folgende Handlungen als Folter⁵⁵⁶ im Sinn der oben genannten Vorschriften bezeichnet, die häufig miteinander kombiniert vorkommen:⁵⁵⁷ das Verbinden der Augen, laute Musik, nackt ausziehen, auf den Boden legen, mit Hochdruckwasser bespritzen, nackt in eine Decke einhüllen, Verabreichung von Stromstößen, Pressen männlicher Geschlechtsorgane, Schlagstock in den After einführen, sexuelle Beleidigungen gegenüber weiblichen Beschuldigten, ihre Brüste anfassen, Hüpfenlassen, Stehenlassen, an die Wand lehnen, Flüssigkeits- und Nahrungsentzug, Schlafentzug, Beleidigen und Bedrohen (insgesamt in Kombination),⁵⁵⁸ nackt ausziehen, mit Hochdruckwasser bespritzen, *falaka* (Schläge auf die Fußsohlen) und Palästinensischer Haken (insgesamt),⁵⁵⁹ Faustschläge und Fußtritte (insgesamt),⁵⁶⁰ Herumlaufenlassen und Verprügeln (insgesamt),⁵⁶¹ Verprügeln mit Schlagstöcken und Ohrfeigen (insgesamt),⁵⁶² Verprügeln mit fünfjähriger Arbeitsunfähigkeit als Folge (insgesamt),⁵⁶³ nackt ausziehen, mit kaltem Wasser bespritzen, mit Schlagstöcken verprügeln, Versuche, den Stock in den After einzuführen und Zigaretten auf dem Körper ausdrücken (insgesamt gem. 243 tStGB von 1926 tatbestandmäßig).⁵⁶⁴ Hingegen liege eine Misshandlung im Sinn dieser Vorschriften etwa beim Verprügeln und bei Zwangsrasur vor (unmenschlich und erniedrigend).⁵⁶⁵ Unklar bleibt, ob diese Handlungen auch einzeln als Folter oder Misshandlung anzusehen sind.

bb) § 94 tStGB von 2004

Folter wird jetzt von § 94 Abs. 1 tStGB von 2004 als Handlung definiert, die mit der Menschenwürde unvereinbar ist, körperliche oder seelische Schmerzen zufügt, die Einsichts- oder Willensfähigkeit beeinträchtigt und erniedrigend ist. Die Folterdefinition konkretisiert der KGH abgesehen von Art. 1 Abs. 1 der UN-Antifolterkonvention außerdem im Licht der Rechtsprechung des EGMR über Art. 3 EMRK. Dadurch statuiert er eine Eingangsschwelle, die unter Berücksichtigung bestimmter Faktoren im Einzelfall zu bestimmen ist. Außerdem macht der KGH ebenfalls ent-

⁵⁵⁶ Zur Rechtsprechung des KGH siehe auch *Gemalmaz*, İHY 1/1988, 79 ff.; *Aycı*, YD 33/2007, 202 ff.

⁵⁵⁷ Zur Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Folter- und Misshandlungsverbots nach Art. 17 Abs. 3 tVerf. siehe AYM Entsch. v. 15.06.1967 E. 1966/34 K. 1967/18, R.G. v. 26.01.1968 – 12810; hierzu siehe außerdem *Akıllıoğlu*, İHY C.10-11/1988-1989, 22 f.

⁵⁵⁸ YCGK Ur. v. 15.06.1999 E. 1999/8-109 K. 1999/164 (kazancı).

⁵⁵⁹ 8. YCD Entsch. v. 10.06.1998 E. 1998/7285 K. 1998/8692 (kazancı).

⁵⁶⁰ 8. YCD Entsch. v. 26.12.2002 E. 2002/10074 K. 2002/12044 (kazancı).

⁵⁶¹ 8. YCD Entsch. v. 11.20.2005 E. 2003/14107 K. 2005/9402 (kazancı).

⁵⁶² 8. YCD Entsch. v. 09.10.2006 E. 2006/294 K. 2006/7381 (kazancı).

⁵⁶³ YCGK Ur. v. 25.03.2003 E. 2003/8-36 K. 2003/75 (kazancı).

⁵⁶⁴ YCGK Ur. v. 22.03.1976 E. 1976/8-100 K. 1976/133 (kazancı).

⁵⁶⁵ 8. YCD Entsch. v. 02.10.2002 E. 2002/6686 K. 2002/8949 (kazancı).

sprechend der Rechtsprechung des EGMR darauf aufmerksam, dass die Anwendung physischer Gewalt gegen eine Person, der die Freiheit entzogen ist, grundsätzlich mit der Menschenwürde sowie Art. 3 EMKR unvereinbar ist.⁵⁶⁶

Eine Misshandlung ist nach dem KGH die Vorstufe der Folter i.S.v. Art. 94 Abs. 1 tStGB von 2004, welche insbesondere nach einer gewissen Dauer tatbestandmäßiger Handlungen zur Folter wird. Seien etwa die einfache und vorsätzliche Körperverletzung, Drohungen durch Zeichen oder Worte oder sexuelle Belästigung durch Streicheln oder Zwicken von einer Dauer von einer oder ein paar Minuten eine Misshandlung, so sei ihre dauerhafte Anwendung etwa in den folgenden Regelbeispielen keine zeitlich begrenzte Misshandlung, sondern ein systematisches Vorgehen, bei dem Folter in Betracht zu ziehen ist: permanentes Verpassen von Ohrfeigen, Treten mit Füßen, alle zehn Minuten beschimpfen und schlagen, Stehenlassen, das Gesicht an der Wand anlehnen, die Hände hochhaltend oder auf einem Bein stehend warten lassen, zum Schlafentzug nachts häufig Fragen stellen, wütend anschreien, Schlagen, laute Musik, bei Kälte nackt auf dem Boden liegenlassen, Verabreichen von Elektroschocks, Wasserentzug bei Hitze, nackt oder angezogen mit Wasser besprühen, am WC-Gang hindern.⁵⁶⁷ Aus dieser Rechtsprechung des KGH lässt sich entnehmen, dass derartige Handlungen auch getrennt voneinander eine Misshandlung oder Folter darstellen können.

Im konkreten Fall stellte der KGH dennoch bei der Kombination einer Mehrzahl von Handlungen das Vorliegen von Folter i.S.v. § 94 Abs. 1 tStGB von 2004 fest. Diese bestanden im Einzelnen aus der Befragung durch unidentifizierbare Personen, dem Versprechen von gewissen Begünstigungen, der Drohung mit der Entlassung aus dem Beamtenverhältnis, der Heranziehung eines auf Hypnose und Bewusstseinskontrolle spezialisierten Beamten, nächtlichen Verhöre bis zur Morgendämmerung und dem Stehenlassen während des jeweils vier- oder siebentägigen Gendarmeriegewahrsams.⁵⁶⁸

Die Entscheidung legt die Vermutung nahe, dass der KGH bereit ist, die Folter neben den oben aufgeführten krassen Fällen auf weitere harte Verhörtechniken auszudehnen. Die Literatur ging bereits davor von einer weiten Definition der Folter aus und will etwa tagelanges Stehenlassen, Wasser- und Nahrungsentzug, WC-Verbot, tagelanges Verhör unter unerträglicher Beleuchtung⁵⁶⁹ oder Verweigerung des Zugangs zu Angehörigen eines im Polizeigewahrsam inhaftierten Beschuldigten oder das Versprechen von Vorteilen⁵⁷⁰ hierunter verstehen.

⁵⁶⁶ 8. YCD Entsch. v. 13.12.2012 E. 2012/29994 K. 2012/38227 (kazanci).

⁵⁶⁷ Ebd.

⁵⁶⁸ Ebd.

⁵⁶⁹ *Erem*, İHY 14/1992, 38; *ders.*, TBBD 2/1998, 199.

⁵⁷⁰ *Özgen*, TBBD 2/1988, 219; zustimmend *Yıldırım*, ABD 1/1989, 32 f.

b) Ermüdung

Der Begriff der Ermüdung i.S.v. § 148 Abs. 1 tStPO von 2004 hat in der Rechtsprechung des KGH keine Auslegung erfahren. In der Literatur wird die Ermüdung vereinzelt und dann auch weitgehend im Licht des deutschen Rechts ausgelegt.⁵⁷¹ Dementsprechend wird hierunter keine einfache Ermüdung infolge des Polizeigewahrsams an sich oder einer dem Beschuldigten unangenehmen Vernehmung verstanden.⁵⁷² Erforderlich sei vielmehr, dass eine beachtliche Beeinträchtigung der Willensfreiheit dadurch zustande kommt, dass er ein starkes Ruhebedürfnis hat.⁵⁷³ Teilweise wird die Ermüdung nur als Ergebnis der bereits oben aufgeführten Misshandlungen, etwa starker Beleuchtung, Flüssigkeits- und Nahrungsentzug, angesehen.⁵⁷⁴

Nächtliche Verhöre seien etwa nach *Kaymaz* nicht per se unzulässig, sofern dafür ausnahmsweise ein berechtigter Grund vorliegt. In den übrigen Fällen sei Vorsicht geboten, weil sie sehr leicht zur Überwindung der Willensfreiheit des Beschuldigten missbraucht werden könnten.⁵⁷⁵ Außerdem sei auf die Länge der polizeilichen Vernehmung Rücksicht zu nehmen. Eine Dauer von vier Stunden am Stück und die tägliche Begrenzung auf acht Stunden mit einer Pause von zwei Stunden seien angemessen.⁵⁷⁶

c) Versprechen von Vorteilen und Drohung

Auch diese Vernehmungsmethoden des § 148 Abs. 1 tStPO sind in der Rechtsprechung des Kassationsgerichtshofs nicht geklärt. In einer alten Entscheidung vor der Einführung unzulässiger Vernehmungsmethoden ignorierte der KGH die Beschwerde des Beschuldigten, dass sein Geständnis unter Zwangsanwendung zustande gekommen sei, weil er von seiner Schuld durch eigene Beweiswürdigung bereits überzeugt war. Dabei wies der KGH pauschal darauf hin, dass seine Beschwerde nicht zutrefte, weil seine ärztliche Untersuchung keine Spuren von Gewaltanwendung festgestellt hätte. In der Tat betraf allerdings die Beschwerde, deren konkreter Inhalt in der Entscheidung erst im Minderheitsvotum zu lesen ist, keine physische Gewaltanwendung, sondern die Drohung des Vernehmungsbeamten, dass der Beschuldigte dem „großen Boss“ vorgeführt würde, wenn er nicht die Wahrheit sage. Er solle sich nun vorstellen, was dann mit ihm passieren würde,

⁵⁷¹ Siehe etwa *Kaymaz*, YD 4/1994, 562 ff.

⁵⁷² Vgl. *Kaymaz*, YD 4/1994, 562; *Öztürk*, Alacakaptan Armağanı, S. 605; *Bıçak*, S. 182.

⁵⁷³ Vgl. *Kaymaz*, YD 4/1994, 562; *Öztürk*, Alacakaptan Armağanı, S. 605; *Yurtcan*, S. 157.

⁵⁷⁴ *Bıçak*, S. 182.

⁵⁷⁵ *Kaymaz*, YD 4/1994, 563 f.

⁵⁷⁶ *Kaymaz*, YD 4/1994, 565; siehe auch *Erem*, S. 161 (Dauerverhöre unzulässig).

wenn er auch dort nichts sage.⁵⁷⁷ Die Entscheidung zeigt erneut, dass es dem KGH nicht um den Schutz des Beschuldigten vor einer Selbstbelastung ging, sondern lediglich um die Wahrheit seines Geständnisses.

Nach der Einführung des Verbots bestimmter Vernehmungsmethoden durch § 135a tStPO von 1929 hat sich der Militärkassationsgerichtshof in zwei Entscheidungen mit Fällen von Vorteilsversprechen und Drohungen befasst. Im ersten Fall sicherte der Militärstaatsanwalt einem Beschuldigten bei der Vernehmung „Hilfe“ zu, wenn er die Wahrheit sage. Dabei teilte er ihm mit, dass die Tötung erst nach seinen Aussagen als fahrlässig angesehen werden könne. Wahrheitswidrig machte er ihn darauf aufmerksam, dass dies sogar dazu führen könne, dass seine Strafe zur Bewährung ausgesetzt würde. Wenn ihm aber Vorsatz nachgewiesen würde, so würde das Tuch, auf dem er sitze, sein Leichentuch. Der MKGH bezeichnete dieses Vorgehen als „Ermahnungen“, die eine Täuschung i.S.d. § 135a tStPO von 1929 darstellten.⁵⁷⁸ Zwar ist es zutreffend, dass das Vorgehen aufgrund der genannten Wahrheitswidrigkeit auch Täuschungsmomente enthält.⁵⁷⁹ Sein Schwerpunkt liegt allerdings im gesetzeswidrigen Vorteilsversprechen, indem dem Beschuldigten Hilfe angeboten wird, und in einer Drohung, indem ihm die Todesstrafe wegen vorsätzlichen Mordes suggeriert wird.

In der zweiten Entscheidung stellte der MKGH fest, dass die Behauptung des Beschuldigten, sein Geständnis sei unter Druck erfolgt, nicht von der Hand zu weisen sei. Denn der Vernehmungsbeamte habe versichert, „ihm zu helfen, wenn er ein Geständnis ablegt“. Sein Besorgnis und seine Ratlosigkeit müsse außerdem zugenommen haben, als man ihm mitteilte, dass seine Familie über den Fall informiert worden sei.⁵⁸⁰ Unklar blieb schließlich in der Entscheidung, ob der MKGH die Benachrichtigung der Familie als Folge einer vorausgegangenen Drohung oder als solche hinsichtlich der Beeinträchtigung der Willensfreiheit des Beschuldigten als relevant betrachtet hat.

In der Literatur erfolgt die Konkretisierung des Vorteilsversprechens und der Drohung in erster Linie unter Berücksichtigung des deutschen Rechts.⁵⁸¹ Abgesehen davon besteht Einigkeit darüber, dass unter gesetzeswidrigem Vorteilsversprechen grobe Lügen von Vernehmungspersonen zu verstehen sind, wie etwa, dass man bei einem Geständnis dafür sorgen werde, dass der Beschuldigte nicht verfolgt, nicht bestraft, seine Strafe beachtlich reduziert, zur Bewährung ausgesetzt,

⁵⁷⁷ 9. YCD Entsch. v. 14.01.1975 E. 1974/6 K. 1975/1 (kazanci).

⁵⁷⁸ AsYDK Urt. v. 24.12.1992 E. 1992/145 K. 1992/146, zitiert nach *Kaymaz*, YD 24/1998, 81; *Odman*, İHMD 4/1995, 26 f.

⁵⁷⁹ Hierzu siehe auch *Cihan*, İÜHF 35/1969, 134.

⁵⁸⁰ AsYDK Urt. v. 10.03.2005. E. 2005/25 K. 2005/25, AYD 2006, 342 ff.

⁵⁸¹ Siehe etwa *Cihan*, İÜHF 35/1969, 139 f.

oder er gegen Kautions freigelassen würde.⁵⁸² Dabei geht die Literatur wohl davon aus, dass der Beschuldigte diese Versprechen im Regelfall als eine bindende Zusage auffasst, weil sie von Personen stammen, die mit staatlicher Autorität ausgestattet sind.⁵⁸³ Dagegen werden neutrale Hinweise auf die ernüchternde Beweislage, vorliegende Zeugenaussagen, Widersprüche in seinen eigenen Aussagen oder die Wahrheitswidrigkeit seiner Angaben als zulässig betrachtet.⁵⁸⁴ Die Ermahnung zur Wahrheit sei allerdings unzulässig, weil der Beschuldigte sie wegen des autoritativen Charakters des Vernehmungsbeamten leicht als eine rechtliche Aussagepflicht verstehen könne.⁵⁸⁵ Auf Nachteile seines Schweigens dürfe man ihn aber hinweisen, wenn das Aussagen im konkreten Fall in seinem Interesse sei.⁵⁸⁶

d) Täuschung

Eine Definition der Täuschung i.S.d. § 148 Abs. 1 tStPO von 2004 hat die höchstrichterliche Rechtsprechung bis jetzt nicht entwickelt, die sich, soweit ersichtlich, nur in zwei Entscheidungen mit Täuschung bei einer Beschuldigtenvernehmung befasst hat. In der ersten Entscheidung stellte der Große Strafsenat des Militärkassationsgerichtshofs lediglich fest, dass das Vorgehen des Vernehmungsbeamten gegen § 135a tStPO von 1929 verstieß, als er dem Beschuldigten mitteilte: „ich weiß, dass du den Geldbeutel gestohlen hast. Leg ein Geständnis ab, das bleibt unter uns“.⁵⁸⁷ In der zweiten Entscheidung brachte der Kassationsgerichtshof explizit zum Ausdruck, dass der Beschuldigte getäuscht wurde, als er bei einem vermeintlich „einfachen Gespräch“ mit einem Vernehmungsbeamten weiter zur Sache befragt wurde, obwohl er sich vorher bei der „förmlichen Vernehmung“ auf sein Aussageverweigerungsrecht nach § 135 Abs. 1 tStPO von 1929 berufen hatte. Das selbstbelastende Gespräch wurde im konkreten Fall außerdem ohne sein Wissen mit einer Handykamera aufgenommen. Nach dem KGH beeinträchtigte diese Täuschung die Willensfreiheit des Beschuldigten.⁵⁸⁸ Die Frage, worin im Einzelnen die Täuschung lag, blieb in der Entscheidung des KGH unbeantwortet.

⁵⁸² Vgl. *Cihan*, IÜHFM 35/1969, 134; *Yıldırım*, ABD 5-6/1988, 700 f.; *Kaymaz*, YD 24/1998, 74 und 78; *Bıçak*, S. 184; *Öztiirk*, Alacakaptan Armağanı, S. 605.

⁵⁸³ Siehe Äußerungen von Vernehmungsbeamten im Bericht des türkischen Parlaments über Strafverfolgung und Strafvollzug in *Tunceli v. 1998* und *2000*, S. 7, wonach „die Verbrecher ruhig aussagen, wenn wir ihnen erklären, dass wir Staatsbeamte sind und ihnen helfen können. Dann sind sie leicht zu überreden“.

⁵⁸⁴ Vgl. *Kaymaz*, YD 24/1998, 78; *Cihan*, IÜHFM 35/1969, 128 ff.

⁵⁸⁵ *Cihan*, IÜHFM 35/1969, 130.

⁵⁸⁶ *Şahin*, Ceza Muhakemesi, S. 159; *İnceoğlu*, S. 113.

⁵⁸⁷ AsYDK Urt. v. 24.12.1992 E. 1992/145 K. 1992/146, zitiert nach *Kayıhoğlu*, AYD 2006, 110 Fn. 22.

⁵⁸⁸ 1. YCD Entsch. v. 16.02.2004 E. 2003/3819 K. 2004/299, YKD 31/2005, 1452; a.A. *Centel/Zafer*, S. 219 Fn. 45, nach denen hier nur ein Verstoß gegen die Belehrungspflicht des § 147 tStPO von 2004 vorliege.

Führt man sich beide Entscheidungen vor Augen, so lässt sich feststellen, dass das Täuschungsverbot des § 148 Abs. 1 tStPO von 2004 jedenfalls die wahrheitswidrige Mitteilung einer Tatsache umfasst, die für die Entscheidungsfreiheit eines Beschuldigten erheblich ist, sowie es in der ersten Entscheidung der Fall ist. Diesen Standpunkt vertritt auch die Mehrheit in der Literatur, wobei sie sich bei der Auslegung des Täuschungsbegriffs überwiegend auf das deutsche,⁵⁸⁹ englische⁵⁹⁰ oder amerikanische⁵⁹¹ Recht bezieht. Weitere Beispiele zu wahrheitswidrigen Mitteilungen in der Literatur sind Behauptungen wie: der Mitbeschuldigte habe bereits ein Geständnis abgelegt, es gäbe Augenzeugen für seine Anwesenheit am Tatort oder es seien Sachbeweise wie Fingerabdrücke, Blutspuren oder Haarstücke vorhanden.⁵⁹²

Ungeklärt bleibt allerdings in beiden Entscheidungen, ob und inwiefern die Ausnutzung des eigenen Irrtums des Beschuldigten über den Beweiswert seiner Angaben für die Annahme einer Täuschung relevant ist.⁵⁹³ Während der Irrtum in dem ersten Fall durch eine wahrheitswidrige Mitteilung über eine rechtliche Tatsache von dem Vernehmungsbeamten selbst veranlasst wurde, lässt sich dies aus der zweiten Entscheidung nicht eindeutig entnehmen. Es liegt dennoch nahe, dass dem schweigenden Beschuldigten eine ebenfalls nicht gegebene Vertraulichkeit des Gesprächs jedenfalls durch konkludente Verhaltensweisen vorgespiegelt wurde. Die Betonung, dass der Beschuldigte von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch machte und das Gespräch ohne sein Wissen aufgenommen wurde, lässt sich dahingehend auslegen, dass der Beschuldigte durch das Täuschungsverbot vor einer unwillentlichen und unwissentlichen Selbstbelastung zu schützen ist. Es wäre allerdings voreilig anzunehmen, dass der KGH von einem solchen weiten Täuschungsverbot ausgeht,⁵⁹⁴ zumal diese einzige Entscheidung ihre Existenz wohl der in den Akten vorhandenen Videoaufnahme verdankt. Täuschungen bei der polizeilichen Vernehmung in der Hauptverhandlung sowie im Revisionsverfahren geltend zu machen, ist dagegen in der Praxis insgesamt extrem schwierig. Dabei sind sie nach Schätzungen die am meisten angewandte Vernehmungsmethoden.⁵⁹⁵

⁵⁸⁹ *Centel/Zafer*, S. 223 f.; *Şahin*, S. 200 ff.; *Kaymaz*, YD 24/1998, 74 ff.

⁵⁹⁰ *Bıçak*, Suç Muhakemesi, S. 548 ff.

⁵⁹¹ *Sokullu*, S. 224 ff.

⁵⁹² Vgl. *Kaymaz*, YD 24/1998, 76 f.; *Erem*, TBBD 2/1998, 201; *Bıçak*, S. 185; *Öztürk*, Alacakaptan Armağanı, S. 605; *Yurtcan*, S. 157.

⁵⁹³ Dies bejahend *Kaymaz*, YD 24/1998, 77.

⁵⁹⁴ Dies befürwortend *Şahin*, EÜHFD 1/1997, 93; für ein enges Täuschungsverbot *Sokullu*, S. 224 f.

⁵⁹⁵ *Sokullu-Akıncı*, Annales 48/1998, 255; *Kocaoğlu*, ABD 1/2011, 31; hierzu siehe auch die bei der Verweigerung des Verteidigerbeistandsrechts angewendeten Täuschungsmethoden unten Kap. 4, V.B.2.

e) *Andere unzulässige Vernehmungsmethoden*

Als weitere unzulässige Vernehmungsmethode werden in der Literatur der Einsatz von Lügendetektor, Hypnose und Narkoanalyse genannt,⁵⁹⁶ wobei es umstritten ist, ob die Einwilligung des Beschuldigten diese Methoden zulässig macht. Während *Tosun* dies mit der Begründung bejaht, dass diese die Zwangswirkung der besagten Methoden ausschließe,⁵⁹⁷ vertritt die andere Literaturmeinung den Standpunkt, dass der Beschuldigte auch bei einem eingewilligten Einsatz dieser Methoden unwissentlich sein Tatwissen preisgebe, was ebenfalls seine Willensfreiheit beeinträchtigt.⁵⁹⁸

f) *Ergebnisse*

Zusammenfassend lässt sich konstatieren, dass die verbotenen Vernehmungsmethoden des § 148 tStPO von 2004 bis jetzt keine Konkretisierung in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung erfahren haben. Die Reichweite der Aussagefreiheit lässt sich daher diesbezüglich nicht eindeutig feststellen.

2. Mittelbarer tatsächlicher Zwang

Der Beschuldigte war im Polizeigewahrsam lange Zeit nicht nur groben willensbeugenden Vernehmungsmethoden wie Folter und unmenschlichen und erniedrigenden Misshandlungen ausgesetzt.⁵⁹⁹ Das CPT machte in seinen Berichten außerdem auf die einschüchternden Vernehmungsräume und die dortige ominöse Atmosphäre aufmerksam, welche nicht unmittelbar auf die Erlangung eines Geständnisses abzielten, auf den Beschuldigten aber doch einen mittelbaren Aussagezwang ausübten. Die dunklen, engen, schallisolierten Räumlichkeiten und der am Boden fixierte Stuhl an einem Tisch mit einem starken Licht direkt ins Gesicht des Vernommenen konnten nach dem CPT nur auf eine unangemessene Berufskultur hindeuten, die sich – abgesehen von der erhöhten Gefahr einer physischen Misshandlung – solcher erdrückenden Umstände des Polizeigewahrsams bedient.⁶⁰⁰ Verschärft wurde die Einschüchterung dadurch, dass den Beschuldigten insbesondere in Fällen von Terrorismus oder organisierter Kriminalität stets die Augen verbunden

⁵⁹⁶ *Öztürk*, Alacakaptan Armağanı, S. 605; *Şahin*, S. 198; siehe auch oben Kap. 4, II.A.2.a)dd).

⁵⁹⁷ *Tosun*, S. 642 f.

⁵⁹⁸ *Özbudun*, Haberleşmenin Gizliliği, S. 272; *Erem*, S. 160.

⁵⁹⁹ Siehe oben Kap. 4, II.A.3.

⁶⁰⁰ CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 02. bis 14.09.2001, Rn. 24.; vgl. CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 07. bis 15.09.2003, Rn. 35 ff., in dem das Komitee die Fortschritte hinsichtlich der Umstände in den Polizeiräumlichkeiten feststellt.

wurden.⁶⁰¹ Erst 2009 berichtet das CPT von einer beachtlichen Verbesserung hinsichtlich der Umstände in den Vernehmungsräumlichkeiten.⁶⁰²

Die Vernehmung des Beschuldigten im Polizeigewahrsam hat allerdings in der Praxis weiterhin das klare Ziel, an sein Tatwissen heranzukommen. 2000 machten etwa die Vernehmungsbeamten in der Provinz *Tunceli* gegenüber den Mitgliedern des Menschenrechtsausschusses des türkischen Parlaments bei einem Besuch keinen Hehl daraus, dass es das Ziel der Vernehmung ist, den Beschuldigten „zu zermürben“. Auf die Frage, warum keine weiblichen Beamten an Vernehmungen teilnehmen, antworteten sie, weil „dies eine Männersache ist“.⁶⁰³ Auch aktuell scheint sich daran nicht viel geändert zu haben, wenn man etwa die Meldung in der Presse aus dem Jahr 2011 liest: „den schweigenden Beschuldigten hat die Polizei durch die emotionale Methode zermürbt, indem sie seine Eltern in die Vernehmung einbanden“.⁶⁰⁴

Eine Auseinandersetzung mit diesen Umständen des Polizeigewahrsams im Hinblick auf das Verbot unzulässiger Vernehmungsmethoden nach § 135a tStPO von 1929 oder § 148 tStPO von 2004 ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht ersichtlich. In der Literatur vertritt *Yenisey* den Standpunkt, dass auf den Beschuldigten ein gewisser Druck ausgeübt werden darf, damit er aussagt. Dieser dürfe allerdings nicht so stark werden, dass sein Wille dadurch beeinflusst wird.⁶⁰⁵ Nach *Yenisey* sind alle Umstände des Einzelfalles dahingehend zu berücksichtigen, ob ein Geständnis in diesem Sinn freiwillig ist, wobei er die Umstände selbst nicht nennt. Damit geht *Yenisey* offensichtlich von einer Erheblichkeitsschwelle aus, die die Grenze zwischen zulässiger und unzulässiger Druckausübung markieren soll. Seinem Erheblichkeitsargument hinsichtlich der Druckausübung kann allerdings nicht beigeplant werden, weil § 148 Abs. 1 tStPO von 2004 nicht nur den Ausagedruck, sondern auch die Täuschung verbietet, die jedenfalls ihrem Wortlaut nach auch Methoden umfasst, die keinen Druck erzeugen. Überzeugender ist es daher, die Erheblichkeitsschwelle bei der Täuschung und nicht bei der Druckausübung anzusiedeln.

⁶⁰¹ CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 02. bis 14.09.2001, Rn. 30 f.; siehe außerdem CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 07. bis 15.09.2003, Rn. 12; CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 16. bis 29.03.2004, Rn. 17.

⁶⁰² CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 04. bis 17.06.2009, Rn. 31.

⁶⁰³ Bericht des türkischen Parlaments über Strafverfolgung und Strafvollzug in *Tunceli* v. 1998 und 2000, S. 9.

⁶⁰⁴ <http://www.haber7.com/guncel/haber/813793-ifade-vermeyeyen-pkkliyi-cozen-yontem> [Stand: 02.04.2014].

⁶⁰⁵ *Yenisey*, CHD 4/2007, 44 f.

C. Rechtlicher Zwang

1. Unmittelbarer rechtlicher Zwang

Nach dem tVerfG richtet sich das Verbot des Selbstbelastungszwangs in Art. 38 Abs. 5 tVerf. in erster Linie an den Gesetzgeber, der keine Regelung vornehmen darf, die jemanden dazu zwingt, gegen sich selbst auszusagen. Hierzu gehört unumstritten, das Schweigen des Beschuldigten unter Strafe zu stellen.⁶⁰⁶ Mit diesem verfassungsrechtlichen Gebot stimmt das tStGB von 2004 überein. Auch seine Falschaussage stellt nach § 272 tStGB von 2004 an sich keine Straftat dar,⁶⁰⁷ deren Täter nur ein Zeuge sein kann.⁶⁰⁸ Allerdings besteht in der höchstrichterlichen Rechtsprechung⁶⁰⁹ sowie in der Literatur⁶¹⁰ Unklarheit darüber, ob sich auch ein Beschuldigter, der nach § 50 Abs. 1 lit. c tStPO von 2004 als Beteiligter, Begünstigter oder Hehler in Betracht kommt und in eigener Sache als – wenn auch unvereidigter – Zeuge angehört wird,⁶¹¹ des Falschaussagens schuldig machen kann. Wie bereits oben festgestellt, wäre eine solche Auslegung verfassungswidrig (Art. 38 Abs. 5 tVerf.), da der Beschuldigte einem unmittelbaren rechtlichen Zwang zur Selbstbelastung ausgesetzt würde. Die Gefahr einer solchen verfassungswidrigen Zwangsausübung ergibt sich außerdem aus der Rechtsprechung des Kassationsgerichtshofs, die auch im Hinblick auf das Falschaussagen nach § 272 tStGB von 2004 nicht differenziert, ob ein tatsächlich Beschuldigter von Strafverfolgungsorganen ungerechtfertigt als Zeuge behandelt wurde.⁶¹²

Gleichzeitig unterstreicht der KGH, dass niemand verpflichtet ist, sich selbst anzuzeigen, wobei er dies formell aus dem Recht auf Verteidigung ableitet. Die Straftaten im tStGB von 2004 seien daher unter Berücksichtigung dieses Grundsatzes auszulegen. Dementsprechend mache sich etwa ein öffentlicher Bediensteter nicht der Nichtmitteilung einer Straftat gem. § 279 Abs. 1 tStGB von 2004 strafbar, wenn er seine eigene Straftat den zuständigen Stellen verschweigt.⁶¹³ Der KGH

⁶⁰⁶ AYM Entsch. v. 20.06.2011 E. 2010/52 K. 2011/113, R.G. v. 15.10.2011-28085; *Tosun*, S. 641; *Aydın*, TBBD 91/2009, 165.

⁶⁰⁷ *Şahin*, S. 116; *Şahinkaya*, S. 164; *İnceoğlu*, S. 109; *Çınar*, YD 23/1997, 271; *Erem*, İHY 14/1992, 38; *Yıldırım*, ABD 5-6/1988, 694.

⁶⁰⁸ *Tezcan/Erdem/Önok*, S. 991; *Meran*, S. 271; zu Falschaussagen eines Zeugen siehe 9. YCD Entsch. v. 19.06.2013 E. 2013/4413 K. 2013/9411 (kazancı).

⁶⁰⁹ Eher ablehnend 4. YCD Urt. v. 15.09.1993 E. 1993/5002 K. 1993/6077, YKD 3/1994, S. 479; 4. YCD Urt. v. 06.05.2002, E. 2002/5840 K. 2002/7908, YKD 6/2003, S. 988; 9. YCD Urt. v. 20.02.2013 in: *Artuk/Gökçen/Yenidünya*, S. 7843.

⁶¹⁰ Ausdrücklich ablehnend *Tezcan/Erdem/Önok*, S. 992; *Yaşar/Gökcan/Artaç*, S. 8193; differenzierend *İçer*, MÜHF-HAD 18/2012, 186 ff.; *Meran*, S. 271.

⁶¹¹ Hierzu siehe oben Kap. 4, II.B.3.c)bb).

⁶¹² So etwa 9. YCD Urt. v. 12.02.2013, 10684/2004 in: *Artuk/Gökçen/Yenidünya*, S. 7859; 4. YCD Urt. v. 10.09.2012 E. 2010/27706 K. 2012/16546 in: *Yaşar/Gökcan/Artaç*, S. 8204.

⁶¹³ YCGK Urt. v. 16.06.2009 E. 2008/4. MD-178 K. 2009/159 (kazancı).

scheint sogar von einer weit zu verstehenden Selbstanzeigefreiheit auszugehen. Es liege nämlich keine versuchte Strafvereitelung gem. § 277 tStGB von 2004 vor, wenn der spätere Beschuldigte in einem amtlichen Schreiben an die Staatsanwaltschaft, das er als zuständiger Beamter der Zollbehörde unterschrieben hat, die Einstellung des Ermittlungsverfahrens nahelegte, das im Nachhinein wegen Amtsmisbrauchs in derselben Strafsache auf ihn erstreckt wurde. Denn auch dies unterfalle seinem Verteidigungsrecht.⁶¹⁴

In der Literatur besteht dagegen Einigkeit darüber, dass jemand den Bereich der straffreien Selbstbegünstigung, der zum Schutze einer Person vor gesetzlichem Zwang zur Selbstbelastung erforderlich ist, verlässt, sobald er sich nicht passiv, sondern aktiv verhält und dabei andere strafrechtlich schutzwürdige Rechtsgüter verletzt.⁶¹⁵ Dementsprechend macht sich ein Beschuldigter des § 267 tStGB von 2004 strafbar, wenn er eine andere Person falsch bezichtigt.⁶¹⁶ Dasselbe gilt für die Nutzung eines Ausweises oder von Personaldaten eines anderen gem. § 268 tStGB von 2004⁶¹⁷ oder für die Angabe einer fiktiven Identität gem. § 206 tStGB von 2004.⁶¹⁸ Dass die Lüge des Beschuldigten durch das tStGB nicht durchgehend geschützt wird, sieht ein Teil der Literatur als einen Beleg dafür an, dass sie auch strafprozessuale Konsequenzen, etwa durch eine nachteilige Verwertung bei der Beweiswürdigung, zur Folge haben kann.⁶¹⁹ Diese Frage hat allerdings in der Rechtsprechung des Kassationsgerichtshofs bis jetzt keine Klärung gefunden, obwohl sie die Reichweite der Aussagefreiheit des Beschuldigten vor mittelbarem Zwang entscheidend betrifft.

2. Mittelbarer rechtlicher Zwang

Schon an der Mehrzahl der Entscheidungen des Kassationsgerichtshofs, in denen der KGH der nachteiligen Berücksichtigung des Aussageverhaltens eines Beschuldigten bei der Strafzumessung (vgl. 62 tStGB von 2004) entscheidend entgegentritt,⁶²⁰ lässt sich erahnen, dass diese Frage auch im Hinblick auf die Beweiswürdi-

⁶¹⁴ YCGK Urt. v. 16.06.2009 E. 2008/4.MD-178 K. 2009/159 (kazancı); in diese Richtung auch *Ünver/Hakeri*, I. Band, S. 99.

⁶¹⁵ Stellvertretend *Şahin*, S. 115; *Yıldırım*, ABD 5-6/1988, 694.

⁶¹⁶ *Şahin*, Ceza Muhakemesi, S. 161; *İtişgen*, S. 32.

⁶¹⁷ 11. YCD Entsch. v. 25.11.2008 E. 2008/43 K. 2008/12412 (kazancı); 11. YCD Entsch. v. 26.01.2010 E. 2007/4408 K. 2010/87 (kazancı).

⁶¹⁸ 4. YCD Entsch. v. 21.11.2007 E. 2006/4634 K. 2007/9761 (kazancı); 11. YCD Entsch. v. 27.02.2008 E. 2006/3130 K. 2008/1104 (kazancı); kritisch hiergegen *Ünver*, Das türkische Strafrecht, S. 340.

⁶¹⁹ *İtişgen*, S. 32; a.A. *Şahin*, S. 116; *Şahinkaya*, S. 164.

⁶²⁰ Hierzu siehe etwa 13. YCD Entsch. v. 10.09.2012 E. 2011/14728 K. 2012/18393 (kazancı); 3. YCD Entsch. v. 16.04.2012 E. 2011/31970 K. 2012/15894 (kazancı); 5. YCD Entsch. v. 17.04.2006 E. 2006/721 K. 2006/3191 (kazancı); 4. YCD Entsch. v. 12.02.2007 E. 2006/10273 K. 2007/1425 (kazancı); 4. YCD Entsch. v. 02.03.2009 E. 2007/8281

gung in der Rechtswirklichkeit von großer Bedeutung ist. Zum Nachteil des Beschuldigten bei der erstinstanzlichen Strafzumessung werden in der Praxis etwa sein Schweigen,⁶²¹ gänzlichliches Abstreiten des Tatvorwurfs⁶²² oder unterschiedliche Aussagen in verschiedenen Verfahrensphasen⁶²³ herangezogen. Die Tatgerichte begründen dies teilweise damit, dass der Beschuldigte durch sein unkooperatives Verhalten nicht bei der Aufklärung der Tat behilflich gewesen sei.⁶²⁴ In gefestigter Rechtsprechung betont der KGH, dass dem Beschuldigten keine strafprozessualen Nachteile aus diesem Aussageverhalten entstehen dürfen, weil er nach § 147 Abs. 1 lit. e tStPO von 2004 (bzw. § 135 Abs. 1 tStPO von 1929) das Recht auf Schweigen hat⁶²⁵ und dieses Verhalten als natürliche Form einer Verteidigung die Ausübung seines Verteidigungsrechts darstellt.⁶²⁶

Es stellt sich nun die Frage, ob und inwiefern diese durch die Rechtsprechung des KGH bei der Strafzumessung anerkannte Aussagefreiheit eines Beschuldigten über das Ob und das Wie seines Aussageverhaltens auch hinsichtlich seiner beweisrechtlichen Berücksichtigung gilt. Dazu wird im Folgenden eine gründliche Analyse der Entscheidungspraxis des Kassationsgerichtshofs vorgenommen. An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass die Rechtsprechung des KGH in diesem Zusammenhang sehr unübersichtlich ist und er diese Frage in seinen Entscheidungen nicht offen thematisiert.

K. 2009/3700 (kazancı); 4. YCD Entsch. v. 12.02.2007 E. 2006/10273 K. 2007/1425 (kazancı); 4. YCD Entsch. v. 04.11.2003 E. 2002/29003 K. 2003/10746 (kazancı); 4. YCD Entsch. v. 21.02.2005 E. 2003/17173 K. 2005/1151 (kazancı); 9. YCD Entsch. v. 21.02.2005 E. 2004/9048 K. 2005/810 (kazancı); 4. YCD Entsch. v. 20.10.2003 E. 2002/27882 K. 2003/9681 (kazancı); 6. YCD Entsch. v. 23.10.2003 E. 2002/18241 K. 2003/7415 (kazancı); 4. YCD Entsch. v. 25.12.2002 E. 2002/16315 K. 2002/19209 (kazancı); 4. YCD Entsch. v. 07.05.2002 E. 2002/6194 K. 2002/8056 (kazancı); 4. YCD Entsch. v. 10.04.2002 E. 2002/3896 K. 2002/6158 (kazancı); 4. YCD Entsch. v. 28.11.2001 E. 2001/14327 K. 2001/15443 (kazancı); 4. YCD Entsch. v. 27.02.2001 E. 2000/6877 K. 2001/2463 (kazancı); 4. YCD Entsch. v. 05.02.2001 E. 2001/278 K. 2001/1158 (kazancı); 4. YCD Entsch. v. 04.10.2000 E. 2000/6772 K. 2000/6305 (kazancı); 4. YCD Entsch. v. 14.05.2000 E. 2000/4086 K. 2000/3968 (kazancı); 4. YCD Entsch. v. 24.03.1999 E. 1999/2294 K. 1999/3346 (kazancı); 4. YCD Entsch. v. 15.03.1999 E. 1999/1908 K. 1999/2664 (kazancı); 4. YCD Entsch. v. 30.11.1998 E. 1998/10507 K. 1998/10749 (kazancı); 4. YCD Entsch. v. 19.10.1998 E. 1998/8242 K. 1998/9182 (kazancı); 4. YCD Entsch. v. 11.11.1996 E. 1996/7406 K. 1996/8372 (kazancı); a.A. 1. YCD Entsch. v. 19.12.2011 E. 2009/10241 K. 2011/8043 (kazancı); kritisch hiergegen *Ünver/Hakeri*, I. Band, S. 290.

⁶²¹ Vgl. 4. YCD Entsch. v. 02.12.2008 E. 2008/10723 K. 2008/21522 (kazancı).

⁶²² Vgl. 4. YCD Entsch. v. 27.03.2002 E. 2002/3196 K. 2002/4897 (kazancı); 4. YCD Entsch. v. 12.05.2004 E. 2003/19103 K. 2004/6143 (kazancı).

⁶²³ Vgl. 3. YCD Entsch. v. 27.06.2007 E. 2006/5831 K. 2007/5364 (kazancı).

⁶²⁴ Vgl. 4. YCD Entsch. v. 19.03.1998 E. 1998/1609 K. 1998/2562 (kazancı).

⁶²⁵ Stellvertretend 4. YCD Entsch. v. 03.04.2002 E. 2002/3126 K. 2002/5406 (kazancı).

⁶²⁶ 8. YCD Entsch. v. 10.04.2002 E. 2001/12370 K. 2002/4917 (kazancı).

a) *Rechtliche Aspekte der Zulässigkeit in der Literatur*

In der Literatur sind die Meinungen geteilt, wobei sie bedauerlicherweise sehr theoretisch bleiben und auf die einschlägigen Entscheidungen des Kassationsgerichtshofs kaum Bezug nehmen. Auch hier wird diese Frage teilweise im Licht des deutschen⁶²⁷ oder englischen⁶²⁸ Rechts oder der Rechtsprechung des EGMR behandelt,⁶²⁹ und eine eigene Auslegung des geltenden türkischen Rechts im Licht konkreter Fälle bleibt weitgehend aus.

aa) Gründe gegen eine nachteilige Verwertung

Es wird angenommen, dass eine nachteilige Verwertung des Aussageverhaltens eines Beschuldigten ihn, wenn auch mittelbar, einem psychischen Zwang aussetzen kann. Denn seine Befürchtung ist berechtigt, dass diese bei der Beweiswürdigung rechtlich oder faktisch erfolgen kann.⁶³⁰ Ein Teil der Literatur spricht sich gegen jede nachteilige Verwertung der Ausübung der Aussagefreiheit aus, weil dies eine ungerechtfertigte Einschränkung bedeute.⁶³¹ Dabei beruft man sich im Wesentlichen darauf, dass der Gebrauch eines Rechts seinem Inhaber nie zum Nachteil gereichen darf.⁶³² Eine nachteilige Verwertung wäre außerdem unfair⁶³³ oder das Anzeichen einer voreingenommenen Einstellung des Richters.⁶³⁴ Darüber hinaus verschiebe sie die Beweislast auf den Beschuldigten.⁶³⁵ Des Weiteren wird angeführt, dass die nachteilige Verwertung eines Aussageverhaltens des Beschuldigten im Regelfall das Vorliegen eines schuldrelevanten Motivs voraussetze. Diese sei allerdings etwa beim vollständigen Schweigen weder erfahrungsgemäß gegeben noch sei das Motiv einer bestimmten Art des Aussagens erforschbar.⁶³⁶ Insofern liege zur richterlichen Beweiswürdigung nichts vor, was zu verwerten wäre,⁶³⁷ wobei dies nach einer abweichenden Ansicht die Verwertung einer teilweisen Einlassung

⁶²⁷ Vgl. *Kocaoğlu*, ABD 1/2011, 38; *Şahin*, S. 109 ff.; *ders.*, Ceza Muhakemesi, S. 160 f.

⁶²⁸ *Eryılmaz*, S. 124 ff.

⁶²⁹ *Aydın*, TBBD 91/2009, 161; *Atlıhan*, AÜEHFD 8/2004, 319.

⁶³⁰ *Eryılmaz*, S. 125.

⁶³¹ Vgl. *Centel/Zafer*, S. 148; *Kocaoğlu*, ABD 1/2011, 38; *Karakehya*, S. 160 ff.; *Şahinkaya*, S. 166.

⁶³² *Erem*, YD 18/1992, 298; *Kibar*, S. 49; *Şahinkaya*, S. 166; *Üzülmmez*, TBBD 58/2005, 60; *Centel/Zafer*, S. 149; *Ünver/Hakeri*, I. Band, S. 87.

⁶³³ *Kocaoğlu*, ABD 1/2011, 37.

⁶³⁴ *Demirbaş*, S. 85.

⁶³⁵ *Ünver*, CHD 2006, 153; hierzu siehe auch oben Kap. 4, II.B.1.d)cc).

⁶³⁶ Vgl. *Erem*, YD 18/1992, 298; *Kibar*, S. 49; *Inceoğlu*, S. 124.

⁶³⁷ Vgl. *Kocaoğlu*, ABD 1/2011, 39; *Şahinkaya*, S. 166; *Ünver*, CHD 2006, 153; *Üzülmmez*, TBBD 58/2005, 60.

nicht ausschlieÙe.⁶³⁸ Schließlich wird darauf hingewiesen, dass eine nachteilige Verwertung des Schweigens des Beschuldigten auch der Wahrheitsfindung nicht dienlich ist, weil es besser ist, dass sich der Beschuldigte irgendwann und irgendwie zur Sache einlässt. Seine entsprechende Befürchtung würde seine Bereitschaft zum Aussagen hemmen oder beeinträchtigen.⁶³⁹

bb) Gründe für eine nachteilige Verwertung

Diese Argumente stoßen in der Literatur nicht immer auf Zustimmung. So betrachtet man das Schweigerecht nicht als eingeschränkt, solange das Schweigen des Beschuldigten als solches nicht als Geständnis angesehen wird.⁶⁴⁰ Ansonsten stehe er auch mit seinem gesamten Aussageverhalten der freien richterlichen Beweiswürdigung zur Verfügung.⁶⁴¹ So dürfe sein Schweigen als Indizienbeweis zu seinem Nachteil verwertet werden, wenn alle Beweise gegen ihn sprechen.⁶⁴² Insofern lasse sich doch das Motiv des Schweigens aus den Umständen des Einzelfalls schlussfolgern.⁶⁴³ Ebenso könne man aus einem „impliziten“ Geständnis des Beschuldigten ein „vollständiges“ gewinnen, wenn dies die einzige vernünftige Interpretation der vom Beschuldigten verwendeten Worte ist.⁶⁴⁴ Teilweise wird es faktisch für unmöglich gehalten, dass das Schweigen des Beschuldigten trotz seiner rechtlichen Berechtigung auf den Richter keine nachteilige Wirkung ausübt.⁶⁴⁵ Das Argument der Unfairness überzeuge ebenso wenig, weil es bereits in der Rechtsprechung des EGMR bezüglich des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK anerkannt sei, dass das Schweigen des Beschuldigten unter Umständen zu seinem Nachteil verwertet werden dürfe.⁶⁴⁶ Eine Beweislastumkehr müsse es bei einer nachteiligen Verwertung nicht stets geben, wenn die Anschuldigungen hinreichend begründet sind und der nachteiligen Verwertung nur ein Indizienwert zukommt.⁶⁴⁷

Ein Teil der Literatur geht erstaunlicherweise darüber hinaus, indem Erfahrungssätze hinsichtlich der Aussagepsychologie von Beschuldigten entwickelt werden, die nach den Autoren beinahe eine allgemeine Gültigkeit haben und im Ergebnis fast eine faktische Schuldvermutung darstellen. So sei nach *Tosun* leider wahr, dass

⁶³⁸ *Şahin*, Ceza Muhakemesi, S. 160.

⁶³⁹ *Kocaoğlu*, ABD 1/2011, 39; *İnceoğlu*, S. 109; *Yıldırım*, ABD 5-6/1988, 694.

⁶⁴⁰ *Çolak*, YD 3/1999, 329.

⁶⁴¹ *Eryılmaz*, S. 124.

⁶⁴² *Cihan*, IÜHFMD 50/1984, 148; so auch im Ergebnis *Atlıhan*, AÜEHFD 8/2004, 319; a.A. *Ünver*, CHD 2006, 154.

⁶⁴³ *Çolak*, YD 3/1999, 329; so auch im Ergebnis *Özgenç*, MÜHFD 19/1995, 141 Fn. 45.

⁶⁴⁴ *Bıçak*, S. 152.

⁶⁴⁵ *Taner*, S. 125; vgl. *İtişgen*, S. 234; *Kocaoğlu*, ABD 1/2011, 39; *Eryılmaz*, S. 124.

⁶⁴⁶ *Aydın*, TBBD 91/2009, 161.

⁶⁴⁷ *Eryılmaz*, S. 124; in diese Richtung auch *İtişgen*, S. 33.

die Beschuldigenaussagen mehrheitlich unwahr sind. Der schuldige Beschuldigte würde meist sein Fehlverhalten verheimlichen. Die Strafe als Konsequenz seines Fehlverhaltens komme ihm als Qual vor. Jedes Geschöpf sei bestrebt, Qualen zu vermeiden. Daher würde auch der Beschuldigte versuchen, diesen zu entkommen und dabei nicht die Wahrheit sagen.⁶⁴⁸ Völlig unklar bleibt bei *Tosun* nicht nur die Herkunft dieses vermeintlichen Erfahrungssatzes, sondern auch seine konkrete Bedeutung für die richterliche Beweiswürdigung. Seine Ausführungen lassen sich dennoch dahingehend verstehen, dass jede Zurückweisung von Schuld in erster Linie erfolgt, um der Strafe zu entkommen, sobald eine Person den Status eines Beschuldigten einnimmt. Eine identische Schlussfolgerung lässt sich außerdem aus der Feststellung von *Eryilmaz* entnehmen, dass Terrorverdächtige in der Regel gut geschult sind, unterschiedlichen Vernehmungsmethoden durch Schweigen zu widerstehen.⁶⁴⁹

b) Erheblichkeit

Das Schweigen des Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung war lange Zeit eine Seltenheit, zumal sein Recht darauf erst durch die Strafprozessnovelle von 1992 in § 135 Abs. 1 tStPO von 1929 ausdrücklich eingeführt wurde.⁶⁵⁰ Laut einer danach durchgeführten kleinen Studie von 1999 machte nur 1 % der sogenannten ordentlichen Beschuldigten in den 26 erfassten Polizei- und Gendarmeriestationen von ihrem Schweigerecht Gebrauch. Bei den Terrorverdächtigten lag der Anteil dagegen bei 20 %. Die Gründe dafür liegen nach *Eryilmaz* zum einen darin, dass die Beschuldigten wissen, dass das Schweigen nach kriminalistischer Erfahrung der Polizei absolut als Beleg ihrer Schuld angesehen wird. Zum anderen hätten sie im Regelfall mehrere Motive für eine Aussage. So würden sie sich durch ihre Aussagebereitschaft eine bessere Behandlung im Polizeigewahrsam und Strafminderung in der Hauptverhandlung erhoffen. Außerdem würden sie teilweise davon ausgehen, einen Erfolg von Ermittlungen gegen sich besser durch eine Alibi-beauptung als durch Schweigen vereiteln zu können.⁶⁵¹

In der Tat lässt sich das Argument der besseren Behandlung in Anbetracht der brutalen Vernehmungsmethoden in den Polizeistationen bis in 2000er-Jahre hinein nachvollziehen.⁶⁵² In den jüngsten Gerichtsentscheidungen sind daher nun zunehmend Fälle anzutreffen, in denen vom Schweigerecht bei polizeilichen Vernehmungen Gebrauch gemacht wird.⁶⁵³ Allerdings bleiben die Feststellungen von

⁶⁴⁸ *Tosun*, S. 753; ähnlich auch *Çolak*, YD 3/1999, 319.

⁶⁴⁹ *Eryilmaz*, S. 200.

⁶⁵⁰ Hierzu siehe oben Kap. 4, II.A.3.c).

⁶⁵¹ *Eryilmaz*, S. 194 ff.; hierzu siehe auch *Şahinkaya*, S. 169.

⁶⁵² Hierzu siehe oben Kap. 4, II.A.3.d).

⁶⁵³ Siehe etwa YCGK Urt. v. 14.12.2010 E. 2010/9-88 K. 2010/255 (kazancı); YCGK Urt. v. 14.02.2012 E. 2011/10-212 K. 2012/42 (kazancı); vgl. *Arıcan*, İfade Alma, S. 283.

Eryilmaz doch sehr pauschal und von lediglich kriminalistischer Natur, wenn er einige Arten von Aussageverhalten, wie hoher Anteil des Schweigens bei Terrorverdächtigen oder Vorbringen einer Alibibehauptung, unmittelbar auf die Schuld der Beschuldigten zurückführt. Denn dies wird erst beim Vorliegen hinreichender Beweise durch das Gericht nach der Hauptverhandlung festgestellt. Außerdem sind diese kriminalistischen Denkmuster von keiner beweisrechtlichen Bedeutung, wenn die Beweislage gegen den Beschuldigten sehr dünn ist.⁶⁵⁴ *Eryilmaz* ist dagegen von der Ermittlungsarbeit der Polizei dermaßen überzeugt, dass er meint, ein Beschuldigter habe im Regelfall keine realistische Chance, sich durch Schweigen gegen erhärtete und durch Beweise substantiierte Verdachtsmomente erfolgreich zu verteidigen. Daher sei grundsätzlich davon abzuraten, bei der polizeilichen Vernehmung zu schweigen.⁶⁵⁵ Auch dieser Feststellung kann nicht zugestimmt werden, weil die Ermittlungsarbeit der Polizei lange Zeit durch den sogenannten Ansatz „durch den Beschuldigten zu Beweismitteln“ geprägt war. Dieser war, wie oben bereits dargelegt, übrigens ein Grund der verbreiteten Folter- und Misshandlungspraxis im Polizeigewahrsam.⁶⁵⁶

Zutreffend ist allerdings die Literaturmeinung, die einen wohlüberlegten Gebrauch des Schweigerechts nahelegt, weil ein Beschuldigter dadurch der Möglichkeit verlustig gehen kann, das Gericht auf vorliegende Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe aufmerksam zu machen.⁶⁵⁷ In der Tat genießt der Beschuldigte in der Rechtsprechung des Kassationsgerichtshofs u.U. einen besseren Schutz, wenn er eine Alibibehauptung vorträgt, die nach dem KGH im Zweifelsfall dem Urteil zugrunde zu legen ist.⁶⁵⁸

c) Beweisrechtliche Grundsätze

Im Allgemeinen gilt nach der h.M. in der Rechtsprechung und in der Literatur im Strafverfahren der Grundsatz der Beweismittelfreiheit (vgl. § 213 Abs. 2 tStPO von 2004).⁶⁵⁹ Bei seiner eigenen Beweiswürdigung anhand des Aktenbestands im Revisionsverfahren läßt der Kassationsgerichtshof etwa nachrichtendienstliche Berichte der Polizei über einen Beschuldigten⁶⁶⁰ oder seine Vorstrafen als Indizienbeweise zu.⁶⁶¹ Außerdem zieht der KGH bei der Beweiswürdigung Erfahrungssätze wie den

⁶⁵⁴ YCGK Urt. v. 14.12.2010 E. 2010/9-88 K. 2010/255 (kazancı).

⁶⁵⁵ *Eryilmaz*, S. 200 f.

⁶⁵⁶ Hierzu siehe oben Kap. 4, II.A.3.b)dd).

⁶⁵⁷ Vgl. *Yurtcan*, S. 154; *Aydın*, TBBD 91/2009, 177; *Kocaoğlu*, ABD 1/2011, 50; *Şahinkaya*, S. 167; *Demirbaş*, S. 132.

⁶⁵⁸ Hierzu siehe oben Kap. 4, II.B.1.c)bb)(2).

⁶⁵⁹ Hierzu siehe unten Kap. 4, VI.B.1.

⁶⁶⁰ YCGK Urt. v. 09.12.2003 E. 2003/10-260 K. 2003/284, YKD 30/2004, 602 ff.

⁶⁶¹ YCGK Urt. v. 15.03.2005 E. 2005/10-15 K. 2005/29 (kazancı); siehe auch YCGK Urt. v. 17.11.2009 E. 2009/7-160 K. 2009/264 (kazancı).

normalen Gang des Lebens heran.⁶⁶² Ein solches Beweisverfahren zur Tatsachenfeststellung im Revisionsverfahren führt dazu, dass die bereits oben genannten gängigen kriminalistischen Gedankenmuster auch vom KGH sehr oft verwendet werden (dazu ausführlich unten).⁶⁶³

Darüber hinaus betrachtet der KGH die nachteilige Verwertung von Gesten und Mimik eines Beschuldigten durch das Tatgericht als zulässig.⁶⁶⁴ Sein Tatwissen stelle ein wichtiges Beweismittel dar, das die Ermittlungen und die Bildung der richterlichen Überzeugung erheblich erleichtere.⁶⁶⁵ Ein solcher Geständnisbeweis liege vor, wenn der Beschuldigte tatrelevante Umstände offenbart.⁶⁶⁶ In diesem Zusammenhang geht der KGH von mehreren Kategorien eines Geständnisses aus, denen ein Beweiswert in seiner Entscheidungspraxis zukommt. Analysiert man seine Spruchpraxis, so lässt sich feststellen, dass ein Geständnis „teilweise“ (*kısmi*),⁶⁶⁷ „indirekt“ (*dolaylı*),⁶⁶⁸ „ausweichend“ (*kaçamaklı*)⁶⁶⁹ oder „umdeutend“ (*tevilli*)⁶⁷⁰ sein kann.⁶⁷¹ Dabei lässt sich nicht immer eindeutig feststellen, ob der KGH bei einem Beschuldigten seine Entscheidung über das Ob, Wann und Wie der Ausübung der Aussagefreiheit nachteilig verwertet oder die bereits von ihm gemachten Aussagen, etwa sein Alibi, im Licht der vorliegenden Beweise würdigt. Noch unüberschaubarer wird die Entscheidungspraxis des KGH bezüglich der Würdigung von Beschuldigtengeständnissen schließlich dadurch, dass er dabei teilweise von Beweisregeln ausgeht. Entgegen der h.M. in der Literatur⁶⁷² nimmt nämlich der KGH an, dass ein Geständnis unteilbar sei. Das Tatgericht dürfe hier nach nicht derart vorgehen, dass es einen Teil des Geständnisses für wahr, den anderen für unwahr hält.⁶⁷³ Das Prinzip der Unteilbarkeit gelte auch für das Geständnis

⁶⁶² YCGK Urt. v. 29.11.2005 E. 2005/7 K. 2005/150, YKD 32/2006, 472.

⁶⁶³ Kap. 4, III.C.2.d).

⁶⁶⁴ 1. YCD Entsch. v. 27.03.2002 E. 2002/143 K. 2002/1024 (kazancı); kritisch hiergegen *Ünver*, CHD 2006, 109.

⁶⁶⁵ YCGK Urt. v. 17.11.2009 E. 2009/7-160 K. 2009/364 (kazancı).

⁶⁶⁶ YCGK Urt. v. 17.11.2009 E. 2009/7-160 K. 2009/264 (kazancı); YGCK Urt. v. 29.11.2005 E. 2005/7-144 K. 2005/150 (kazancı) = YKD, 32/2006, 471; für die Definition des Geständnisses siehe auch YCGK Urt. v. 24.03.1980 E. 980/8-1 K. 980/121, ABD 3/1980, 389.

⁶⁶⁷ 9. YCD Entsch. v. 21.06.1995 E. 1995/3807 K. 1995/4314 (kazancı); 5. YCD Entsch. v. 13.04.2009 E. 2008/217 K. 2009/4552 (kazancı).

⁶⁶⁸ 10. YCD Entsch. v. 19.12.2005 E. 2004/21023 K. 2005/19087 (kazancı).

⁶⁶⁹ YCGK Urt. v. 02.06.2009 E. 2008/8-263 K. 2009/142 (kazancı); 4. YCD Entsch. v. 22.09.2003 E. 2002/22767 K. 2003/7895 (kararevi).

⁶⁷⁰ 1. YCD Entsch. v. 19.12.2011 E. 2009/10241 K. 2011/8043 (kazancı).

⁶⁷¹ Zur Kategorisierung von Geständnissen siehe auch *Taner*, S. 223; *Çolak*, YD 3/1999, 319–328; *Bıçak*, S. 152.

⁶⁷² *Taner*, S. 223; *Kunter*, S. 469; *Erem*, S. 376; *Çolak*, YD 3/1999, 316.

⁶⁷³ YCGK Urt. v. 20.05.1991 E. 1991/1-131 K. 1991/166, YKD 18/1992, 930; YCGK Urt. v. 10.04.1978 E. 35 K. 122 in: *Özel*, S. 1030; a.A. *Çolak*, YD 3/1999, 328.

eines Mitbeschuldigten. Dementsprechend dürfe dieses nicht der Verurteilung des Beschuldigten zugrunde gelegt werden, wenn der Mitbeschuldigte auf der Grundlage desselben Geständnisses freigesprochen wurde.⁶⁷⁴ Durch diese Spruchpraxis dringt der KGH in die weitgehenden Details der tatgerichtlichen Beweiswürdigung ein.⁶⁷⁵ Schließlich wird in der Praxis unter der Unteilbarkeit eines Geständnisses auch der Fall verstanden, dass der Beschuldigte bei der polizeilichen Vernehmung ein Geständnis ablegt und dies nun in der Hauptverhandlung widerruft. Das sei in Anbetracht dieses Prinzips unbeachtlich, auch wenn das Geständnis erwiesenermaßen (!) unter physischem Aussagezwang zustande gekommen ist.⁶⁷⁶

Eine Begründung für diese Regeln bei der Würdigung eines Geständnisbeweises ist in der Spruchpraxis des Kassationsgerichtshofs nicht ersichtlich. Bei näherem Hinsehen ergibt sich, dass sie ein weiteres Überbleibsel des osmanischen Rechts sind, das im Straf- und Zivilverfahrensrecht keine scharfe Trennung des Beweisrechts kennt.⁶⁷⁷

d) Fallgruppen

aa) Vollständiges Schweigen

Es ist in der Rechtsprechung des Kassationsgerichtshofs entsprechend § 67 des osmanischen Zivilgesetzbuchs *Mecelle* anerkannt, dass das Schweigen des Beschuldigten nicht mit einem Geständnis gleichgesetzt werden darf.⁶⁷⁸ Nach dem KGH liegt ebenfalls Schweigen vor, wenn der Beschuldigte den Schuldvorwurf bloß bestreitet. Denn auch in diesem Fall sei keine Aussage für eine Würdigung vorhanden.⁶⁷⁹ Keine Einlassung bzw. kein Geständnis sei außerdem vorhanden, wenn der Beschuldigte die zivilrechtlichen Entschädigungsansprüche des Opfers anerkennt.⁶⁸⁰ Dagegen betrachtete der Kassationsgerichtshof die abfällige Äußerung eines Beschuldigten bei der Festnahme gegenüber den Polizeibeamten („ihr Faschisten-Hunde“) als tatrelevant und verwertete sie bei seiner Entscheidung über

⁶⁷⁴ YCGK Urt. v. 04.06.1990 E. 1990/1-139 K. 1990/163, YKD 16/1990, 1546.

⁶⁷⁵ Siehe etwa 7. YCD Entsch. v. 26.02.2007 E. 2005/14749 K. 2007/1149 (kazancı).

⁶⁷⁶ Vgl. 8. YCD Entsch. v. 07.05.1997 E. 1997/3447 K. 1997/6774 (kazancı).

⁶⁷⁷ Hierzu siehe oben Kap. 4, II.A.1.b)ee).

⁶⁷⁸ YCGK Urt. v. 19.04.1993, 6-81/110, in: *Mollamahmutoğlu/Savaş*, § 135, S. 765; ebenso im Zivilverfahrensrecht, YHGK Urt. 02.07.2003 E. 2003/7-438 K. 2003/463 (kazancı); so auch die h.M. in der Literatur, *Kunter/Yenisey/Nuhoğlu*, S. 1377 Fn. 6; *İtişgen*, S. 234; *Bıçak*, Suç Muhakemesi, S. 438; *Kocaoğlu*, ABD 1/2011, 38; *Tozman*, EÜHFD 11/2007, 329; *Atıhan*, AÜEHFD 8/2004, 297; *Ünver*, CHD 2006, 153; *Kibar*, S. 49; *İnceoğlu*, S. 123; *Eryılmaz*, S. 124; *Çolak*, YD 3/1999, 329; *Özgeç*, MÜHFD 19/1995, 141 Fn. 45; *Erem*, YD 18/1992, 298; *Yıldırım*, ABD 5-6/1988, 692 f.; *Taner*, S. 125.

⁶⁷⁹ YCGK Urt. v. 05.10.1994 7351/7693, in: *Mollamahmutoğlu/Savaş*, § 135, S. 775 f.; ebenso 4. YCD Entsch. v. 04.10.1995 E. 1994/7351 K. 1994/7693, YKD 21/1995, 1478.

⁶⁸⁰ YCGK Urt. v. 19.04.1993 E. 1993/6-79 K. 1993/108, YKD 19/1993, 1565.

die Mitgliedschaft des Beschuldigten in einer illegalen linken Organisation als Beweismittel (!) zu seinen Lasten.⁶⁸¹ Die unterschiedliche Würdigung der Tatrelevanz des angeführten Aussageverhaltens der Beschuldigten lässt erhebliche Bedenken hinsichtlich der Voreingenommenheit des KGH gegenüber einer bestimmten Gruppe von Beschuldigten aufkommen.

bb) „Umdeutendes“ Geständnis

Der Begriff des sogenannten umdeutenden Geständnisses ist in der Spruchpraxis des Kassationsgerichtshofs nicht definiert. Ihn führt der KGH in unterschiedlichen Fällen des Aussageverhaltens des Beschuldigten an, wobei der KGH teilweise lediglich auf das Vorliegen eines solchen Geständnisses verweist.⁶⁸² Allen Fällen ist gemeinsam, dass sich der Beschuldigte zur Sache eingelassen hat und dabei die dem Gericht bereits bekannten Tatsachen zu seinen Gunsten „umdeutet“.⁶⁸³ Nicht immer eindeutig klar ist es, ob der KGH gerade dieses Aussageverhalten des Beschuldigten nachteilig gegen ihn verwertet oder seine gemachte Aussagen unter Berücksichtigung der vorliegenden Beweise würdigt.⁶⁸⁴ Ebenso wenig lässt sich aus seiner Spruchpraxis entnehmen, ob das Vorliegen eines „umdeutenden“ Geständnisses genauso wie ein „vollständiges“ Geständnis im Regelfall für die Verurteilung eines Beschuldigten hinreichend ist.⁶⁸⁵

In einigen Fällen ist es dagegen klar, dass der KGH in dem teilweisen Schweigen des Beschuldigten ein „umdeutendes“ Geständnis sieht. Dies liegt etwa in dem Fall vor, in dem der Beschuldigte, dem vorgeworfen wird, das Opfer zu sexuellen Handlungen genötigt zu haben, nur angab, an dem Abend bei ihm gewesen zu sein, aber die Vorwürfe selbst bestritt.⁶⁸⁶ In weiteren Fällen zieht der KGH aus dem Vortragen einer Schutzbehauptung nachteilige Schlüsse. So liegt nach dem KGH ein umdeutendes Geständnis des Beschuldigten vor, wenn er behauptet, den Ge-

⁶⁸¹ YCGK Urt. v. 17.04.1995 E. 1995/9-94, K. 1995/117 (kazancı).

⁶⁸² 1. YCD Entsch. v. 19.12.2011 E. 2009/10241 K. 2011/8043 (kazancı); 5. YCD Entsch. v. E. 2007/7133 K. 2007/6568 (UYAP); 9. YCD Entsch. v. 04.06.1991 E. 1991/2037 K. 1991/2248, YKD 17/1991, 1438.

⁶⁸³ Hierzu siehe auch *Erem*, S. 376.

⁶⁸⁴ Zur Würdigung des Alibis selbst YCGK Urt. v. 06.06.1994 1-146/171, in: *Mollamah-mutođlu/Savař*, § 135, S. 755 f.

⁶⁸⁵ Vgl. YCGK Urt. v. 17.11.2009 E. 2009/7-160 K. 2009/264 (kazancı); 7. YCD Entsch. v. 22.06.2005 E. 2003/17151 K. 2005/8610 (kararevi); YGCK Urt. 29.11.2005 E. 2005/7-144 K. 2005/150 (kazancı), YKD 32/2006, S. 471; hierzu siehe auch *Çolak*, YD 3/1999, 329; *Kunter/Yenisey/Nuhođlu*, S. 138, nach denen ein „umdeutendes“ Geständnis für eine Verurteilung nicht hinreichend sei; ebenso *Öztürk* u.a., S. 297.

⁶⁸⁶ 5. YCD Entsch. v. 08.11.2001 E. 2001/587 K. 2001/6701 (hukuktürk); zu ähnlichen Fällen siehe auch 5. YCD Entsch. v. 03.10.2003 E. 2003/8120 K. 2005/21974 (hukuktürk); 5. YCD Entsch. v. 09.10.2003 E. 2002/5164 K. 2003/4889 (hukuktürk); 2. YCD Entsch. v. 27.10.2005 E. 2004/9411 K. 2005/23517 (hukuktürk); 4. YCD Entsch. v. 28.06.1999 E. 1999/6719 K. 1999/7660 (hukuktürk).

schlechtsverkehr mit dem Opfer mit dessen Einwilligung gehabt zu haben.⁶⁸⁷ Ein solches Geständnis habe auch der Beschuldigte abgelegt, der zu seiner Verteidigung vortrug, dass er „niemanden bewusst sexuell belästigt habe, wenn doch, dass er sich wegen Alkoholeinfluss an nichts erinnere“.⁶⁸⁸ Ohne sich mit dem Inhalt des Alibis des Beschuldigten auseinanderzusetzen, stellte der KGH außerdem in einem Fall ein „umdeutendes“ Geständnis fest, in dem sich der Beschuldigte lediglich dahingehend zur Sache einließ, dass er sein Handy seinen Freunden gegeben habe. Diese hätten das Opfer anrufen und sexuell beleidigen können.⁶⁸⁹

Nur in wenigen Fällen würdigte der KGH den Inhalt einer Alibibehauptung. Sieht er sie etwa nicht als glaubwürdig an, so stellt er teilweise fest, dass der Beschuldigte damit das Vermeiden der Strafe bezwecke.⁶⁹⁰ Während der KGH in einigen Entscheidungen solche Feststellungen im Licht der Berücksichtigung anderer Beweise macht,⁶⁹¹ weist er teilweise nur sinngemäß darauf hin, dass die Alibibehauptung mit dem Lauf der Dinge nicht übereinstimme.⁶⁹² Der Zweck des Vermeidens der Strafe war nach dem KGH ebenfalls gegeben, als der Beschuldigte seine Alibibehauptung mehrmals zur Anpassung an die Aussagen seines Mitbeschuldigten änderte.⁶⁹³

Die Spruchpraxis des Kassationsgerichtshofs ist nicht immer konsequent, was das Vorliegen eines „umdeutenden“ Geständnisses anbelangt. Trägt der Beschuldigte, der nach einer Anzeigeerstattung bezüglich des Verkaufs von Ecstasy-Tabletten in einem Auto festgenommen worden war, in allen Verfahrensphasen vor, dass er die bei der Durchsuchung sichergestellten sieben Tabletten für den Eigenbedarf und ohne Verkaufsabsicht besitze, so muss nach dem KGH diese Verteidigung angenommen werden, weil die Anzahl für den Eigenbedarf geeignet ist und die Verkaufsabsicht außer einer abstrakten Anzeige durch keinen Beweis nachgewiesen wurde. Sein Bestreiten darf ihm nicht nachteilig interpretiert und er nicht wegen Verkaufs verurteilt werden.⁶⁹⁴

⁶⁸⁷ YCGK Urt. v. 27.06.2000 E. 2000/5-134 K. 2000/139 (hukuktürk); 5. YCD Entsch. v. 24.06.1980 E. 1980/2038 K. 1980/2274 (hukuktürk).

⁶⁸⁸ 5. YCD Entsch. v. 25.04.2002 E. 2001/5849 K. 2002/2865 (hukuktürk); in diese Richtung auch 2. YCD Entsch. v. 22.12.2005 E. 2005/40 K. 2005/30729 (kazanci).

⁶⁸⁹ 5. YCD Entsch. v. 04.10.2005 E. 2003/7699 K. 2005/20713 (hukuktürk).

⁶⁹⁰ YCGK Urt. v. 23.09.2003 E. 2003/10-205 K. 2003/219 (kazanci); siehe auch *Erem*, S. 376.

⁶⁹¹ 1. YCD Entsch. v. 13.03.2001 E. 2001/296/84 K. 2001/849 (kazanci).

⁶⁹² Vgl. 10. YCD Entsch. v. 22.02.2012 E. 2011/15793 K. 2012/4758 (kazanci); YCGK Urt. v. 03.10.1994 E. 1994/9-204 K. 1994/213 (kazanci); YCGK Urt. v. 13.03.1078 E. 1978/33 K. 1978/80 (kazanci).

⁶⁹³ YCGK Urt. v. 01.05.2001 E. 2001/6-70 K. 2001/77, YKD 27/2001, 1410 ff.

⁶⁹⁴ 10. YCD Entsch. v. 15.06.2006 E. 2006/222 K. 2006/8111 (kazanci); siehe auch 7. YCD Entsch. v. 21.04.2003 E. 2002/15527 K. 2003/ 1527 (UYAP); *Ünver*, CHD 2006, 113.

cc) Zeitweises Schweigen

Einigkeit besteht in der Rechtsprechung und in der Literatur darüber, dass den anfänglichen Aussagen eines Beschuldigten ein besonderer Beweiswert zukommt. Denn diese seien zeitlich und gegebenenfalls örtlich in unmittelbarer Nähe zum Tatgeschehen erfolgt.⁶⁹⁵ Der Beschuldigte tätige sie grundsätzlich wahrhaftig, weil er keine Zeit habe, sich eine Schutzbehauptung auszudenken.⁶⁹⁶ Der bei der polizeilichen Vernehmung geständige Beschuldigte bereue daher sein Verhalten im Polizeigewahrsam und versuche in den nachfolgenden Verfahrensphasen, seine polizeilichen Aussagen unwirksam zu machen.⁶⁹⁷

Ausgehend von diesem Erfahrungssatz wird das Schweigen des Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung im Regelfall nachteilig gegen ihn verwertet, wenn er später etwa bei der staatsanwaltlichen Vernehmung eine Schutzbehauptung vorträgt. Denn dadurch habe er nach dem KGH Zeit gewonnen, um seine Aussage an die des Entlastungszeugen im konkreten Fall anzupassen.⁶⁹⁸ Auch gegen den Beschuldigten, der bei der polizeilichen Vernehmung aussagebereit war, kann jedes verspätete Vortragen einer entlastenden Äußerung in weiteren Verfahrensphasen nachteilig verwertet werden, weil dies nach dem KGH das Vermeiden der Strafe bezwecke.⁶⁹⁹ Der KGH verwertet in einem Fall sogar den Widerruf des polizeilichen Geständnisses bzw. das Abstreiten des Tatvorwurfes in der Hauptverhandlung zum Nachteil des Beschuldigten, weil er dadurch ebenfalls eine Strafvermeidung bezwecke.⁷⁰⁰ In einem anderen Fall bezeichnete der KGH zuerst die anfänglichen Aussagen des Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung als wahrhaftig. Deren Widerruf und das Bestreiten durch den Beschuldigten in der Hauptverhandlung führte er anschließend auf „die allgemein bekannte Tatsache“ zurück, dass Beschuldigte, die bei den polizeilichen Vernehmungen wichtige Informationen preisgeben, in der Hauptverhandlung wegen zu erwartender Repressalien im Regelfall ihr polizeiliches Geständnis widerrufen und die Tatvorwürfe bestreiten. Denn die illegale Organisation *Hizbullah*, zu der der Beschuldigte gehöre,

⁶⁹⁵ YGCK Urt. v. 13.12.1976 E. 1976/5-497 K. 1976/522 (kazancı); 9. YCD Entsch. v. 21.06.1995 E. 1995/3807 K. 1995/4314 (kazancı); 1. YCD Entsch. v. 04.12.2003 E. 2003/3011 K. 2003/2999 (kazancı); YCGK Urt. v. 08.07.2003 E. 2003/9-191 K. 2003/213 (kazancı); *Tosun*, S. 761; *Şahin*, S. 132 f.

⁶⁹⁶ *Arcan*, *İfade Alma*, S. 288; *Şahin*, S. 132 f.; *Cihan/Yenisey*, S. 124; hierzu siehe auch Umfrage, S. 22 f.

⁶⁹⁷ *Kunter/Yenisey/Nuhoğlu*, S. 1149; in diese Richtung auch *Öztürk*, ZStW 104/1992, 239.

⁶⁹⁸ YCGK Urt. v. 19.09.2006 E. 2006/8-201 K. 2006/190, YKD 32/2006, 1834 ff.; zur nachteiligen Verwertung des Schweigens des Beschuldigten bei der staatsanwaltlichen Vernehmung siehe auch YCGK Urt. v. 03.10.2000 E. 2000/1-151 K. 2000/174 (legal-bank); a.A. *Centel/Zafer*, S. 213.

⁶⁹⁹ 3. YCD Entsch. v. 10.02.2005 E. 2004/6400 K. 2005/1174 (hukuktürk).

⁷⁰⁰ 7. YCD Entsch. v. 21.02.2007 E. 2006/6604 K. 2007/1023 (kazancı).

lege besonderen Wert auf Geheimhaltung und bestrafe Personen, die durch ihre Aussagen der Organisation oder ihren Mitgliedern Schaden zufügen könnten.⁷⁰¹

e) Ergebnisse

Es lässt sich in Anbetracht der oben aufgeführten Entscheidungen des Kassationsgerichtshofs feststellen, dass der KGH jegliches Aussageverhalten eines Beschuldigten nachteilig gegen ihn verwertet. Ausgenommen davon ist die Schutzbehauptung des Beschuldigten, die nach dem KGH nicht widerlegt werden kann. Mit dieser und den auch oben dargelegten weiteren Beweisregeln bei der Würdigung eines Geständnisses des Beschuldigten auf Basis der Verfahrensakten im Revisionsverfahren verkennt der KGH die freie richterliche Beweiswürdigung (§ 217 Abs. 1 Satz 2 tStPO von 2004) im Strafverfahren gänzlich. Auch im Übrigen bleibt seine Rechtsprechung hinsichtlich der nachteiligen Verwertung eines Aussageverhaltens des Beschuldigten vollkommen unvorhersehbar und unverständlich.

IV. Umgehungsverbot

Die Frage, ob die Aussagefreiheit eines Beschuldigten nach Art. 38 Abs. 5 tVerf. i.V.m. Art. § 147 Abs. 1 tStPO ihn vor der Umgehung der Garantien dieser Vorschriften durch eine verdeckte Befragung schützt, ist ebenfalls in der höchstrichterlichen Rechtsprechung bis jetzt ungeklärt. Es lassen sich aus den gesetzlichen Vorschriften (A.), der höchstrichterlichen Rechtsprechung (B.) sowie der Literatur (C.) nur sehr wenige Anhaltspunkte darüber entnehmen.

A. Gesetzliche Vorgaben

Bereits die tStPO von 1929 enthielt lange Zeit überhaupt keine ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage zu einer einfachen Telefonüberwachung eines Beschuldigten. Die h.M. in der Rechtsprechung sowie in der Literatur vertrat dennoch die Ansicht, dass die Telefonüberwachung des Beschuldigten analog zur Beschlagnahme von an ihn gerichteten Briefen, Sendungen und Telegrammen nach § 91 tStPO von 1929 zulässig sei, weil auch diese Gegenstände zu Beweis Zwecken

⁷⁰¹ YCGK Urt. v. 08.07.2003 E. 2003/9-191 K. 2003/213 (kazancı); für die ähnliche Würdigung des Tatgerichts im Hinblick auf PKK-Mitglieder siehe YCGK Urt. v. 01.10.2002 E. 2002/9-212 K. 2002/329 (kararevi).

heimlich erhoben werden.⁷⁰² Allerdings war die Debatte um die Zulässigkeit von verdeckten Maßnahmen gegen den Beschuldigten nicht darauf beschränkt, denn es stellte sich heraus, dass ein Beschuldigter in der Praxis nicht nur über einen normalen Telefonanschluss, sondern auch durch Tonbandaufnahmegeräte verdeckt abgehört wird. *Özbudun* wies in diesem Zusammenhang darauf hin, dass solche verdeckten Abhörungen das verfassungsrechtliche Verbot des Selbstbelastungszwangs nach Art. 38 Abs. 5 tVerf. berühren können. Wie das konkret zustande kommt, hat er allerdings nicht dargelegt.⁷⁰³ Außerdem machten die Ermittlungsbehörden insbesondere im Bereich der Organisierten Kriminalität vom Einsatz von verdeckten Ermittlern oder Informanten seit jeher Gebrauch.⁷⁰⁴ Die h.M. thematisierte die Zulässigkeit solcher Ermittlungsmaßnahmen nur unter dem materiellrechtlichen Aspekt, ob und inwieweit die strafrechtliche Verantwortung eines Beschuldigten begründet ist, wenn er durch einen im staatlichen Auftrag agierenden *agent provocateur* provoziert wurde.⁷⁰⁵

Erst das Gesetz zur Bekämpfung der Organisierter Kriminalität von 1999 (kurz: tOrgKG)⁷⁰⁶ regelte durch §§ 2 ff. tOrgKG die Telekommunikationsüberwachung, den Einsatz von verdeckten Ermittlern und die verdeckte Observation. Von der Zulässigkeit des Einsatzes von verdeckten Informanten ging das tOrgKG konkludent in § 7 Abs. 3 aus, in dem ihr Schutz ebenfalls diesem Gesetz unterstellt wurde. Diese Maßnahmen sind in §§ 135, 139 und 140 tStPO von 2004 weiterhin vorgesehen, wobei der Lauschangriff nach § 140 Abs. 1 tStPO von 2004 im Gegensatz zu § 3 tOrgKG die Wohnung des Beschuldigten nicht umfasst.⁷⁰⁷

Abgesehen von der verdeckten Abhörung des Beschuldigten durch ein Tonbandaufnahmegerät in einigen alten Fällen oder seiner verdeckten Befragung durch einen verdeckten Ermittler bei Tatprovokationen sind keine weiteren heimlichen Ermittlungsmaßnahmen in der polizeilichen Praxis bekannt, die ihn einer verdeckten Befragung unterziehen, etwa durch Stellung einer Aushorchungsfalle nach einer offenen Vernehmung, in der er ausdrücklich von seinem Schweigerecht Gebrauch gemacht hatte. Aus diesem Grund wird die Frage der Zulässigkeit einer verdeckten Befragung in der Rechtsprechung sowie in der Literatur nur indirekt und kurz thema-

⁷⁰² *Gökçen*, Elkoyma, S. 13; *Özbudun*, Haberleşmenin Gizliliği, S. 289; weitere Nachweise bei *Erdem*, S. 102 f.; a.A. *Anayurt*, TBBD 4/1996, 535; *Sokullu-Akinci*, Annales 48/1998, 269.

⁷⁰³ *Özbudun*, Haberleşmenin Gizliliği, S. 287.

⁷⁰⁴ Hierzu siehe etwa Bericht des türkischen Parlaments über Strafverfolgung und Strafvollzug in Erzurum v. 1998 und 2000, S. 30 f.; Bericht des türkischen Parlaments über Strafverfolgung und Strafvollzug v. 1998 und 2000 in Batman, S. 46; weitere Nachweise bei *Erdem*, S. 95.

⁷⁰⁵ M.w.N. siehe *Erdem*, S. 95 Fn. 373; *Erem*, Onar Armağanı, S. 283.

⁷⁰⁶ Mit der Nummer 4422, R.G. v. 01.08.1999 – 23773.

⁷⁰⁷ Hierzu siehe oben Kap. 4, II.B.3.c).

tisiert. Daher haben nicht alle Fälle der verdeckten Abschöpfungen des Tatwissens eines Beschuldigten, die etwa im zweiten und dritten Kapitel der vorliegenden Arbeit behandelt wurden, eine rechtliche Beurteilung erfahren.

B. Höchstrichterliche Rechtsprechung

1. Zulässigkeit heimlicher Tonbandaufnahmen

Soweit ersichtlich, hat sich zuerst das tVerfG 1971 mit der Zulässigkeit von Tonbandaufnahmen durch den Nachrichtendienst in einem Verfahren wegen Konspiration zum Umsturz der Regierung befasst. Gegen die „Beweiskraft“ solcher Tonbandaufnahmen sprechen nach dem tVerfG die Umstände, dass der Stimmvergleich nicht wie ein Vergleich der Fingerabdrücke „zweifellos und sicher“ durchgeführt, sondern der Inhalt durch Stimmimitationen manipuliert werden kann. Daher seien die hierin enthaltenen Aussagen keine sicheren Beweise, auf die ein Urteil gestützt werden könne.⁷⁰⁸ Dadurch vermied das tVerfG, die Zulässigkeit von Tonbandaufnahmen unter dem Aspekt des verfassungsrechtlichen Verbots des Selbstbelastungszwangs nach Art. 33 Abs. 4 tVerf. 1961 und dem Schweigerecht eines Beschuldigten nach § 135 Abs. 1 tStPO von 1929 zu würdigen.

Eine solche Beurteilung erfolgte im Urteil des 1. Ausnahmestandungsgerichts vom 3.5.1972. Nach dem Gericht wird das Schweigerecht des Beschuldigten durch eine verdeckte Tonbandaufnahme nicht verletzt, weil dieses Recht erst bei seiner Vernehmung gelte. Eine analoge Ausweitung dieses Rechts auf verdeckte Abhörungen schloss es aus, indem es darauf hinwies, dass dessen historischer Zweck darin liege, zu verhindern, dass eine Beschuldigtenvernehmung für die Erlangung eines Geständnisses in Folter ausartete.⁷⁰⁹ Diesen Standpunkt vertrat auch der Militärkassationsgerichtshof in seiner Entscheidung von 25.11.1974. Im Übrigen sei diese Ermittlungsmethode zulässig, weil sie für die nachrichtendienstlichen Zwecke „normal und unvermeidbar“ sei.⁷¹⁰

Eine weitere und aktuelle Auseinandersetzung mit der Zulässigkeit von heimlichen Tonbandaufnahmen lässt sich in der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht feststellen.

⁷⁰⁸ AYM Entsch. v. 19.07.1971 E. 1971/41 K. 1971/67, AYMKD 11/1974, S. 82 f.; kritisch hiergegen *Özbudun*, *Haberleşmenin Gizliliği*, S. 291; *Sağlam*, SBFD 30/1975, 112 ff.; *Şen*, *Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması*, S. 94.

⁷⁰⁹ Zitiert nach *Sokullu*, S. 183; siehe auch *Genel*, AYD 15/2003, 69.

⁷¹⁰ MKGH Entsch. v. 25.11.1974 E. 704 K. 1008, in *Mollamahmutoglu/Savaş*, § 254, S. 1201; siehe auch *Genel*, AYD 15/2003, 69; zu weiteren Nachweisen siehe *Erdem*, S. 75 Fn. 257.

2. Ergebnisse verdeckter Ermittlungen

Analysiert man aber die sehr wenigen Entscheidungen des Kassationsgerichtshofs, in denen dem KGH auch die Beweisergebnisse von verdeckten polizeilichen Ermittlungen, insbesondere im Fall einer Tatprovokation, vorliegen, so lässt sich feststellen, dass der KGH bei seiner eigenen Beweisaufnahme bzw. -würdigung anhand des Aktenbestands im Revisionsverfahren entsprechend dem Prinzip der Beweismittelfreiheit alle mittelbaren und unmittelbaren Dokumente, etwa das sogenannte anonyme Anzeigeprotokoll, polizeiliche Berichte über nachrichtendienstliche Informationen⁷¹¹ oder Berichte über Aussagen eines Informanten,⁷¹² verwendet. Dazu gehören auch die darin enthaltenen Aussagen eines Beschuldigten, die er gegenüber verdeckten Ermittlern oder Informanten gemacht hatte.⁷¹³ Eine beweiserrechtliche Würdigung dahingehend, ob das Schweigerecht des Beschuldigten nach § 147 Abs. 1 lit. e tStPO von 2004 dadurch tangiert wäre, nimmt der KGH nicht vor. In einigen Fällen erklärte er solche Dokumente⁷¹⁴ oder die protokollierten Aussagen des Informanten gegenüber der Polizei⁷¹⁵ für unzureichend, sodass man die Verurteilung eines Beschuldigten nicht darauf hätte stützen können.

Insofern stellt es eine Ausnahme dar, wenn der 8. Strafsenat im Jahr 2013 in einer Entscheidung aufführte, dass im Fall einer Tatprovokation auch bei der Beweiserhebung die Anforderungen des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK, so wie es der EGMR im Einzelnen festgestellt habe, einzuhalten seien. Konkret machte der Senat bemerkenswerterweise auf die strafrechtlichen Grundsätze des Art. 38 tVerf. und den gesetzlichen Ablauf einer Beschuldigtenvernehmung nach § 148 tStPO von 2004 aufmerksam.⁷¹⁶ Da die beiden Bestimmungen auch das Verbot des Selbstbelastungszwangs und das Schweigerecht enthalten, wird nun die Frage aufgeworfen, ob und gegebenenfalls inwiefern der Senat eine verdeckte Befragung des Beschuldigten etwa durch einen verdeckten Ermittler, dessen Einsatz nach § 139 Abs. 1 tStPO gerechtfertigt ist, als zulässig erachtet. Diese Frage lässt die höchstrichterliche Rechtsprechung derzeit weiterhin auf sich beruhen, und sie scheint in absehbarer Zeit keine Antwort zu erhalten. Denn der 8. Strafsenat selbst wandte nach langen Ausführungen über die genannten Anforderungen diese auf den konkreten Fall kaum an. Hingegen kam er zu einem Ergebnis, bei dem sein Gedankengang völlig im Unklaren bleibt.

⁷¹¹ Hierzu siehe etwa YCGK Urt. v. 14.02.2012 E. 2011/10-212 K. 2012/42 (kazanci); YCGK Urt. v. 14.12.2010 E. 2010/9-88 K. 2010/255 (kazanci); YCGK Urt. 15.03.2005 E. 2005/10-15 K. 2005/29 (kazanci); 9. YCD Entsch. v. 24.10.2005 E. 2005/5497 K. 2005/7945 (kazanci).

⁷¹² YCGK Urt. v. 03.04.2007 E. 2006/10-253 K. 2007/80 (kazanci).

⁷¹³ 5. YCD Entsch. v. 23.06.2003 E. 2002/5013 K. 2003/3979 (kazanci).

⁷¹⁴ YCGK Urt. v. 17.11.2009 E. 2009/7-160 K. 2009/364 (kazanci).

⁷¹⁵ 10. YCD Entsch. v. 27.03.2008 E. 2007/25667 K. 2008/4879 (kazanci); 10. YCD Entsch. v. 25.05.2011 E. 2011/5104 K. 2011/4583 (kazanci).

⁷¹⁶ 8. YCD Entsch. v. 21.05.2013 E. 2013/5397 K. 2013/15729 (kazanci).

C. Literaturmeinungen

1. Zulässigkeit heimlicher Tonbandaufnahmen

In der Literatur bejahte *Tosun* die Zulässigkeit heimlich aufgenommener Tonbänder u.a. aus dem Grund, weil der Beschuldigte bei den selbstbelastenden Äußerungen keinem Aussagezwang ausgesetzt sei.⁷¹⁷ Auch wenn bei ihm unklar bleibt, warum er als Beurteilungsmaßstab den Zwang heranzieht, ist dies wohl darauf zurückzuführen, dass die tStPO von 1929 zurzeit der Debatte in der oben dargelegten Rechtsprechung das Schweigerecht bei der polizeilichen Vernehmung des Beschuldigten noch nicht ausdrücklich vorsah⁷¹⁸ und nur das verfassungsrechtliche Verbot des Selbstbelastungszwangs nach Art. 33 Abs. 4 tVerf. 1961 als einschlägige Vorschrift in Betracht kam. *Sağlam* stellte dagegen die Zulässigkeit ausdrücklich unter dem Aspekt des verfassungsrechtlichen Verbots des Selbstbelastungszwangs infrage. Nach ihm verstoße es gegen Art. 33 Abs. 4, wenn heimliche Tonbandaufnahmen über einen Sachverhalt, bei dem der Beschuldigte ein Schweigerecht hat, gegen ihn als Beweismittel herangezogen werden. Eine Begründung für diese Auffassung ist allerdings bei ihm nicht ersichtlich. Er lässt es lediglich mit einem Verweis auf die Entscheidung des deutschen Bundesgerichtshofs in BGHSt 14, 358 bewenden.⁷¹⁹ Mit einem überzeugenderen Argument sprach sich *Kunter* gegen die Zulässigkeit der Verwertung von heimlich aufgenommenen Tonbändern aus. Denn die Täuschung, der ein Beschuldigter bei einer heimlichen Aufnahme unterliegt, komme im Hinblick auf ihre Wirkung sowie ihren ermittlungstaktischen Erfolg einem Zwang gleich. Daher sei das Schweigerecht des Beschuldigten hierbei verletzt.⁷²⁰

2. Verdeckte Befragung

Die gegenwärtige Strafrechtswissenschaft befasst sich mit der Zulässigkeit einer verdeckten Befragung des Beschuldigten – wohl u.a. wegen des bestehenden aktuellen Anlasses im Inland – weitgehend im Licht des deutschen Rechts.⁷²¹ So will *Erdem* eine analoge Anwendung des Verbots der Vernehmungsmethoden des § 135a tStPO von 1929 (jetzt § 148 tStPO von 2004) bejahen,⁷²² wobei das hierin enthaltene Täuschungsverbot eng auszulegen sei. Dies sei jedenfalls dahingehend vorzu-

⁷¹⁷ *Tosun*, IÜHFM 41/1975, 94.

⁷¹⁸ Siehe oben Kap. 4, II.A.2.a)dd).

⁷¹⁹ *Sağlam*, SBFD 30/1975, 112.

⁷²⁰ *Kunter/Yenisey/Nuhoğlu*, S. 756 Fn. 5; so auch im Ergebnis *İnceoğlu*, S. 138; *Erem*, AÜHFD 27/1970, 23.

⁷²¹ Zu einer umfassenden Berücksichtigung der deutschen Gerichtsentscheidungen sowie Literatur siehe etwa *Ünver/Hakeri*, I. Band, S. 638, II. Band, S. 117.

⁷²² *Erdem*, S. 258 f.

nehmen, dass die sogenannte legendebedingte Täuschung eines Beschuldigten im Fall des Einsatzes eines verdeckten Ermittlers hiervon nicht umfasst sei, weil der Schutzzweck des § 135a tStPO von 1929, nämlich die Menschenwürde, dadurch nicht verletzt würde.⁷²³ Außerdem stelle die Ausnutzung seiner Unkenntnis über den Adressaten seiner Äußerung weder eine über die passive Abschöpfung seines Tatwissens hinausgehende Täuschung⁷²⁴ noch eine Zwangsausübung dar.⁷²⁵ Dagegen sei die verdeckte Befragung des Beschuldigten unzulässig, wenn der Ermittler ihn zu einer Aussage provoziere.⁷²⁶

Von einem weit zu verstehenden Täuschungsverbot geht dagegen *Kaymaz* aus. Nach ihm stellt es eine unzulässige Täuschung i.S.d. § 135a tStPO von 1929 dar, wenn ein inhaftierter Beschuldigter durch einen Zellengenossen ausgehorcht wird. Denn die Willensfreiheit des Beschuldigten erfordere, dass er sich über die Identität des Befragenden und seine Absicht im Klaren ist. Außerdem hebele eine verdeckte Befragung des Beschuldigten sein Schweigerecht gänzlich aus.⁷²⁷

3. Zwischenergebnisse

Nach der Rechtsprechung der Militärgerichte in den 1970er-Jahren bietet das Schweigerecht dem Beschuldigten keinen Umgehungsschutz vor verdeckter Erhebung seines Tatwissens, weil dieses Recht vor einer Folteranwendung schützen wolle. Diese Ansicht ist allerdings längst überholt, weil § 148 tStPO von 2004 in ihrer Schwere auch niederschwellige Vernehmungsmethoden, wie Täuschung, verbietet. Dennoch scheint der Kassationsgerichtshof nicht bereit zu sein, dem Schweigerecht einen Umgehungsschutz bei den verdeckten Ermittlungsmethoden einzuräumen. Auch die Literatur hat bis jetzt keine überzeugenden Anstrengungen dahingehend unternommen, das Verbot des Selbstbelastungszwangs nach Art. 38 Abs. 5 tVerf. i.V.m. der Aussagefreiheit eines Beschuldigten nach §§ 147, 148 tStPO von 2004 unter Berücksichtigung des zulässigen Einsatzes eines verdeckten Ermittlers gem. § 139 tStPO von 2004 auszulegen.

Es lässt sich somit im Ergebnis kein Umgehungsverbot für die verdeckten Abschöpfungen des Tatwissens des Beschuldigten in der Rechtswirklichkeit ableiten. Im Folgenden wird darauf eingegangen, ob und inwiefern ihm bei einer wirklichen Ausübung seiner Aussagefreiheit bei einer offenen Befragung neben dem Schutz vor Aussagezwang ergänzende Schutzrechte zur Seite stehen.

⁷²³ *Erdem*, S. 263 f.

⁷²⁴ *Erdem*, S. 260.

⁷²⁵ *Erdem*, S. 270 f.

⁷²⁶ *Erdem*, S. 264.

⁷²⁷ *Kaymaz*, YD 24/1998, 76; so auch im Ergebnis *Sokullu*, S. 181 ff.; *Erem*, TBBD 2/1998, 201; vgl. *İtişgen*, S. 189.

V. Ergänzende Schutzrechte

Die Ergänzenden Schutzrechte lassen sich auch hier in Informationsrechte (A.) und das Recht auf Verteidigerbeistand (B.) unterteilen.

A. Informationsrechte

Bei den Informationsrechten handelt es sich um seine Belehrung über Beschuldigungen (1.), über die Aussagefreiheit (2.) und über das Verteidigerkonsultationsrecht (3.).

1. Belehrung über Beschuldigungen

§ 147 Abs. 1 lit. b tStPO von 2004 sieht vor, dass der Beschuldigte bei der polizeilichen Vernehmung über die ihm zur Last gelegte Tat unterrichtet wird. Dieses Recht fand in Rechtsprechung und Literatur bis jetzt kaum Beachtung.⁷²⁸ Dies ist im Wesentlichen darauf zurückzuführen, dass die Verstöße hiergegen keine strafprozessuale Konsequenz, etwa ein Beweisverwertungsverbot, nach sich ziehen.⁷²⁹ Außerdem bestehen keine eindeutigen Angaben darüber, ob dieses Recht des Beschuldigten in der Polizeipraxis eingehalten wird. Laut einer Umfrage aus dem Jahr 2002, an der knapp 750 Polizeibeamten teilnahmen, sieht zwar die überwiegende Mehrheit der Befragten, nämlich 89 %, die Belehrung des Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung über die gegen ihn erhobenen Beschuldigungen für den Erfolg von Ermittlungen als nicht erschwerend an. 11 % der Befragten bejahten allerdings eine solche Wirkung der genannten Belehrung, weil der Beschuldigte in Kenntnis der ihm vorgeworfenen Tat sein Aussageverhalten zu seinen Gunsten ausrichten könne. Zudem würde er gegebenenfalls seine Mitbeschuldigten über die Ermittlungen informieren und die Erlangung anderer Beweismittel behindern.⁷³⁰ Diese Umfrageergebnisse sind im Übrigen unter Berücksichtigung der verbreiteten Nichteinhaltung der weiteren Belehrungsvorschriften bei der polizeilichen Vernehmung zu bewerten.

2. Belehrung über die Aussagefreiheit

Der Beschuldigte ist nämlich nach § 147 Abs. 1 lit. e tStPO von 2004 bei der polizeilichen Vernehmung darüber zu belehren, dass er das Recht hat, die Aussage zum Tatvorwurf zu verweigern.

⁷²⁸ Siehe etwa *Şahin, Ceza Muhakemesi*, S. 156; *Kaymaz*, YD 23/1997, 284.

⁷²⁹ Hierzu siehe unten Kap. 4, VI.C.3.

⁷³⁰ Umfrage, S. 68.

a) In der Polizeipraxis

Die ausdrückliche Belehrung eines Beschuldigten zu Beginn seiner polizeilichen Vernehmung ist für eine wirksame Ausübung der Aussagefreiheit nach § 147 Abs. 1 lit. e tStPO von 2004 von enormer Bedeutung. Denn im Regelfall ist davon auszugehen, dass er sein Recht nicht kennt und/oder sich nicht imstande sieht, dieses gegenüber der Polizei durchzusetzen.⁷³¹ Die Tatsache, dass die grob menschenverachtenden Vernehmungsmethoden der nahen Vergangenheit im Bewusstsein der Allgemeinheit immer noch präsent sind, unterstreicht die Wichtigkeit einer Belehrung erneut. Allerdings besteht auf die Einhaltung des geltenden Rechts wenig Hoffnung, wenn man sich die Ergebnisse der oben bereits erwähnten Studie vor Augen führt. Hiernach ist ein beachtlicher Anteil der Befragten, nämlich 39 %, der Auffassung, dass die Belehrung des Beschuldigten über das Schweigerecht den Ermittlungserfolg gefährdet.⁷³² Diese Ergebnisse lassen sich im Übrigen in der Rechtstatsächlichkeit zum einen dadurch bestätigen, dass in der Polizeipraxis unter der Beschuldigtenvernehmung i.S.d. § 147 Abs. 1 tStPO von 2004 ein förmlicher und zu protokollierender Vorgang verstanden wird, dem im Regelfall eine informelle und mündliche Befragung vorausgeht.⁷³³ Zum anderen erfolgt weder eine Aushändigung des sogenannten Letter-of-Rights-Formulars (hierzu gleich ausführlich)⁷³⁴ noch eine mündliche Erteilung der Belehrung des Beschuldigten über seine Aussagefreiheit auch bei seiner formellen Vernehmung. Die Belehrung befindet sich nämlich in einem vorgedruckten Vernehmungsprotokoll, das bei der formellen Vernehmung lediglich ausgefüllt wird.⁷³⁵

b) Beschuldigten- und Vernehmungsbegriff

aa) Gesetzliche Definitionen

Diese Praxis steht im völligen Widerspruch zu § 147 Abs. 1 tStPO von 2004, welcher die Erteilung der Belehrung eines Beschuldigten über seine durch diese Vorschrift verankerten Rechte an zwei Voraussetzungen knüpft. Hiernach muss der Befragte den Status eines Beschuldigten eingenommen und einer sogenannten Aus-

⁷³¹ MKGH Urt. v. 06.12.2001 117/114 in: *Polatcan*, § 83, S. 132; ebenso CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 05. bis 17.10.1997, Rn. 26.

⁷³² Umfrage, S. 22.

⁷³³ CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 04. bis 17.06.2009, Rn. 25; CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 07. bis 14.12.2005, Rn. 24; kritisch hiergegen *Ünver/Hakeri*, I. Band, S. 292; *Sokullu-Akinci*, Annales 48/1998, 260; *Özbek*, Delil Yasakları, S. 917.

⁷³⁴ Hierzu siehe CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 02. bis 14.09.2001, Rn. 47; CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 27.02. bis 03.03.1999, Rn. 16; CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 05. bis 17.10.1997, Rn. 26; *Kocaoğlu*, ABD 1/2011, 44.

⁷³⁵ *Kocaoğlu*, ABD 1/2011, 44; siehe auch CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 16. bis 29.03.2004, Rn. 27.

sageaufnahme (*ifade alma*) oder einer Vernehmung (*sorgu*) unterzogen sein. Nach § 2 Abs. 1 lit. a tStPO von 2004 ist der Beschuldigte eine Person, die im Ermittlungsverfahren unter Tatverdacht steht. Die Aussageaufnahme liegt nach § 2 Abs. 1 lit. g tStPO von 2004 vor, wenn ein Beschuldigter über die Straftat, die den Gegenstand des Ermittlungsverfahrens bildet, durch die Polizeibeamten oder den Staatsanwalt vernommen wird.⁷³⁶ Diese wird im Rahmen dieser Arbeit als polizeiliche Vernehmung bezeichnet, um eine gewisse Übereinstimmung zwischen den verwendeten Begrifflichkeiten in der Gesamtarbeit zu erreichen.

§ 90 Abs. 4 tStPO von 2004 konkretisiert den Zeitpunkt der Belehrung des Beschuldigten über seine Rechte, zu denen auch die Aussagefreiheit und das Recht auf Verteidigerbeistand gehört, außerdem dahingehend, dass die Polizei ihm sofort nach der vorläufigen Festnahme die entsprechende Belehrung erteilt, sobald sie Maßnahmen zur Verhinderung seiner Flucht oder Zufügung von Schaden gegenüber sich selbst oder anderen getroffen hat. Nach § 6 Abs. 7 der Verordnung über Festnahme, Gewahrsam und Aussageaufnahme ist dem festgenommenen Beschuldigten darüber hinaus ein Letter of Rights gegen Unterschrift auszuhändigen,⁷³⁷ wobei unklar ist, wann dies konkret vorzunehmen ist.

Die oben genannten Vorschriften sind weiterhin im Einzelnen dahingehend konkretisierungsbedürftig, wie sich der Beschuldigtenstatus von dem der unbenannten Auskunftsperson, die die Polizei nach der h.M. formlos befragen kann,⁷³⁸ und die polizeiliche Vernehmung von der informatorischen Befragung, die die Polizei nach § 4 Abs. 2 der Verordnung über Festnahme, Gewahrsam und Aussageaufnahme durchführen kann, abgrenzen.⁷³⁹

bb) In der höchstrichterlichen Rechtsprechung

Diesem Erfordernis ist die höchstrichterliche Rechtsprechung bis jetzt nicht nachgekommen,⁷⁴⁰ wohl aus dem Grund, weil sie die Verstöße hiergegen prozessrechtlich als unerheblich erachtet. So zieht etwa die unterlassene Belehrung des Beschuldigten gem. § 147 Abs. 1 tStPO von 2004 nach der Rechtsprechung des Kassationsgerichtshofs kein Verwertungsverbot nach sich. Aus diesem Grund besteht praktisch kein Anlass, diese genannten Vorschriften auszulegen. Von dem Vorbringen der Generalstaatsanwaltschaft, dass die polizeilichen Aussagen eines

⁷³⁶ Siehe den Auszug im Anhang: Gesetzestexte.

⁷³⁷ Siehe ebd.

⁷³⁸ Hierzu siehe auch oben Kap. 4, II.B.3.c).

⁷³⁹ Siehe den Auszug im Anhang: Gesetzestexte; siehe außerdem *Şahin*, HPD 3/2005, 71 f.

⁷⁴⁰ Zur Bestimmung des Beschuldigtenstatus hinsichtlich der Kommunikationsüberwachung nach § 135 tStPO von 2004 siehe 4. YCD Entsch. v. 06.11.2007 E. 2007/8700 K. 2007/8903 (kazancı); YCGK Urt. v. 15.11.2011 E. 2011/6-140 K. 2011/222 (kazancı).

Beschuldigten wegen der unterlassenen Belehrung über das Schweigerecht nach § 147 Abs. 1 tStPO von 2004 unverwertbar seien, nimmt der KGH keine Notiz.⁷⁴¹

Im Ergebnis verwertet der Kassationsgerichtshof bei der eigenen Beweiswürdigung alle in den Akten vorhandenen Dokumente, die eine Aussage des Beschuldigten enthalten, und zwar ungeachtet dessen, wann, von wem und ob sie unter Einhaltung des § 148 tStPO von 2004 (oder § 135 tStPO von 1929) erlangt worden sind, wobei einige Dokumente einen vorgedruckten Vermerk über die Einhaltung enthalten. So sind etwa, abgesehen von polizeilichen Vernehmungsprotokollen,⁷⁴² ein Tatsachenfeststellungsprotokoll bei Verkehrsdelikten⁷⁴³ oder Forstdelikten,⁷⁴⁴ ein Festnahmeprotokoll,⁷⁴⁵ das Protokoll einer sogenannten mündlichen Befragung,⁷⁴⁶ ein polizeiliches Tatortbesichtigungsprotokoll,⁷⁴⁷ polizeiliche Gegenüberstellungsprotokolle⁷⁴⁸ oder ein Durchsuchungsprotokoll⁷⁴⁹ in der Spruchpraxis des Kassationsgerichtshofs als Urkundsbeweise⁷⁵⁰ zulässig, wenn sie Aussagen

⁷⁴¹ YCGK Urt. v. 03.10.2000 E. 2000/1-151 K. 2000/174 (legalbank); so auch für das Gegenvotum in 1. YCD Entsch. v. 10.03.2008 E. 2007/6461 K. 2008/1790 (kazanci).

⁷⁴² YCGK Urt. v. 19.09.2006 E. 2006/8-201 K. 2006/190, YKD 32/2006, 1834 ff.; 8. YCD Entsch. v. 12.06.2003 E. 2002/5648 K. 2003/2191, YKD 30/2004, 1308 f.; YCGK Urt. v. 01.05.2001 E. 2001/6-70 K. 2001/77, YKD 27/2001, 1400 ff.; YCGK Urt. v. 02.05.2000 E. 200/87 K. 2000/90 (hukuktürk); 9. YCD Entsch. v. 22.11.1999 E. 1999/1296 K. 1999/3623, YKD 26/2000, 148; YCGK Urt. v. 03.10.1994 E. 1994/1-187 K. 1994/210 (kazanci); YCGK Urt. v. 17.02.1998 E. 1998/9-11 K. 1998/35, YKD 25/1999, 95, in dem die polizeilichen Geständnisse von Beschuldigten zu ihrer Verurteilung wesentlich beigetragen hatten; so auch YCGK Urt. v. 10.05.1993, E. 1993/9-85 K. 1993/139 (kazanci); YCGK Urt. v. 17.04.1995 E. 1995/9-94, K. 1995/117 (kazanci); YCGK Urt. v. 03.10.2000 E. 2000/1-151 K. 2000/174 (legalbank); YCGK Urt. v. 03.10.1994 E. 1994/9-204 K. 1994/213 (kazanci), in dem der Große Senat ebenfalls das Alibi der Beschuldigten in der Hauptverhandlung angesichts ihrer polizeilichen und staatsanwaltlichen Aussagen unbeachtlich fand.

⁷⁴³ YCGK Urt. v. 06.10.2009 E. 2009/9-140 K. 2009/225 (kazanci).

⁷⁴⁴ 3. YCD Entsch. v. 24.03.2005 E. 2004/7416 K. 2005/2066 (kazanci); 3. YCD Entsch. v. 01.05.2001 E. 2001/3629 K. 2001/4569 (kazanci); 3. YCD Entsch. v. 05.12.2001 E. 2001/12084 K. 2001/12821 (kazanci); 3. YCD Entsch. v. 30.10.2001 E. 2001/9985 K. 2001/10698 (kazanci); 3. YCD Entsch. v. 19.10.1998 E. 1988/3868 K. 1988/12203, YKD 15/1989, 418.

⁷⁴⁵ 6. YCD Entsch. v. 05.06.2013 E. 2013/5932 K. 2013/13516 (kazanci); 10. YCD Entsch. v. 19.12.2005 E. 2004/21023 K. 2005/19087 (kazanci); 5. YCD Entsch. v. 23.06.2003 E. 2002/5013 K. 2003/3979 (kazanci); 5. YCD Entsch. v. 12.09.1994 E. 1994/2216 K. 1994/2544 (kazanci).

⁷⁴⁶ YCGK Urt. v. 23.09.2003 E. 2003/10-205 K. 2003/219 (kazanci); 11. YCD Entsch. v. 01.10.2002 E. 2002/6108 K. 2002/7542 (kazanci).

⁷⁴⁷ 11. YCD Entsch. v. 24.11.2004 E. 2003/15120 K. 2004/8658 (kazanci); 1. YCD Entsch. v. 20.05.1994 E. 1994/1873 K. 1994/1655 (kazanci).

⁷⁴⁸ YCGK Urt. v. 17.04.1995 E. 1995/9-94 K. 1995/117 (kazanci).

⁷⁴⁹ YCGK Urt. v. 24.02.2009 E. 2008/9-78 K. 2009/39 (kazanci).

⁷⁵⁰ Vgl. 1. YCD Entsch. v. 26.05.1993 E. 1993/845 K. 1993/1193 (kazanci).

eines Beschuldigten enthalten. Auch die spontanen Äußerungen eines Beschuldigten bei seiner Festnahme werden vom KGH verwertet.⁷⁵¹

cc) Literaturmeinungen

In der Literatur wird im Gegensatz zum KGH hervorgehoben, dass die korrekte Bestimmung des Beginns des Beschuldigtenstatus von großer Bedeutung ist, weil die Rechte und Pflichten einer Auskunftsperson von ihrem Status nach der tStPO abhängen.⁷⁵² Vor der Einführung der tStPO von 2004 war die h.M. der Ansicht, dass es zur Begründung dieses Status eines Beschuldigungsakts bedürfe. Einen solchen nahm man regelmäßig an, wenn die Staatsanwaltschaft gegen jemanden zur Einleitung eines untersuchungsrichterlichen Ermittlungsverfahrens eine Anklage erhob.⁷⁵³ Denn darin bestehe zum einen unverkennbar der Akt der Beschuldigung. Zum anderen liege nun ein qualifizierter Verdacht gegen den Betroffenen vor. Im Vorbereitungsverfahren könne dagegen kein Beschuldigtenstatus begründet werden, weil der Betroffene nicht von „einer gerichtlichen Stelle“ beschuldigt werde und die Verdachtslage gegen ihn grundsätzlich nicht im erforderlichen Ausmaß erhärtet sei. Insofern machte etwa die polizeiliche Vernehmung eines Verdächtigen ihn nach der h.M. nicht zum Beschuldigten i.S. der tStPO von 1929. Dies galt auch für seine Festnahme.⁷⁵⁴ Nur ausnahmsweise erlangte ein Verdächtiger im Vorbereitungsverfahren den Status eines Beschuldigten, wenn die beiden genannten Voraussetzungen etwa durch die Beantragung eines Haftbefehls nach § 104 Abs. 1 tStPO von 1929 oder durch eine richterliche Vernehmung nach §§ 135, 155 Abs. 3, 163 Abs. 2 tStPO von 1929 eintraten.⁷⁵⁵ Im Übrigen regelte die tStPO von 1929 die polizeiliche Vernehmung einer Auskunftsperson bis zur Strafprozessnovelle vom 1992 nicht ausdrücklich.⁷⁵⁶ § 135 Abs. 1 tStPO von 1929 in seiner geänderten Fassung knüpfte dann die Erteilung von Belehrungspflichten im Gegensatz zu § 147 Abs. 1 tStPO von 2004 nicht an die Beschuldigteneigenschaft an. Die Vorschrift sprach dagegen nur von dem polizeilich „Vernommenen“. Dementsprechend stellte

⁷⁵¹ YCGK Urt. v. 17.04.1995 E. 1995/9-94, K. 1995/117 (kazancı); zur Zulässigkeit solcher Äußerungen siehe auch *Aydın*, TBBD 91/2009, 176; *Demirbaş*, S. 125; *Kaymaz*, YD 23/1997, 284 f.

⁷⁵² *Kunter*, S. 440; *Cihan*, IÜHF 50/1984, 136; *Şahin*, S. 28.

⁷⁵³ M.w.N. *İnceoğlu*, S. 97 ff.

⁷⁵⁴ YCGK Urt. v. 14.03.1988, 1-589/86, in: *Mollamahmutoğlu/Savaş/Uygun*, S. 360; *Kunter*, S. 439 f.; *Erem*, S. 151; *Tosun*, S. 625.

⁷⁵⁵ YCGK Urt. v. 14.03.1988, 1-589/86, in: *Mollamahmutoğlu/Savaş/Uygun*, S. 360; YCGK Urt. v. 10.12.1990 E. 1990/6-257 K. 1990/335, YKD 17/1991, 421 f.; *Kunter*, S. 439 f. Rn. 242; *Tosun*, S. 626; auf einen starken Verdacht hinweisend auch AYM Entsch. v. 14.07.1998 E. 1997/41 K. 1998/47, R.G. v. 24.03.1999 – 23649; AYM Entsch. v. 20.03.2002 E. 2000/48 K. 2002/36, R.G. v. 01.06.2002 – 24772; eher unklar ist YCGK Urt. v. 25.12.1989 E. 1989/1-357 K. 1989/420 (kazancı).

⁷⁵⁶ Zur Geltung des Schweigerechts in diesem Zeitraum bei der polizeilichen Vernehmung siehe oben Kap. 4, II.A.2.dd).

sich keine Frage der Begründung eines Beschuldigtenstatus bei einer polizeilichen Vernehmung,⁷⁵⁷ wobei dies in der Literatur dennoch überwiegend im Licht des deutschen Rechts thematisiert wurde.⁷⁵⁸

Die tStPO von 2004 enthält, wie oben bereits aufgeführt, in § 2 Abs. 1 lit. a nun eine Definition des Beschuldigtenstatus. Diese wird allerdings in der Literatur dahingehend beanstandet, dass sie den Beschuldigtenstatus lediglich nach der chronologischen Einstufung des Strafverfahrens vornehme, das gegen den Betroffenen eingeleitet worden ist.⁷⁵⁹ Die Beantwortung der Fragen, wann die Einleitung dieses Verfahrens anzunehmen ist und welche Anforderungen an den in § 2 Abs. 1 lit. a tStPO von 2004 genannten Verdacht zu stellen sind, bleibt weiterhin der Rechtsprechung und der Literatur überlassen. Die Literatur nimmt in diesem Zusammenhang erneut weitgehend auf das deutsche Recht Bezug.⁷⁶⁰ Dementsprechend wird der Beschuldigtenstatus nach einem kombinierten Ansatz von objektiven und subjektiven Kriterien bestimmt, wobei die Autoren im Hinblick auf die Stärke des erforderlichen Verdachts oder die einschlägigen Maßnahmen der Ermittlungsorgane, die einen konkludenten Verfolgungswillen enthalten, unterschiedliche Akzentuierungen vornehmen.⁷⁶¹ Vereinzelt führt man die Rechtsprechung des EGMR bezüglich des persönlichen Anwendungsbereichs des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMKR an.⁷⁶² Auch die weiteren Begriffe, wie die Vernehmung, die informatorische Befragung oder spontane Äußerungen, werden grundsätzlich im Licht des deutschen Rechts thematisiert.⁷⁶³

3. Belehrung über das Verteidigerkonsultationsrecht

a) Im Allgemeinen

Der Beschuldigte ist bei der polizeilichen Vernehmung nach § 147 Abs. 1 lit. c Satz 1 tStPO von 2004 auch darüber zu belehren, dass er den Beistand eines Verteidigers seiner Wahl in Anspruch nehmen kann. Eine von Amts wegen vorzunehmende Belehrung über die Möglichkeit, einen Rechtshilfeverteidiger nach § 150 Abs. 1 tStPO von 2004 zu verlangen oder ihm nach § 150 Abs. 2 oder 3 tStPO von

⁷⁵⁷ So auch im Ergebnis *Koca*, AÜEHFD 5/2000, 128; siehe auch *Kibar*, S. 13; vgl. *Şahin*, S. 125.

⁷⁵⁸ Vgl. *Şahin*, S. 28 ff.; *Demirbaş*, S. 33 ff.; *Koca*, AÜEHFD 1/1999, 62 ff.; *Cihan/Yenisey*, S. 110 ff.

⁷⁵⁹ *Ünver/Hakeri*, I. Band, S. 278; *Centel/Zafer*, S. 137; *Yurtcan*, S. 141 f.; vgl. *Şahin*, *Gazi Şerhi*, S. 53.

⁷⁶⁰ Vgl. *Centel/Zafer*, S. 136; *Ünver/Hakeri*, I. Band, S. 277 ff.

⁷⁶¹ Hierzu siehe etwa *Ünver/Hakeri*, I. Band, S. 280 f.; *Kunter/Yenisey/Nuhoğlu*, I. Band, S. 10 f.; vgl. *Bıçak*, *Suç Muhakemesi*, S. 166 f.

⁷⁶² So etwa *Kunter/Yenisey/Nuhoğlu*, I. Band, S. 67 f.; *Centel/Zafer*, S. 136; *Öztürk* u.a., S. 456.

⁷⁶³ Vgl. *Öztürk* u.a., S. 358; *Centel/Zafer*, S. 209 f.; *Ünver/Hakeri*, II. Band, S. 111 f.

2004 einen Pflichtverteidiger ohne sein Verlangen in bestimmten Fällen beizuordnen, sieht die tStPO dagegen nicht vor.⁷⁶⁴ § 147 Abs. 1 lit. c Satz 2 tStPO von 2004 besagt nämlich nur, dass ihm ein Verteidiger aus der Anwaltskammer beigeordnet wird, wenn er nicht imstande ist, einen Verteidiger zu wählen und den Beistand eines Verteidigers in Anspruch nehmen will (vgl. § 150 Abs. 1 tStPO von 2004).⁷⁶⁵ Eine von den §§ 147 Abs. 1 lit. c Satz 2, § 150 Abs. 1 Satz 2 tStPO von 2004 abweichende Belehrung sieht § 5 Abs. 1 der Verordnung über die Verteidigerbestellung vor. Hiernach wird der Beschuldigte gleich nach der Aufforderung zur Wahl eines Verteidigers seines Vertrauens und der Erklärung, zu der Bestellung eines solchen nicht imstande zu sein, darauf hingewiesen, dass er die Kosten eines durch die Anwaltskammer zu bestellenden Verteidigers im Fall seiner Verurteilung zu tragen habe. Wenn er es wünsche, so würde ein Verteidiger aus der Anwaltskammer bestellt.⁷⁶⁶

b) In der Polizeipraxis

Abgesehen von der Unvollständigkeit und Unklarheit der Bestimmungen über die Belehrung eines Beschuldigten über einen Rechtshilfe- oder Pflichtverteidiger nach der tStPO von 2004 sowie der genannten Verordnung lässt die Polizeipraxis erneut ernsthafte Bedenken aufkommen, ob diese Bestimmungen überhaupt eingehalten werden. Dies ist zum einen an den Ergebnissen der bereits mehrfach zitierten Umfrage zu erkennen. Dabei äußerten sich 29 % der befragten Polizeibeamten dahingehend, dass die Belehrung eines Beschuldigten über sein Verteidigerkonsultationsrecht den Erfolg der Ermittlungen gefährden würde. Denn dieses Recht würde missbraucht, auch wenn es eigentlich von dem Verteidiger abhängt. Erstens führe der Verteidigerbeistand zur Verdunkelung von Beweisen, zumal der Beschuldigte durch die Konsultation eines Verteidigers Zeit gewinne. Zweitens erschwere der rechtliche Beistand durch den Verteidiger den Erfolg der Ermittlungen, wenn man sich vor Augen führe, dass er den Beschuldigten über sein Schweigerecht belehren, die Sache im Fall einer dünnen Beweislage zu seinen Gunsten wenden und Gesetzeslücken für ihn in Anspruch nehmen wird.⁷⁶⁷

Diese Einstellung lässt sich konkret zum anderen in der gängigen Vorgehensweise der Polizei feststellen, dass die mündliche Erteilung der Belehrung des Beschuldigten über das Verteidigerkonsultationsrecht, die bereits in dem vorgedruckten Formular

⁷⁶⁴ Vgl. *Demirbaş*, Erman Armağan, S. 203.

⁷⁶⁵ Siehe den Auszug im Anhang: Gesetzestexte.

⁷⁶⁶ Eine vollständig unentgeltliche Bestellung eines Rechtshilfeverteidigers ist nach § 176 des Anwaltsgesetzes möglich, wobei die Inanspruchnahme dieser Möglichkeit bei der polizeilichen Vernehmung faktisch nicht besteht; vgl. YCGK Ur. v. 07.10.2003 E. 2003/4 K. 2003/242, YKD 30/2004, 125.

⁷⁶⁷ Umfrage, S. 40.

des Vernehmungsprotokolls enthalten ist, grundsätzlich unterlassen wird.⁷⁶⁸ An dieser Stelle muss erneut darauf hingewiesen werden, dass die Praxis der sogenannten informellen Beschuldigtenbefragung ebenfalls zur Umgehung der Belehrung des Beschuldigten über sein Recht auf Verteidigerbeistand im Polizeigewahrsam missbraucht wird.⁷⁶⁹

Eine Änderung dieser Praxis liegt derzeit völlig im Ermessen der Polizei, zumal der Kassationsgerichtshof sie in seiner Spruchpraxis, so wie bei der Belehrung über die Aussagefreiheit, bis jetzt nie thematisiert und beanstandet hat. Dies ist ebenfalls nicht zuletzt darauf zurückzuführen, dass eine unterlassene Belehrung des Beschuldigten über das Recht auf Verteidigerbeistand gem. § 147 Abs. 1 lit. c tStPO von 2004 kein Verwertungsverbot zur Folge hat.⁷⁷⁰

B. Recht auf Verteidigerbeistand

1. Gesetzliche Ausgestaltung

Bei dem Recht auf Verteidigerbeistand selbst ging der Gesetzgeber der tStPO von 2004 davon aus, dass dies für jeden Beschuldigten ein verfassungsrechtlich verankertes Grundrecht ist, wobei seine konkrete Gewährleistung durch die allgemeinen Bedingungen des Landes begrenzt sei.⁷⁷¹ Die Umsetzung dieser gesetzgeberischen Zielsetzung zeigt sich, wie bereits oben erwähnt, zum einen darin, dass jedem Beschuldigten gem. §§ 147 Abs. 1 lit. c Satz 2 und § 150 Abs. 1 tStPO von 2004 ein unentgeltlicher Verteidiger aus der örtlichen Anwaltskammer zu bestellen ist, wenn er zur Wahl eines Verteidigers seines Vertrauens nicht imstande ist. Dass diese Bestimmung in der Rechtswirklichkeit aufgrund erheblicher Unzulänglichkeiten bei der entsprechenden Belehrung des Beschuldigten ins Leere läuft, muss bedauerlicherweise an dieser Stelle erneut betont werden. Zum anderen haben die Ermittlungsorgane einem Beschuldigten im Polizeigewahrsam spätestens während der polizeilichen Vernehmung den Beistand eines obligatorischen Pflichtverteidigers ohne sein Verlangen ex officio bereitzustellen, wenn einer der Fälle des § 150 Abs. 2 oder 3 vorliegt. Im Übrigen hat der Beschuldigte gem. § 149 Abs. 1 Satz 1 tStPO von 2004 in jeder Phase des Strafverfahrens das Recht, den Beistand eines Verteidigers in Anspruch zu nehmen. Dies umfasst nach §§ 149 Abs. 3, 147

⁷⁶⁸ Umfrage, S. 44 f.; *Tezcan/Erдем/Sancakdar*, S. 362; siehe auch den CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 05. bis 17.10.1997, Rn. 17.

⁷⁶⁹ CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 16. bis 29.03.2004, Rn. 24 ff.; CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 05. bis 17.10.1997, Rn. 24; *Koca*, AÜEHFD 1/1999, 65; *Demirbaş*, Erman Armağan, S. 211; *Kocaoğlu*, ABD 1/2011, 41; *Erman*, Kunter Armağan, S. 76; *Öztürk* u.a., S. 362; *Eryılmaz*, S. 195.

⁷⁷⁰ Hierzu siehe unten Kap. 4, VI.C.3.

⁷⁷¹ Begründung des § 150; *Şahin*, Gazi Şerhi, S. 483.

Abs. 1 lit. c tStPO von 2004 das Treffen mit dem Verteidiger im Polizeigewahrsam, seine Anwesenheit während der polizeilichen Vernehmung und die Leistung rechtlichen Beistands währenddessen.

In Anbetracht dieser Gesetzesbestimmungen ist für den Beschuldigten im Polizeigewahrsam die Ausübung der Aussagefreiheit gem. §§ 147 Abs. 1 lit. e tStPO von 2004 durch ein starkes Verteidigerkonsultationsrecht nicht unerheblich abgesichert. Denn der Verteidiger wird ihn im Regelfall über seine Entscheidungsfreiheit beraten und die Durchsetzung seiner Wahl zwischen Schweigen oder Aussagen gewährleisten.⁷⁷² In der Tat war die Gewährung des Verteidigerbeistands im Polizeigewahrsam auf dem Weg zur Abschaffung der Folter eine der mit Nachdruck verlangten Garantien, um der verbreiteten Folter- und Misshandlungspraxis vorzubeugen.⁷⁷³ Leider begegnet die Umsetzung dieses Rechts seit seiner Einführung 1992⁷⁷⁴ in der Praxis weiterhin einem beachtlichen Widerstand. Daher muss auch hier zwischen dem Gesetzesrecht und seiner Umsetzung in der Polizeipraxis sowie in der höchstrichterlichen Rechtsprechung unterschieden werden, um die Rechtswirklichkeit klar darzulegen.

2. In der Polizeipraxis

Schon in der kriminalistischen Literatur wird fast zynisch angemerkt, dass der Beschuldigte durch einen Verteidigerbeistand „widerstandsfähiger, selbstbewusster, hochmütiger“ würde.⁷⁷⁵ Ebenso ist ein signifikanter Anteil der Polizeibeamten, die an der oben genannten Umfrage teilgenommen haben, der Auffassung, dass Beratung (37 %), Anwesenheit (23 %) und Leistung rechtlichen Beistands während der polizeilichen Vernehmung (28 %) den Erfolg der Ermittlungen beeinträchtigen würden. Denn der Verteidigerbeistand führe erstens dazu, dass sich der Beschuldigte erleichtert und ermutigt fühle. Der Verteidiger mache ihn dabei auf sein Schweigerecht aufmerksam, und der Beschuldigte habe dadurch die Möglichkeit, seine Straftaten zu verheimlichen. Zweitens sei der Verteidiger parteiisch und zeige ihm einen Ausweg aus der Sache. Der Beschuldigte gebe daher flüchtige Antworten oder weniger Informationen preis oder ändere seine bereits gemachten Aussagen. Mitunter rate der Verteidiger dem Beschuldigten, wahrheitswidrig auszusagen. Drittens beeinträchtige der Verteidiger die Psyche von Vernehmungsbeamten, denn

⁷⁷² *Kocaoğlu*, ABD 1/2011, 41; *Demirbaş*, Erman Armağan, S. 196.

⁷⁷³ Hierzu siehe etwa den ehemaligen Richter am Kassationsgerichtshof *Turgut Gücük*, *Milliyet* v. 06.09.1988, S. 9; den damaligen Staatsminister *Mehmet Kahraman*, *Milliyet* v. 15.12.1991, S. 2; siehe außerdem oben Kap. 4, II.A.3.c)aa).

⁷⁷⁴ Siehe oben Kap. 4, II.A.3.c)bb).

⁷⁷⁵ *Derdiman*, CHD 2006, 270.

er verhalte sich teilweise besserwisserisch. Viertens ziehe die Gewährung des Verteidigerbeistands zeitliche Verluste für die Ermittlungen nach sich.⁷⁷⁶

Diese Einstellung der Polizei wird weiter durch die Untersuchung von *Eryilmaz* in 24 Polizei- bzw. Gendarmeriestationen und zwei Antiterrorabteilungen aus dem Jahr 1999 sowie mehreren Besuchen des CPT und des Menschenrechtsausschusses des türkischen Parlaments bestätigt. Hiernach werden bei der Verweigerung des Rechts eines Beschuldigten, im Polizeigewahrsam einen Verteidiger seiner Wahl, einen Rechtshilfe- oder Pflichtverteidiger nach §§ 147 Abs. 1 lit. c, § 150 tStPO von 2004 beizuziehen, durch die Vernehmungsbeteiligten etwa folgende Täuschungsmethoden angewendet: So wird ihm auch nach dem ausdrücklich erklärten Wunsch nach einem Verteidiger etwa gesagt, dass er „für eine solche Straftat“ keinen Verteidiger brauche.⁷⁷⁷ Dafür werde „man ihm helfen“. ⁷⁷⁸ Verlangt der Beschuldigte nach einem Rechtshilfeverteidiger, so wird teilweise irreführend darauf hingewiesen, dass er dafür aber kein Geld habe.⁷⁷⁹ In einigen Fällen stellte der Menschenrechtsausschuss des türkischen Parlaments fest, dass die Vernehmungsbeteiligten in einer Polizeistation in *İzmir* für die Bestellung eines Rechtshilfeverteidigers merkwürdigerweise nicht die dafür eingerichtete Hotline-Nummer der Anwaltskammer, sondern insbesondere bei nächtlichen Vernehmungen die normale Geschäftsnummer der Kammer anriefen.⁷⁸⁰ Auch in den übrigen Fällen beobachtete *Eryilmaz*, dass den Beschuldigten wahrheitswidrig mitgeteilt wurde, der Verteidiger sei zurzeit telefonisch nicht erreichbar.⁷⁸¹ Nach *Eryilmaz* übergehe man außerdem seinen Wunsch nach einer Verteidigerkonsultation dadurch, dass seine entsprechenden Fragen überhaupt nicht oder unklar beantwortet würden.⁷⁸² Darüber hinaus würden dem Beschuldigten Formulare vorgelegt, die er unter dem trügerischen Anschein, es handle sich um eine einfache Formalität, faktisch unterschreiben muss.⁷⁸³ In diesem Zusammenhang werden in der Praxis teilweise vorgedruckte

⁷⁷⁶ Umfrage, S. 102, 118 und 130.

⁷⁷⁷ *Eryilmaz*, S. 194.

⁷⁷⁸ Ebd.

⁷⁷⁹ Bericht des CPT über den Türkeibesuch v. 16. bis 29.03.2004, Rn. 24 ff.; Bericht des CPT über den Türkeibesuch v. 07. bis 15.09.2003, Rn. 20 ff.

⁷⁸⁰ Bericht des Menschenrechtsausschusses des türkischen Parlaments über den Besuch der Provinzen *İzmir* und *Aydın* v. 31.07. bis 03.08.2003 S. 1; vgl. den Bericht des Unterausschusses des Menschenrechtsausschusses des türkischen Parlaments über den Besuch der Provinz *Trabzon* v. 07. bis 10.02.2002 S. 3, nach dem in den besuchten Polizeistationen wöchentlich aktualisierte Listen von Rechtsanwälten mit deren Haus-, Kanzlei- und Handynummer vorhanden sind; ähnlich auch der Bericht des Unterausschusses des Menschenrechtsausschusses des türkischen Parlaments über den Besuch der Provinz *Siirt* v. 27. bis 30.05.2002 S. 3.

⁷⁸¹ *Eryilmaz*, S. 194.

⁷⁸² Ebd.

⁷⁸³ Ebd.

Formulare verwendet, die den Verzicht des Beschuldigten auf das Verteidigerbeistandsrecht enthalten.⁷⁸⁴

Des Weiteren wird in der Literatur darauf hingewiesen, dass die Polizei den Zugang des Verteidigers zum Beschuldigten, der unerwartet im Polizeigewahrsam erscheint, etwa mit der Begründung verweigert, dass „man keinen Verteidiger bestellt habe“. Vorzugswürdig sei für sie ein Rechtshilfeverteidiger, der zu beliebiger Zeit aus der Anwaltskammer bestellt werden kann.⁷⁸⁵ Dadurch erhalte die Polizei zum einen die Möglichkeiten, einen „genehmen“ Verteidiger kommen zu lassen,⁷⁸⁶ der dementsprechend als „weniger engagiert“ gilt.⁷⁸⁷ Der Rechtshilfeverteidiger, der gegebenenfalls ihr Vertrauen genießt, komme zum anderen nur „zur Unterschrift“, weil die Vernehmung bereits unter Umständen schon durch eine „informelle“ Befragung durchgeführt sei.⁷⁸⁸ Schließlich machte das CPT 2003 im Hinblick auf die Umgehung des Beistands eines Pflichtverteidigers bei der Vernehmung eines minderjährigen Beschuldigten darauf aufmerksam, dass die Ergebnisse der „informellen“ Befragung im Festnahmeprotokoll festgehalten wurden.⁷⁸⁹

Die oben genannten Methoden führen in der Tat zu einer geringen Anzahl von Beschuldigten, die im Polizeigewahrsam von dem Beistand eines Verteidigers Gebrauch machen, wobei die genannten Zahlen nicht landesweit erhoben sind. Während etwa die Regierung in der Antwort auf den CPT-Bericht vom 1992 den Durchschnittswert als 10 % angab,⁷⁹⁰ liegt dieser nach dem CPT zwischen 3 und 7 %⁷⁹¹ und jedenfalls unter 10 %.⁷⁹² Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die Er-

⁷⁸⁴ Umfrage, S. 44 f.; *Tezcan/Erdem/Sancakdar*, S. 362; *İnceoğlu*, S. 117.

⁷⁸⁵ Umfrage, S. 123; *Şimşek*, Müdafii, S. 295.

⁷⁸⁶ *Kocaoğlu*, ABD 1/2011, 47 f., der in diesem Zusammenhang auch auf die „unerfahren“ Rechtsanwälte hinweist; siehe auch *Demirbaş*, Erman Armağanı, S. 216.

⁷⁸⁷ *Eryılmaz*, S. 195.

⁷⁸⁸ Umfrage, S. 44 f.; *Tezcan/Erdem/Sancakdar*, S. 362; *Karakehya*, Uğur Alacakaptan Armağanı, S. 425 Fn. 36.

⁷⁸⁹ CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 07. bis 15.09.2003, Rn. 27.

⁷⁹⁰ Die Antwort der türkischen Regierung auf den Bericht des CPT über den Türkei-besuch v. 22.11. bis 03.12.1992, Appendix I S. 17 f.; zu ähnlichen Ergebnisse siehe auch den Bericht des Unterausschusses des Menschenrechtsausschusses des türkischen Parlaments über den Provinzbesuch Trabzon v. 07. bis 10.02.2002 S. 3; zu einem deutlich höheren Durchschnittswert siehe die Antwort der türkischen Regierung auf den Bericht des CPT über den Türkeibesuch v. 07. bis 15.09.2003, S. 11 ff.; die Antwort der türkischen Regierung auf den Bericht des CPT über den Türkeibesuch v. 16. bis 29.03.2004 S. 58.

⁷⁹¹ Bericht des CPT über den Türkeibesuch v. 07. bis 15.09.2003, Rn. 20 ff.; siehe auch den Bericht des CPT über den Türkeibesuch v. 21. bis 27.03. und 01. bis 06.09.2002, Rn. 34 ff.; nach *Eryılmaz* Untersuchung lag die Anzahl im Hinblick auf die sog. ordentlichen Beschuldigten, die einen Verteidiger verlangen, bei 3 %, und 2,8 % nahmen seinen Beistand tatsächlich in Anspruch. Bei Terrorverdächtigen belief sich die Anzahl auf 5 % und 4,7 %, *Eryılmaz*, S. 194; zu den niedrigen Zahlen siehe auch den Bericht des Unterausschusses des Menschenrechtsausschusses des türkischen Parlaments über den Provinzbesuch Siirt v. 27. bis 30.05.2002 S. 3; Bericht des Menschenrechtsausschusses des türkischen Parlaments über den Provinzbesuch İzmir und Aydın v. 31.07 bis 03.08.2003 S. 1.

gebnisse der oben genannten Untersuchung sowie CPT-Besuche darauf hinweisen, dass diese geringen Zahlen auch auf die Beschuldigten selbst zurückzuführen sind, die dem Beistand eines Verteidigers im Polizeigewahrsam skeptisch gegenüberstehen. So seien einige Beschuldigte erstens der Auffassung, dass ein Verteidiger bei der polizeilichen Vernehmung ihnen nicht helfen könne. Zweitens gingen sie davon aus, dass ihr Wunsch nach einem Verteidiger als Geständnis erachtet werde. Drittens verlängere die Konsultation des Verteidigers für manche Beschuldigten die Dauer des – sehr unangenehmen – Polizeigewahrsams.⁷⁹³

3. In der höchstrichterlichen Rechtsprechung

Abgesehen von einer einzigen Entscheidung stand bis jetzt keine der oben genannten Unregelmäßigkeiten zur Prüfung des Kassationsgerichtshofs. Dies liegt zum einen daran, dass es der Polizei im Regelfall gelingt, dass der Akteninhalt keine „Unregelmäßigkeit“ aufweist. Zum anderen scheint der KGH ebenso wenig daran interessiert zu sein, zur Annahme eines Beweisverwertungsverbots die Umstände des Einzelfalles zu prüfen. Diese Haltung ist umso erstaunlicher, als § 148 Abs. 4 tStPO von 2004 für die Aussagen, die bei der polizeilichen Vernehmung ohne Anwesenheit eines Verteidigers gemacht worden sind, ein ausdrückliches Verwertungsverbot vorsieht.

In der genannten Entscheidung stellte der 1. Strafsenat anhand der in den Akten befindlichen Protokolle einer Tonbandaufnahme der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung lediglich fest, dass der Beschuldigte bei der polizeilichen Vernehmung an der Ausübung seines Verteidigerkonsultationsrechts gehindert worden sei, indem seine Vernehmung trotz des ausdrücklich erklärten Wunsches danach mit der Begründung fortgesetzt wurde, dass man die „eigentliche“ Vernehmung erst später durchführen werde. Ein Verwertungsverbot wegen dieses Verstoßes hat der Senat jedoch nicht angenommen. Denn der Beschuldigte war nach dem Senat freizusprechen, weil die in den Akten befindlichen Beweise für seine Verurteilung nicht hinreichend seien.⁷⁹⁴

Die weitere Rechtsprechung des KGH zum Recht auf einen Verteidigerbeistand nach §§ 149, 150 tStPO von 2004 betrifft die Verteidigerkonsultation im Hauptverfahren, das nicht den Gegenstand der vorliegenden Arbeit bildet.⁷⁹⁵

⁷⁹² Bericht des CPT über den Türkeibesuch v. 16. bis 29.03.2004, Rn. 24 ff.

⁷⁹³ *Eryilmaz*, S. 122; Bericht des CPT über den Türkeibesuch v. 07. bis 15.09.2003, Rn. 20 ff.; darauf hinweisend, dass das Verlangen nach einem Verteidiger als Schuldindiz angesehen wird, auch die Antwort der türkischen Regierung auf den Bericht des CPT über den Türkeibesuch v. 07. bis 15.09.2003, S. 6.

⁷⁹⁴ 1. YCD Entsch. v. 11.05.2005 E. 2004/4786 K. 2005/1232 (kazancı).

⁷⁹⁵ Hierzu siehe etwa YCGK Ur. v. 11.10.2011 E. 2011/10-182 K. 2011/204 (kazancı); 2. YCD Entsch. v. 16.06.2011 E. 2009/48524 K. 2011/13291 (kazancı); YCGK Ur. v.

4. Literaturmeinungen

In der Literatur befasst man sich grundsätzlich mit zwei Fragen des Rechts auf einen Verteidigerbeistand bei der polizeilichen Vernehmung: die der Unterbrechungspflicht des Vernehmungsbeamten und die der Befugnisse des Verteidigers im Fall seiner Anwesenheit.

a) Unterbrechungspflicht

Bringt der Beschuldigte seinen Wunsch nach Konsultation eines Verteidigers bei der polizeilichen Vernehmung vor, so ist nach der h.M. die Vernehmung sofort abzubrechen.⁷⁹⁶ Im Fall eines Rechtshilfeverteidigers leitet die Polizei den entsprechenden Antrag des Beschuldigten an die örtliche Anwaltskammer weiter, die diesem Folge zu leisten hat (§ 5 Abs. 6 der Pflichtverteidigerverordnung).⁷⁹⁷ Schwierigkeiten ergeben sich bei der Bestellung eines Rechtshilfeverteidigers in der Praxis insbesondere auf dem Land, weil dort wenige Verteidiger zur Verfügung stehen.⁷⁹⁸

Für das weitere Verfahren des Vernehmungsbeamten besteht dagegen in der Literatur keine Einigkeit. Während die Auffassung vertreten wird, dass die Vernehmung nach einer angemessenen Wartezeit fortgesetzt werden kann,⁷⁹⁹ ist nach der Gegenansicht entweder bis zum Eintreffen des Verteidigers abzuwarten⁸⁰⁰ oder ein neuer Termin anzuberaumen, bei dem seine Anwesenheit sichergestellt ist.⁸⁰¹ Eine dritte Ansicht weist darauf hin, dass die Aussagen des Beschuldigten in der Zwischenzeit entgegengenommen werden dürfen, solange er das Gespräch selbst initiiert hat.⁸⁰² Für die Gegenansicht spricht die neue Fassung des § 147 Abs. 1 lit. c tStPO von 2004, die im Gegenteil zu § 135 Abs. 1 Nr. 3 tStPO von 1929 das Recht des Beschuldigten auf die Anwesenheit des Verteidigers bei der Vernehmung nicht an die Voraussetzung knüpft, dass die Ermittlungen dadurch nicht verzögert werden dürfen.⁸⁰³

16.06.2009 E. 2009/6-57 K. 2009/168 (kazancı); YCGK Urt. v. 18.03.2008 E. 2008/9-7 K. 2008/56 (kazancı); 5. YCD Entsch. v. 22.01.2009 E. 2008/7207 K. 2009/210 (kazancı); 8. YCD. Entsch. v. 04.06.2008 E. 2007/463 K. 2008/6855 (kazancı), siehe außerdem AYM Entsch. v. 12.03.2009 E. 2007/43 K. 2009/51, R.G. v. 03.10.2009 – 27365; AYM Entsch. v. 12.03.2009 E. 2007/9 K. 2009/49, R.G. v. 25.06.2009 – 27269.

⁷⁹⁶ Stellvertretend Çınar, YD 23/1997, 267.

⁷⁹⁷ Demirbaş, Erman Armağanı, S. 199; Çınar, YD 23/1997, 267; siehe auch den Auszug im Anhang: Gesetzestexte.

⁷⁹⁸ Demirbaş, Erman Armağanı, S. 203; Çınar, YD 23/1997, 266.

⁷⁹⁹ Eryılmaz, ABD 3/2006, 61.

⁸⁰⁰ Yenisey, CHD 4/2007, 43; Sokullu-Akıncı, Annales 48/1998, 261.

⁸⁰¹ Demirbaş, Erman Armağanı, S. 197; Koca, AÜEHFD 1/1999, 76; Şahin, Ceza Muhakemesi, S. 157.

⁸⁰² Kaymaz, YD 23/1997, 291.

⁸⁰³ Zur Gefahr des Missbrauchs dieser Befugnis siehe Toroslu, İHY 14/1992, 20; Çınar, YD 23/1997, 266; Koca, AÜEHFD 1/1999, 76.

b) Anwesenheit des Verteidigers

Ebenfalls umstritten war in der Literatur die Frage, welche Befugnisse der Verteidiger während seiner Anwesenheit bei der polizeilichen Vernehmung hat.⁸⁰⁴ Die erste Ansicht vertrat den Standpunkt, dass die Vernehmung nicht nur der Verteidigung des Beschuldigten, sondern auch der Wahrheitsfindung diene. Daher sollte der Vernehmungsbeamte die Möglichkeit haben, den Beschuldigten selbst zu befragen und sein Tatwissen dadurch in Erfahrung zu bringen. Der Verteidiger dürfe insofern nicht an seine Stelle treten. Er dürfe etwa bei seinen Antworten nicht intervenieren oder selbst Fragen an den Beschuldigten stellen. Dies bedeute allerdings keine völlige Passivität des Verteidigers. Er könne zur Überwachung der Einhaltung von Beschuldigtenrechten, insbesondere der Erteilung von gesetzlich vorgesehenen Belehrungen, der zulässigen Durchführung der Vernehmung und einer korrekten Protokollierung aktiv werden.⁸⁰⁵ Nach der Gegenansicht kommt dem Verteidiger bei der polizeilichen Vernehmung doch primär eine aktive Rolle zu. Er könne sich einbringen, wenn der Beschuldigte eine Frage nicht versteht oder ihre Beantwortung Konsequenzen zur Folge hat, die er nicht erkennen kann. Denn nur dadurch könne die vollständige Willensfreiheit gewährt und insbesondere jeglicher Täuschung während der Vernehmung vorgebeugt werden.⁸⁰⁶

Diesen Streit in der Literatur hat § 23 Abs. 1 lit. d der Verordnung über Festnahme, Gewahrsam und Aussageaufnahme nun teilweise beigelegt, indem die Vorschrift die Befugnisse des Verteidigers bei der Vernehmung ausdrücklich regelt.⁸⁰⁷ Hiernach ist sein Beistand grundsätzlich auf den rechtlichen Aspekt begrenzt. In diesem Zusammenhang könne er den Beschuldigten auf alle seine gesetzlich garantierten Rechte hinweisen. Er dürfe aber die gestellten Fragen nicht unmittelbar beantworten und nicht so vorgehen, als würde er die Stelle des Beschuldigten einnehmen. Außerdem dürfe im Rahmen des rechtlichen Beistands in die Vernehmung nicht so eingegriffen werden, dass die Tat verdunkelt wird. Mit dieser Bestimmung hat sich eindeutig die erste Literaturansicht durchgesetzt.

5. Zwischenergebnisse

Die oben dargestellte Praxis der Ermittlungsbehörden bei der Belehrung und Gewährung des Verteidigerkonsultationsrechts im Polizeigewahrsam belegt eindeutig, dass die alte Polizeikultur, den Beschuldigten doch um den Preis der groben Verkennung seiner Rechte zum Aussagen zu bringen, nicht völlig abgeschafft ist.

⁸⁰⁴ Koca, AÜEHFD 1/1999, 81 f.

⁸⁰⁵ Vgl. Demirbaş, Erman Armağanı, S. 215; Genel, AYD 15/2003, 51; Kaymaz, YD 23/1997, 291.

⁸⁰⁶ Koca, AÜEHFD 1/1999, 81 f.; in diese Richtung auch Erman, Kunter Armağanı, S. 77; Sokullu-Akıncı, Annales 48/1998, 261; Karaosmanoğlu, AÜHFD 52/2003, 181 f.

⁸⁰⁷ Hierzu siehe den Auszug der Verordnung im Anhang: Gesetzestexte.

Diese Methoden lassen die Polizei weiterhin unter dem Verdacht,⁸⁰⁸ die Aussagefreiheit eines Beschuldigten nicht anerkennen zu wollen. Im Übrigen hebt die noch immer praktizierte⁸⁰⁹ und von der Rechtsprechung nicht beanstandete „informelle“ Befragung des Beschuldigten vor einer förmlichen Vernehmung alle Bestimmungen der tStPO über den Beistand eines Verteidigers bei der polizeilichen Vernehmung gänzlich aus. Solange diese Praxis besteht und der Kassationsgerichtshof über den Aktenbestand nicht hinausgehen möchte, ist keine Besserung der Rechtswirklichkeit in Sicht. Daher ist der in der Literatur vertretenen Ansicht, dass das Verwertungsverbot des § 148 Abs. 4 tStPO von 2004 hinsichtlich der in Abwesenheit eines Verteidigers gemachten Aussagen den Beistand eines Verteidigers bei der polizeilichen Vernehmung praktisch für alle Fälle obligatorisch mache,⁸¹⁰ nur bedingt beizupflichten. Denn der Kassationsgerichtshof muss dafür sorgen, dass diese Vorschrift tatsächlich angewendet wird.

VI. Beweisverwertungsverbote

Bei dieser Gestaltung ist die Revisionsprüfung des KGH daher nicht nur für die Frage der Beweisverwertungsverbote von großer Bedeutung, sondern insgesamt für die tatsächliche Reichweite der Aussagefreiheit eines Beschuldigten während der polizeilichen Vernehmung. Da ihr eine so wichtige Rolle zukommt, werden im Folgenden ihre Einzelheiten näher dargelegt und auf die Probleme hingewiesen, die sich für den Gegenstand dieser Arbeit ergeben (A.). Im Anschluss daran ist auf die Grundzüge des Beweisrechts einzugehen (B.), und einzelne Beweisverwertungsverbote sind zu erörtern (C.).

A. Revisionsprüfung des Kassationsgerichtshofs

Wie bereits zu Beginn dieses Kapitels erwähnt, hat sich der Kassationsgerichtshof vom Revisionsrecht in der tStPO von 1929 vollständig entfernt und führt eine nirgendwo geschriebene Revisionsprüfung durch. Ihre Schlüsselbegriffe sind die sogenannte Sach- und Verfahrensprüfung.⁸¹¹ Bei näherer Betrachtung ergibt sich,

⁸⁰⁸ So ausdrücklich auch der Bericht des Menschenrechtsausschusses des türkischen Parlaments über den Besuch der Provinzen İzmir und Aydın v. 31.07. bis 03.08.2003 S. 6; siehe auch *Kızılarşlan*, *Hukuka Aykırı Delil*, S. 320, der im Hinblick auf die absolute Beweisverbotslehre der tStPO auf das „Führungszeugnis“ der Strafverfolgung hinweist.

⁸⁰⁹ Zuletzt etwa Bericht des CPT über den Türkei-besuch v. 04. bis 17.06.2009, Rn. 21 f.
⁸¹⁰ *Öztürk*, *Alacakaptan Armağanı*, S. 602; *Eryılmaz*, *ABD* 3/2006, 42; *Arican*, *İfade Alma*, S. 286.

⁸¹¹ Siehe oben Kap. 4, I.B.3.

dass der KGH bei der Revisionsprüfung einen strengeren Prozessrechtsrigorismus pflegt (1.) und auf Basis der Akten eine eigene Beweisaufnahme und -würdigung vornimmt (2.). Auch im Übrigen ist die Revisionsprüfung in vieler Hinsicht problematisch (3.).

1. Prozessrechtsrigorismus bei Verfahrensverstößen

Analysiert man die Spruchpraxis des Kassationsgerichtshofs, so lässt sich konstatieren, dass sich die Revisionsprüfung hinsichtlich der Verstöße gegen das Verfahrensrecht grundsätzlich auf die Prozessrechtswidrigkeiten bezieht, die das Tatgericht in der Hauptverhandlung begangen hat. Die Verwertung von Beweisen, die unter Verstoß gegen das Verfahrensrecht erlangt worden sind, betrifft nach dem KGH dagegen die Sachprüfung. Dies gilt auch für die Beschuldigenaussagen, die etwa durch verbotene Vernehmungsmethoden nach § 148 tStPO von 2004 (ebenfals § 135a tStPO von 1929)⁸¹² oder unter Verstoß gegen Belehrungspflichten des § 147 tStPO von 2004 (sowie § 135 tStPO von 1929) zustande gekommen sind.⁸¹³

Die Revisibilität eines Verfahrensverstößes, etwa die Unterlassung der genannten Belehrungen, ist nach dem KGH nur dann gegeben, wenn und soweit das Tatgericht diesen Verstoß durch ordnungsgemäße Wiederholung beheben kann und nach der Auffassung des KGH muss, weil es sich um eine zwingende Verfahrensvorschrift handelt – so etwa § 135 tStPO von 1929⁸¹⁴ – bzw. dieser Verstoß das Verteidigungsrecht des Beschuldigten erheblich eingeschränkt hat.⁸¹⁵ Die Aufhebung des Urteils infolge eines Verfahrensverstößes setzt somit weder die Erörterung der Erforderlichkeit eines Beweisverwertungsverbots wegen des Verstößes gegen ein Verfahrensrecht des Beschuldigten voraus noch hat sie ein solches Verwertungsverbot zur Folge.⁸¹⁶ Sie bezweckt die prozessuale Fehlerlosigkeit des tatgerichtlichen Urteils. Die Frage, ob das Urteil auf einem Verfahrensverstöß beruht, ist dabei überflüssig, weil der Kassationsgerichtshof nicht einmal ansatzweise auch nur die geringste Wahrscheinlichkeit eines anderen Verfahrensausganges wegen der Begehung des Verfahrensfehlers überprüft. Eine anderweitige Auslegung würde

⁸¹² So ausdrücklich YCGK Urt. v. 28.09.1999 E. 1999/1-213 K. 1999/219 (kazanci); siehe auch YCGK Urt. v. 04.10.1993 E. 1993/6-192 K. 1993/217, YKD 20/1994, 450 ff.; siehe auch YCGK Urt. v. 10.05.1993, E. 1993/9-85 K. 1993/139 (kazanci).

⁸¹³ Vgl. YCGK Urt. v. 24.10.1995 E. 1995/7-165 K. 1995/302, YKD 22/1996, 103 ff.

⁸¹⁴ YCGK Urt. v. 24.10.1995 E. 1995/7-165 K. 1995/302, YKD 22/1996, 103 ff.

⁸¹⁵ So etwa im Hinblick auf die unterlassene Pflichtverteidigerbeordnung durch das Gericht nach § 138 tStPO von 1929, 8. YCD Entsch. v. 03.07.2003 E. 2002/6646 K. 2003/3021, YKD 30/2004, 1309 f.; siehe auch YCGK Urt. v. 19.02.2013 E. 2012/9-1464 K. 2013/61 (kazanci).

⁸¹⁶ Vgl. YCGK Urt. v. 24.10.1995 E. 1995/7-165 K. 1995/302, YKD 22/1996, 103 ff.; YCGK Urt. v. 19.12.1994 E. 1994/6-322 K. 1994/343, YKD 21/1995, 1122.

nach dem KGH etwa zu einer beliebigen Anwendung des § 135 StPO von 1929 führen und diese Vorschrift sogar lahmlegen.⁸¹⁷

Weisen die Akten nach der Revisionsprüfung des KGH keine Prozessrechtswidrigkeiten mehr auf, so kann nach dem KGH im Anschluss die Sachprüfung vorgenommen werden. Die Verfahrensprüfung habe somit stets Vorrang. Bei einer Aufhebung wegen eines Verfahrensverstößes, etwa unterlassene Belehrungen nach § 147 tStPO von 2004 (sowie § 135 tStPO von 1929), könne er nicht zur Sachprüfung übergehen und bei Vorliegen eines vom Tatgericht korrekt festgestellten Schuldnachweises den begangenen Verfahrensfehler ignorieren. Denn er würde sich dadurch voreingenommen machen und die Aufhebung ihren Zweck nicht erfüllen, wenn das Tatgericht bei der neuen Verhandlung der Sache eher von der Bestätigung der Korrektheit seines zurückgewiesenen Urteils ausgehe, als den fraglichen Verfahrensfehler zu beheben.⁸¹⁸ Im Ergebnis betreibt der Kassationsgerichtshof im Hinblick auf die Verfahrensverstöße unter Umständen einen Aufhebungsrigorismus,⁸¹⁹ dessen Zweck sich nicht erkennen lässt.

2. Eigene Beweisaufnahme und -würdigung

Die weitere Analyse der Revisionsprüfung des KGH ergibt, dass dieser sich bei der Sachprüfung keineswegs mit der Urteilsbegründung des Tatgerichts begnügt. Begründetheit eines Urteils besage nämlich, dass die Entscheidung des Gerichts „mit Denkgesetzen, Recht und Akteninhalt“ übereinstimmt.⁸²⁰ Der Gerichtshof nimmt diese Prüfung in der Art eines Tatgerichts durch eine eigene Beweisaufnahme und -würdigung anhand des Aktenbestands vor.⁸²¹ Er ist weder an die ein-

⁸¹⁷ YCGK Urt. v. 13.03.1995, 6-31/57 in: *Uygun*, S. 470.

⁸¹⁸ YCGK Urt. v. 19.12.1994 E. 1994/6-322 K. 1994/343, YKD 21/1995, 1123 f.; YCGK Urt. 24.10.1995 E. 1995/6-238 K. 1995/305, YKD 21/1995, 1884 ff.; zustimmend *Yurtcan*, S. 476.

⁸¹⁹ Siehe etwa Aufhebung wegen Fehlern bei den Personalangaben des Beschuldigten YCGK Urt. v. 11.10.2005 E. 2005/17-115 K. 2005/110 (kazancı); 8. YCD Entsch. v. 28.06.2000 E. 2000/13843 K. 2000/12192 (kazancı); 3. YCD Entsch. v. 22.11.2006 E. 2006/2880 K. 2006/8747 (kazancı), nach dem die Aufhebung darauf zurückzuführen ist, dass der richtige Name des Beschuldigten *Muhammet* und nicht wie geschrieben *Mehmet* sei.

⁸²⁰ YCGK Urt. v. 10.05.1993 E. 1993/2-123 K. 1993 (kazancı); siehe auch AsYDK Urt. v. 21.03.2002 E. 2002/30 K. 2002/25, AYD 2003, 379 ff. (Die Begründung muss mit „dem Akteninhalt, dem Lauf der Dinge und den Denkgesetzen“ vereinbar sein.)

⁸²¹ YCGK Urt. v. 24.10.1995 E. 1995/7-165 K. 1995/302, YKD 22/1996, 104 („die Akten [...] wurden von dem Großen Senat gelesen [...]“); YCGK Urt. v. 17.02.1998 E. 1998/9-11 K. 1998/35, YKD 25/1999, 94 („Aus der Analyse des Akteninhalts ergibt sich...“); ebenso 9. YCD Entsch. v. 24.10.2005 E. 2005/5497 K. 2005/7945 (kazancı); siehe auch 4. YCD Entsch. v. 22.01.1998 E. 1997/10244 K. 1998/323, YKD 24/1998, 927 („Nach der Analyse von Protokollen, Dokumenten und Urteilsbegründung, welche die Hauptverhandlung wiedergeben, in der die richterliche Überzeugung entstanden ist“, hebt der Senat aus nachfolgend genannten Gründen das Urteil auf.); 7. YCD Entsch. v. 06.07.1995 E. 1995/5415 K. 1995/6266, YKD 28/1997, 1332 („Nach dem Lesen von

zelen Feststellungen des Tatgerichts über die prozessrelevanten Tatsachen noch an seine Beweiswürdigung über die Schuldfrage gebunden. Einzelne Beweise werden aus den Akten geholt und erneut ausführlich dargelegt und erörtert.⁸²² Dazu gehören auch alle Aussagen eines Beschuldigten, die auf irgendeine Weise dokumentiert sind.⁸²³

Die Beweisergebnisse werden anschließend einer neuen Beweiswürdigung unterzogen. Dabei würdigt der KGH etwa das Geständnis eines Beschuldigten dahingehend, ob dieses wahrhaftig ist,⁸²⁴ oder urteilt darüber, wie es nach „anerkannten“ Beweisregeln zu verwerten ist.⁸²⁵ Er kann außerdem aus seinem konkreten Aussageverhalten nachteilige Schlüsse gegen den Beschuldigten ziehen.⁸²⁶ Gelangt er anhand seiner eigenen Beweiswürdigung zu der Überzeugung, dass dessen Schuld erwiesen ist, so bestätigt er bei einer Verurteilung das Urteil des Tatgerichts⁸²⁷ oder er hebt dieses bei einem Freispruch auf und ordnet die Verurteilung an.⁸²⁸ Endet seine Beweiswürdigung mit einem Freispruch, so hebt er die Verurteilung des Beschul-

Papieren in den Akten ist ...“); 3. YCD Entsch. v. 29.11.1995 E. 1995/12024 K. 1995/13291, YKD 22/1996, 294 („Nach dem Akteninhalt, der Hauptverhandlung, den gesammelten Beweisen und der Urteilsbegründung ...“).

⁸²² Zu einer ausführlichen Anführung aller Beschuldigten- und Zeugenaussagen sowie anderer Indizienbeweise, wie eine anonyme Anzeige und ein nachrichtendienstlicher Bericht der Polizei, siehe etwa YCGK Ur. v. 14.12.2010 E. 2010/9-88 K. 2010/255 (kazancı); YCGK Ur. v. 02.12.1991 E. 1991/1-301 K. 1991/334 (kazancı); siehe auch *Selçuk*, YD 27/2001, 39.

⁸²³ Siehe etwa YCGK Ur. v. 17.04.1989 E. 1989/1-90 K. 1989/144 (kazancı); YCGK Ur. v. 18.06.1984 E. 1983/1-383 K. 1984/232 (kazancı); kritisch hiergegen *Ünver/Hakeri*, II. Band, S. 118.

⁸²⁴ 7. YCD Entsch. v. 26.02.2007 E. 2005/14749 K. 2007/1149 (kazancı) (Das polizeiliche Geständnis des Beschuldigten belege seine Schuld, während sein Alibi in der Hauptverhandlung entgegen der Beweiswürdigung des Tatgerichts „unbeachtlich“ sei.); hierzu siehe außerdem unten Kap. 4, VI.C.1.b); vgl. 4. YCD Entsch. v. 22.01.1998 E. 1997/10244 K. 1998/323, YKD 24/1998, S. 927, in der der Strafsenat ausnahmsweise auf die Widersprüche in der Würdigung des Tatgerichts hinsichtlich des Beschuldigtengeständnisses hinweist und das Urteil zu einer Aufklärung nur aufhebt.

⁸²⁵ Für das Prinzip der sog. Unteilbarkeit eines Beschuldigtengeständnisses siehe etwa YCGK Ur. v. 20.05.1991 E. 1991/1-131 K. 1991/166, YKD 18/1992, 930; YCGK Ur. v. 10.04.1978 E. 35 K. 122 in: *Özel*, S. 1030; mehr dazu unter Kap. 4, III. C.3.c); für das Prinzip der sog. Wahrunterstellung eines Beschuldigtengeständnisses, dessen Gegenteil nicht bewiesen wurde, siehe YCGK Ur. v. 11.10.2011 E. 2011/1-175 K. 2011/210 (kazancı); hierzu mehr siehe oben Kap. 4, II.B.1.b)bb)(2).

⁸²⁶ YCGK Ur. v. 19.09.2006 E. 2006/8-201 K. 2006/190, YKD 32/2006, 1834 ff.; YCGK Ur. v. 01.05.2001 E. 2001/6-70 K. 2001/77, YKD 27/2001, 1410; hierzu siehe außerdem oben Kap. 4, III.C.2.

⁸²⁷ YCGK Ur. v. 09.12.2003 E. 2003/10-260 K. 2003/284, YKD 30/2004, 602 ff.

⁸²⁸ YCGK Ur. v. 03.10.1994 E. 1994/9-184 K. 1994/211 (kazancı); 7. YCD Entsch. v. 26.02.2007 E. 2005/14749 K. 2007/1149 (kazancı); 10. YCD Entsch. v. 19.12.2005 E. 2004/21023 K. 2005/19087 (kazancı); kritisch hiergegen *Ünver/Hakeri*, I. Band, S. 83 Fn. 269.

digten durch das Tatgericht auf, weil seine Schuld nicht erwiesen sei.⁸²⁹ Im Ergebnis verfasst der Kassationsgerichtshof im Revisionsverfahren ein zweites Urteil,⁸³⁰ im dem die Aktenwidrigkeit eines Urteils zur Annullierung einer tatgerichtlichen Entscheidung führt.

3. Weitere Probleme der Revisionsprüfung

Durch die vollständige Aktenanalyse überfordert sich der KGH selbst und macht unweigerlich offenkundige Fehler. So kann man in einem Urteil des Großen Senats nachlesen, dass die Feststellung des zuständigen Strafsenats, dass die zwei fraglichen Beschuldigten nicht vernommen worden seien, falsch sei, weil der Akteninhalt das Gegenteil belege.⁸³¹ Außerdem führt die Aktenanalyse dazu, dass der Kassationsgerichtshof einen Verfahrensverstoß erst dann thematisiert, wenn er dies will und als relevant ansieht.⁸³² Der enorme Arbeitsaufwand beim Studieren des Akteninhalts beeinflusst ferner den Schreibstil des Kassationsgerichtshofs. Dieser ist sprachlich teilweise dermaßen konfus und unverständlich, dass er kaum einer rechtlichen Erfassung zugänglich ist.⁸³³ Des Weiteren enthalten seine Entscheidungen kaum Ausführungen, anhand derer sein eigener Gedankengang nachverfolgt werden könnte. Die Anmerkung, „auf der Grundlage des Akteninhalts lässt sich der Inhalt des Geständnisses nicht bestätigen“,⁸³⁴ ist keine Rechtsprechung.⁸³⁵ Oft wird nur lapidar aufgeführt, dass „das Erforderliche besprochen und darüber nachgedacht“ worden sei.⁸³⁶ Eine Auseinandersetzung mit Rügen der Beschwerdeführer ist ebenfalls seiner Entscheidungspraxis fremd. Diese werden im Regelfall bloß mit der Anmerkung übergangen, dass sie nicht zutreffend und daher abzulehnen seien.⁸³⁷ Im Übrigen finden viele in konkreten Fällen einschlägige Rechtsfragen in der

⁸²⁹ YCGK Urt. v. 05.12.1988 E. 1988/9-452 K. 1988/519 (kazancı); YCGK Urt. v. 04.10.1993 E. 1993/6-192 K. 1993/217, YKD 20/1994, 450 ff.; YCGK Urt. v. 09.11.2010 E. 2010/8-134 K. 2010/217 (kazancı); kritisch hiergegen *Yenisey*, IÜHFM 52/1986–1987, 124.

⁸³⁰ *Selçuk*, YD 27/2001, 20.

⁸³¹ YCGK Urt. v. 08.05.1978 E. 1978/4-131 K. 1978/157, YKD 5/1979, 407.

⁸³² Vgl. 8. YCD Entsch. v. 23.01.2007 E. 2006/8117 K. 2007/320 (kazancı).

⁸³³ Siehe etwa YCGK Urt. v. 05.02.2013 E. 2012/10-1295 K. 2013/36 (kazancı).

⁸³⁴ YCGK Urt. v. 05.12.1988 E. 1988/9-452 K. 1988/519 (kazancı); ähnlich auch YCGK Urt. v. 25.12.1989 E. 1989/1-357 K. 189/420 (kazancı) („die erwähnten und sich in den Akten befindenden Beweise sind für die Verurteilung des Beschuldigten nicht hinreichend“).

⁸³⁵ Vgl. *Selçuk*, YD 27/2001, 14.

⁸³⁶ YCGK Urt. v. 24.10.1995 E. 1995/7-165 K. 1995/302, YKD 22/1996, 104; ebenso 7. YCD Entsch. v. 06.07.1995 E. 1995/5415 K. 1995/6266, YKD 28/1997, 1332; 9. YCD Entsch. v. 24.10.2005 E. 2005/5497 K. 2005/7945 (kazancı).

⁸³⁷ 3. YCD Entsch. v. 29.11.1995 E. 1995/12024 K. 1995/13291, YKD 22/1996, 294; 7. YCD Entsch. v. 18.11.1998 E. 1998/8120, K. 1998/9353 (kazancı); 10. YCD Entsch. v.

Revisionsprüfung des KGH keine Beachtung. Seine Haltung zu vielen Rechtsproblemen bleibt des Öfteren im Dunkeln. Es bedarf stets einer gründlichen Analyse seiner Spruchpraxis mit intensivster Textinterpretation, die viel Geduld, Ausdauer und einen sechsten Sinn zum Aufspüren fordert.

In Anbetracht der oben dargelegten Gestaltung des Revisionsverfahrens lässt sich darüber streiten, ob sich aus der Spruchpraxis des Kassationsgerichtshofs überhaupt eine Rechtsprechung entnehmen lässt, der auch nur im Geringsten eine rechtsdogmatisch nachvollziehbare Auseinandersetzung mit einer Rechtsfrage vorausgeht und die ansatzweise Rechtssicherheit bietet. So kann der Große Strafsenat eine der wichtigsten Fragen des Beweisrechts, nämlich die absolute Beweisverbotslehre gem. § 217 Abs. 2 tStPO von 2004 (ebenso § 254 Abs. 2 tStPO von 1929) kurzerhand ablehnen (hierzu gleich unten), ohne sich mit den entsprechenden Bestimmungen der tVerf. und der tStPO durch anerkannte Auslegungsmethoden zu befassen und kein Wort über die entgegengesetzte Rechtsprechung des tVerfG und die auf ihrer Linie liegenden Literaturmeinungen zu verlieren.⁸³⁸ Erstaunlich ist es, dass dies von einzelnen Strafsenaten in ihren nachfolgenden Entscheidungen nicht befolgt und schlichtweg ignoriert wird.⁸³⁹ Später kehrte der Große Strafsenat ebenfalls in der eben beschriebenen Art und Weise zur absoluten Beweisverbotslehre zurück,⁸⁴⁰ und derzeit weilt er wieder bei der relativen Beweisverbotslehre.⁸⁴¹ Dabei hat sich er in keiner Weise mit seiner früheren Auffassung auseinandergesetzt oder die Umkehr klargestellt.⁸⁴²

Schließlich bestehen faktische Bedenken, ob der Kassationsgerichtshof überhaupt eine Rechtsprechung betreiben kann. Mit 15 Strafsenaten und einem Großen Strafsenat, die jährlich über 350.000 Revisionsanträge samt den dazugehörigen Akten bearbeiten,⁸⁴³ hat der Kassationsgerichtshof sehr wenig mit dem Leitbild eines Obersten Gerichtshofs zu tun, das eine Rechtsfortbildung und Rechtseinheit gewährleistet.⁸⁴⁴

14.09.1998 E. 1998/4843 K. 1998/8034 (kazancı); 4. YCD Entsch. v. 18.10.2000 E. 2000/6094 K. 2000/6786 (kazancı).

⁸³⁸ YCGK Urt. v. 15.03.2005 E. 2005/10-15 K. 2005/29 (kazancı).

⁸³⁹ 8. YCD Entsch. v. 14.12.2009 E. 2008/334 K. 2009/15739 (kazancı) 7. YCD Entsch. v. 22.02.2007 E. 2004/5671 K. 2007/1111 (kazancı).

⁸⁴⁰ YCGK Urt. v. 17.11.2009 E. 2009/7-160 K. 2009/364 (kazancı).

⁸⁴¹ YCGK Urt. v. 13.03.2012 E. 2011/8-278 K. 2012/96 (kazancı); hierzu siehe auch *Bıçak*, *Suç Muhakemesi*, S. 540 ff.

⁸⁴² Der Große Strafsenat nimmt in seiner Entscheidungspraxis sehr selten Bezug auf seine früheren Entscheidungen, siehe etwa YCGK Urt. v. 21.05.2013 E. 2012/7-1554 K. 2013/256 (kazancı); YCGK Urt. v. 19.02.2013 E. 2012/9-1464 K. 2013/61 (kazancı).

⁸⁴³ Für die Statistiken über die Arbeitslast des Kassationsgerichtshofs von 2000 bis 2013 siehe <http://www.yargitay.gov.tr/index2.php?pgid=21> [Stand: 06.03.2014].

⁸⁴⁴ Vgl. *Selçuk*, YD 27/2001, 13 und 33; *Öztürk* u.a., S. 725; *Yurtcan*, S. 468.

4. Zwischenergebnisse

Fragt man nach Gründen für die gegenwärtige Revisionspraxis des KGH, so lässt sich aus einer Analyse seiner Entscheidungspraxis ein großes Misstrauen gegen die Korrektheit und Vollständigkeit der Urteilsbegründungen von Tatgerichten feststellen.⁸⁴⁵ Diesem stimmt auch ein Teil der Literatur zu und ist der Auffassung, dass die Notwendigkeit, das Verfahren erneut umfassend aufzurollen, auf die mangelnde Aufklärung der Tatfrage durch das Tatgericht⁸⁴⁶ und auf das Fehlen einer Berufungsinstanz zurückzuführen ist.⁸⁴⁷ Dagegen wird zu Recht eingewandt, dass die Beweiswürdigung des KGH aus zweiter Hand anhand des Akteninhalts weder für ein Berufungsgericht noch für ein Revisionsgericht typisch ist.⁸⁴⁸ Das Vorgehen des Kassationsgerichtshofs entzieht dem Erkenntnisverfahren des Tatgerichts jegliche Bedeutung und höhlt die Bestimmungen der tStPO aus. Denn er entscheidet über die Schuld des Beschuldigten in Abwesenheit der Verfahrensbeteiligten (vgl. §§ 193 ff. tStPO von 2004) unter Anschluss der Öffentlichkeit (vgl. §§ 182 ff. tStPO von 2004) entgegen dem Prinzip der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit auf Grundlage lebloser Akten (vgl. § 217 tStPO von 2004). Das Tatgericht fungiert in einem solchen System nur als verlängerter Arm des Revisionsgerichts vor Ort, das die Beweise sammelt, ihre Ergebnisse verschriftlicht und eine vorläufige Würdigung vornimmt.⁸⁴⁹

Auch wenn der Kassationsgerichtshof eine eigene Beweiswürdigung anhand des Akteninhalts im Namen der Einzelfallgerechtigkeit vornimmt, vermögen seine Entscheidungen nicht davon zu überzeugen, dass sie korrekter als die von erstinstanzlichen Gerichten sind.⁸⁵⁰ Es lässt sich nicht abstreiten, dass die Wahrscheinlichkeit von Justizirrtümern bei der mehrfachen Beweiswürdigung sehr hoch ist.⁸⁵¹ Im Ergebnis erfolgt womöglich die wohl bitterste Ungerechtigkeit durch ein vermeintliches Gerechtigkeitsideal.⁸⁵² Konkrete Ergebnisse der gegenwärtigen Revisionspraxis für die vorliegende Arbeit sind somit, dass das verfassungsrechtliche Verbot des Selbstbelastungszwangs sowie die Aussagefreiheit des Beschuldigten nach § 147 Abs. 1 lit. e tStPO von 2004 kaum eine höchstrichterliche Klärung vom KGH erfahren haben.

⁸⁴⁵ Siehe etwa YCGK Urt. v. 18.10.1993 E. 1993/6-236 K. 1993/255 (kazancı); 8. YCD Entsch. v. 07.05.1997 E. 1997/3447 K. 1997/6774 (kazancı).

⁸⁴⁶ Kunter, S. 1049 f. Rn. 526.

⁸⁴⁷ Yenisey, IÜHFM 52/1986–1987, 125; a.A. Keskin, Annales 53/2004, 128 f.

⁸⁴⁸ Selçuk, YD 27/2001, 11; ebenfalls kritisch gegenüber der Beweiswürdigung des Kassationsgerichtshofs Ünver, CHD 2006, 141.

⁸⁴⁹ Vgl. Selçuk, YD 27/2001, 31.

⁸⁵⁰ Selçuk, YD 27/2001, 18.

⁸⁵¹ Selçuk, YD 27/2001, 32.

⁸⁵² So auch im Ergebnis Selçuk, YD 27/2001, 33, der jahrzehntelang Richter am KGH war und für einige Zeit auch dessen Präsidentenamt innehatte.

B. Grundzüge des Beweisrechts

1. Prinzip des freien Beweissystems

Im Strafverfahrensrecht gilt nach der h.M. in Rechtsprechung und Literatur das Prinzip des freien Beweissystems. Dieses umfasst die Beweismittel- und Beweiswürdigungsfreiheit.⁸⁵³ § 217 Abs. 2 tStPO von 2004 besagt nämlich, dass die angelegte Straftat durch jede Art von Beweisen nachgewiesen werden kann.⁸⁵⁴ Dadurch lasse sich der Zweck des Strafverfahrens, die materielle und nicht formelle Wahrheit herauszufinden, wirksam realisieren.⁸⁵⁵ Im Einzelnen bedeutet die Beweismittelfreiheit, dass die Anzahl zulässiger Beweismittel nicht begrenzt ist und der Richter jegliche Beweise, Indizien, Anzeichen und Spuren zur Tatsachenfeststellung im Strafprozess heranziehen kann.⁸⁵⁶ Dementsprechend gilt der Grundsatz, dass im Strafverfahrensrecht alles mit allem nachgewiesen werden kann,⁸⁵⁷ solange ein Beweismittel aussagekräftig und logisch ist.⁸⁵⁸ Nach dem Gesetzgeber unterscheidet sich die tStPO von 2004 dadurch vom Prinzip des Strengbeweises im deutschen Strafverfahrensrecht.⁸⁵⁹

In der Tat ergibt die oben aufgeführte Analyse der Revisionsprüfung des Kassationsgerichtshofs, dass der KGH die Tatsachenfeststellungen bezüglich der Schuldfrage durch ein Freibeweisverfahren vornimmt.⁸⁶⁰ Außerdem schreibt § 217 Abs. 1 Satz 2 tStPO von 2004 zwar vor, dass die Beweismittel, auf die der Richter seine Entscheidung stützt, in die Hauptverhandlung eingebracht und in seiner Gegenwart erörtert werden müssen.⁸⁶¹ Das Vorliegen eines formalisierten Beweisverfahrens erkennt das Strafverfahrensrecht dadurch allerdings insbesondere aus dem Grund nicht

⁸⁵³ Vgl. YCGK Urt. v. 29.11.2005 E. 2005/7 K. 2005/150, YKD 32/2006, 467 f.; AYM Entsch. v. 22.06.2001 E. 1992/2 K. 2001/2, R.G. v. 05.01.2002 – 24631; *Toroslu/Fezyioğlu*, S. 172; *Ünver/Hakeri*, I. Band, S. 84; *İpekçioğlu*, AÜHFD 57/2008, 56; *Çınar*, TBBD 55/2004, 39; *Ünver*, CHD 2006, 107.

⁸⁵⁴ So ausdrücklich die Begründung des Regierungsentwurfs, Protokollzeitschrift 22. Periode 66. Band, S. 237; siehe auch *Yurtcan*, S. 52.

⁸⁵⁵ Begründung des Regierungsentwurfs, Protokollzeitschrift 22. Periode 66. Band, S. 9; *İpekçioğlu*, AÜHFD 57/2008, 56; *Koca*, AÜEHFD 5/2000, 105.

⁸⁵⁶ Vgl. Begründung des Regierungsentwurfs, Protokollzeitschrift 22. Periode 66. Band, S. 95; AYM Entsch. v. 22.06.2001 E. 1992/2 K. 2001/2, R.G. v. 05.01.2002 – 24631; YCGK Urt. v. 29.11.2005 E. 2005/7 K. 2005/150, YKD 32/2006, 467 f.; YCGK Urt. v. 12.02.2013 E. 2012/5-974 K. 2013/49 (kazancı); *Yurtcan*, S. 52; *Ünver/Hakeri*, I. Band, S. 84; a.A. *Erem*, AÜHFD 27/1970, 23.

⁸⁵⁷ *Toroslu/Fezyioğlu*, S. 171; in diese Richtung auch 6. YCD Entsch. v. 10.05.1988 E. 1988/5448 K. 1988/6125, YKD 14/1988, 1299.

⁸⁵⁸ YCGK Urt. v. 12.02.2013 E. 2012/5-974 K. 2013/49 (kazancı); Bericht des Rechtsausschusses, *Şahin*, Gazi Şerhi, S. 73.

⁸⁵⁹ Begründung des Regierungsentwurfs, Protokollzeitschrift 22. Periode 66. Band, S. 95.

⁸⁶⁰ Siehe oben Kap. 4, VI.A.2.

⁸⁶¹ Hierzu siehe auch *Toroslu/Fezyioğlu*, S. 171.

an, weil der Kassationsgerichtshof, wie oben ausführlich dargestellt, über die Schuldfrage auf der Grundlage des Akteninhalts entscheidet.⁸⁶² Im Übrigen wird unter dem freien Beweissystem teilweise auch die Beweiserlangungsfreiheit verstanden.⁸⁶³

Das Prinzip der Beweismittel- und Beweiswürdigungsfreiheit folgte im Strafverfahren lange Zeit der Lehre von der unbedingten Verwertung, sofern ein Beweismittel verlässlich und glaubhaft ist. Rechtsverstöße bei seiner Erlangung ließen dementsprechend die rechtliche Verwertbarkeit grundsätzlich unberührt.⁸⁶⁴ Dies führte u.a. dazu, dass etwa erfolterte Geständnisse von Gerichten für verwertbar erklärt wurden,⁸⁶⁵ solange sie wahr waren.

2. Absolutes Verwertungsverbot

Diesem Umstand wollte der Gesetzgeber durch die Strafprozessnovelle von 1992 ein Ende bereiten, indem er ein absolutes Beweisverwertungsverbot in § 254 Abs. 2 tStPO von 1929 vorsah.⁸⁶⁶ Hiernach durften Beweise, die die Strafverfolgungsorgane rechtswidrig erlangt hatten, einem Urteil nicht zugrunde gelegt werden. 2001 nahm der Verfassungsgesetzgeber dieses Prinzip sogar direkt in Art. 38 Abs. 6 tVerf. auf.⁸⁶⁷ Gesetzeswidrig erlangte Erkenntnisse können hiernach als Beweis nicht zugelassen werden. Die neue tStPO von 2004 setzt ebenfalls voraus, dass die Beweise rechtmäßig erlangt worden sind, um für den Schuldnachweis zugelassen zu werden (§ 217 Abs. 2 tStPO von 2004).⁸⁶⁸

Das Verwertungsverbot für rechtswidrig erlangte Beweise bringt nach der h.M. das Prinzip zum Ausdruck, dass die Wahrheitsfindung doch nicht um jeden Preis betrieben werden darf,⁸⁶⁹ sondern in einem ausschließlich justizförmigen Verfahren.⁸⁷⁰ Im Strafverfahren seien der Schutz von Unschuldigen sowie der Grundrechte und Freiheiten ebenso von Bedeutung, wie die Bestrafung von Schuldigen.⁸⁷¹

⁸⁶² Siehe oben Kap. 4, VI.A.2.

⁸⁶³ *Ünver/Hakeri*, I. Band, S. 84.

⁸⁶⁴ M.w.N. *Bıçak*, S. 69; *Koca*, AÜEHFD 5/2000, 124; kritisch hiergegen *Sağlam*, SBFĐ 30/1975, 115 f.; *Özbudun*, Haberleşmenin Gizliliği, S. 291; hierzu siehe auch *Tosun*, Hukuka Aykırı Deliller, S. 46 f.

⁸⁶⁵ Hierzu siehe unten Kap. 4, VI.C.1.b).

⁸⁶⁶ Kritisch hiergegen *Hafizoğulları*, AÜHFD 43/1993, 23 ff.

⁸⁶⁷ R.G. v. 17.10.2001 – 24556; siehe den Auszug im Anhang: Gesetzestexte.

⁸⁶⁸ Zu Beweisverbotsvorschriften der tStPO von 2004 und deren Vergleich mit § 254 Abs. 2 tStPO von 1929 eingehend *Öztürk*, Beweisverbote, S. 83 ff.

⁸⁶⁹ YCGK Urt. v. 17.05.2011 E. 2011/9-93 K. 2011/95 (kazancı); *Yıldırım*, ABD 5-6/1988, 682; *Genel*, AYD 15/2003, 48; *Özbek*, Delil Yasakları, S. 914.

⁸⁷⁰ 4. YCD Entsch. v. 04.10.1995 E. 1994/7351 K. 1994/7693, YKD 21/1995, 1477; *Çınar*, TBBĐ 55/2004, 32 f.

⁸⁷¹ YCGK Urt. v. 17.05.2011 E. 2011/9-93 K. 2011/95 (kazancı).

Die Beweismittel- und Beweiswürdigungsfreiheit soll insofern Grenzen haben, die sich aus den Beweisverwertungsverböten der tVerf. und tStPO ergeben.⁸⁷²

Allerdings besteht hinsichtlich der Anwendung und Auslegung der oben genannten Vorschriften weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur Klarheit oder Einigkeit.⁸⁷³ Bereits Art. 38 Abs. 6 tVerf. und § 217 Abs. 2 tStPO von 2004 knüpfen beim Beweisverwertungsverbot an unterschiedliche Begriffe an, nämlich die der Gesetzes- bzw. Rechtswidrigkeit.⁸⁷⁴ Der Standpunkt des Kassationsgerichtshofs ist, wie oben bereits aufgeführt, völlig unklar. Dies gilt zum einen in dem Sinn, ob der KGH unter diesen Vorschriften ein absolutes Beweisverwertungsverbot versteht, welches von einem Teil der Literatur befürwortet wird.⁸⁷⁵ Zum anderen ergibt eine gründliche Analyse seiner Spruchpraxis, dass der KGH im Hinblick auf die Rechtsverstöße bei der Erlangung einer Aussage von Beschuldigten Art. 38 Abs. 6 tVerf. und § 217 Abs. 2 tStPO von 2004 gänzlich außer Acht lässt (hierzu gleich mehr). In der Tat betreffen die vom KGH getroffenen Entscheidungen, in denen er ein Beweisverwertungsverbot erörtert hat, überwiegend die rechtswidrigen Telefonüberwachungen⁸⁷⁶ oder Durchsuchungen.⁸⁷⁷

3. Verstöße gegen das Verbot des Selbstbelastungszwangs

Das verfassungsrechtliche Verbot des Selbstbelastungszwangs nach Art. 38 Abs. 5 tVerf. ist nicht nur als ein Beweiserhebungsverbot zu verstehen. Denn es

⁸⁷² Vgl. AYM Entsch. v. 22.06.2001 E. 1992/2 K. 2001/2, R.G. v. 05.01.2002 – 24631; YCGK Urt. v. 29.11.2005 E. 2005/7 K. 2005/150, YKD 32/2006, 467 f.; siehe auch *Öztiirk*, SÜHFD 4/1994, 39; *İnceoğlu*, S. 11; *Yıldız*, Annales 50/2001, 105; *Genel*, AYD 15/2003, 47; so bereits *Yıldırım*, ABD 1/1989, 44.

⁸⁷³ Vgl. *Koca*, AÜEHFD 5/2000, 125; *Odman*, İHMD 4/1995, 22; zur Rechtsprechung des Kassationsgerichtshofs über die Beweisverwertungsverbote siehe *Çınar*, TBBD 55/2004, 51 ff.; zu den Literaturansichten *Şahbaz*, ABD 1/2006, 102 ff.

⁸⁷⁴ *Bıçak*, Usulsüz Delil, S. 539; *Soyaslan*, AÜEHFD 7/2003, 10; *Yenisey*, CHD 4/2007, 35; zur Auslegung dieser Begriffe siehe AYM Entsch. v. 22.06.2001 E. 1992/2 K. 2001/2, R.G. v. 05.01.2002 – 24631; YCGK Urt. v. 29.11.2005 E. 2005/7 K. 2005/150, YKD 32/2006, 469 f.; YCGK Urt. v. 17.11.2009 E. 2009/7-160 K. 2009/364 (kazancı); siehe auch *Öztiirk*, Alacakaptan Armağani, S. 617; *Ayıcı*, YD 33/2007, 200; *Odman*, İHMD 4/1995, 22.

⁸⁷⁵ So etwa *Sokullu-Akıncı*, Annales 48/1998, 267; *Yurtcan*, Kunter Armağani, S. 519; *Özbek*, Delil Yasakları, S. 919; *Üzülmöz*, TBBD 58/2005, 67; *Koca*, AÜEHFD 5/2000, 137 ff.; für eine relative Beweisverbotslehre *Yenisey*, AYD 12/1995, 134 f.; *ders.*, CHD 4/2007, 34 ff.; *Odman*, İHMD 4/1995, 29; *Şahin*, EÜHFD 1/1997, 95; *Genel*, AYD 15/2003, 61 ff.; *Eryılmaz*, ABD 3/2006, 46 f.; *Bıçak*, Usulsüz Delil, S. 539.

⁸⁷⁶ 1. YCD Entsch. v. 06.02.2009 E. 2008/8783 K. 2009/437 (kazancı); YCGK Urt. v. 22.01.2008 E. 2007/5-101 K. 2008/3 (kazancı); YCGK Urt. v. 13.06.2006 E. 2006/4-122 K. 2006/162 (kazancı); 8. YCD Entsch. v. 09.06.1999 E. 1999/9021 K. 1999/9538 (kazancı); zur Abhörüng von Telefongesprächen durch Privatpersonen AYM Entsch. v. 22.06.2001 E. 1992/2 K. 2001/2, R.G. v. 05.01.2002 – 24631.

⁸⁷⁷ YCGK Urt. v. 29.11.2005 E. 2005/7 K. 2005/150, YKD 32/2006, 463 f.; 7. YCD Entsch. v. 22.06.2005 E. 2003/17151 K. 2005/8610 (kararevi).

kann seine tatsächliche Wirkung erst dann entfalten, wenn die Rechtsstellung des Beschuldigten, die durch einen Verstoß dagegen verletzt worden ist, durch die Annahme eines Verwertungsverbotes für erzwungene Beweismittel wiederhergestellt wird.⁸⁷⁸ Die tStPO von 2004 konkretisiert dieses Verwertungsverbot für Aussagebeweise in § 148 Abs. 3 dahingehend, dass Aussagen, die durch die verbotenen Vernehmungsmethoden des § 148 Abs. 1 und 2 erlangt wurden, unverwertbar sind. Trotz dieser rechtlichen Vorgaben ist es in der Rechtsprechung des KGH, wie unten noch im Einzelnen darzulegen ist, nicht anerkannt, dass erzwungene Aussagen eines Beschuldigten unverwertbar sind.⁸⁷⁹ Seine diesbezügliche Rechtsprechung ist außerdem äußerst kompliziert und bedient sich einer völlig anderen Terminologie als die tStPO. Um sie besser zu verstehen, ist eine gründliche Analyse anhand einer historischen Rückschau notwendig.

C. Einzelne Beweisverwertungsverbote

1. Verwertungsverbote bei erzwungenen Beweismitteln

a) *Vor der Einführung des gesetzlichen Beweisverwertungsverbots*

Hinsichtlich der Verwertbarkeit von erzwungenen Aussagen eines Beschuldigten lassen sich in der höchstrichterlichen Rechtsprechung zwei Ansichten feststellen. Während die Militärgerichte, die in den 70er- und 80er-Jahren nach mehreren militärischen Intervention auch für Strafsachen von Zivilpersonen zuständig waren, die Frage der Verwertbarkeit erzwungener Aussagen eines Beschuldigten ausdrücklich thematisierten, kann ein so offener Umgang mit dieser Frage beim Kassationsgerichtshof nicht festgestellt werden (aa)). Im Übrigen prüft der KGH die Zulässigkeit eines polizeilichen Geständnisses nicht unter Berücksichtigung des Beweisverwertungsverbots des § 148 Abs. 3 tStPO von 2004 zum Schutze der Aussagefreiheit eines Beschuldigten (bb)). Diese wird dagegen anhand gewisser Kriterien geprüft, die der KGH selbst entwickelt hat (unten b)).

aa) Ausdrückliche Verwertung von erfolgten Beweisen

Die genannte Verwertbarkeitsfrage stellte sich in der Rechtsprechung der Militärgerichte im Wesentlichen hinsichtlich der erfolgten Beweise. Nach den Militärgerichten betraf etwa die Frage der Folteranwendung die Verwertbarkeit eines angeblich dadurch erlangten Geständnisses nicht, solange dieses der Wahrheit ent-

⁸⁷⁸ Im Ergebnis so auch *Aydın*, TBBD 91/2009, 167; *Koca*, AÜEHFD 5/2000, 127; *Özgenç*, MÜHFD 19/1995, 131; *Öztürk*, SÜHFD 4/1994, 40; *Tosun*, Hukuka Aykırı Deliller, S. 49.

⁸⁷⁹ *İnceoğlu*, S. 129.

sprach.⁸⁸⁰ Auch ein rechtswidrig erlangtes Geständnis sei, wie jeder andere Beweis, der freien Würdigung des Gerichts zugänglich.⁸⁸¹ Die Folter sei sogar dahingehend zu berücksichtigen, dass ihre Anwendung den Wahrheitsgehalt eines Geständnisses erhöht. Denn der Beschuldigte wisse, dass er im Fall einer unwahren Aussage mit einer intensiveren Anwendung der Folter zu rechnen habe. Daher würde er „logischerweise“ eher die Wahrheit sagen.⁸⁸² Eine entsprechende Beschwerde des Beschuldigten sei somit lediglich an die zuständigen Instanzen weiterzuleiten, die die strafrechtliche Verantwortung des Vernehmungsbeamten zu prüfen haben. Eine gesonderte Prüfung der Folteranwendung im anhängigen Strafverfahren sei dagegen nicht erforderlich.⁸⁸³ Der Beschuldigte konnte sich vor Militärgerichten sogar durch die Stellung eines solchen Antrags belasten, weil der Militärkassationsgerichtshof der Auffassung war, dass diese Behauptungen von Mitgliedern illegaler Organisationen verbreitet werden, damit ihre Komplizen im Ausland Zuflucht finden können und um die Demokratie in der Türkei auf internationaler Ebene zu diffamieren.⁸⁸⁴

Einer abweichenden Entscheidung des Militärkassationsgerichtshofs zufolge seien die unter Folter erlangten Geständnisse eines Beschuldigten jedoch nicht zulässig. Denn jeder Beweis müsse „nach dem Grundsatz von Treu und Glauben“ verwertet werden.⁸⁸⁵ Allerdings blieb diese Auffassung offenkundig ohne Gefolgschaft. An dieser Rechtslage änderte auch die Ratifizierung der UN-Antifolterkonvention in 1988 nichts, die in Art. 15 ein Verwertungsverbot für erfolterte Beweise vorsieht.⁸⁸⁶ Dies lässt sich nicht zuletzt an den Äußerungen des Präsidenten des Militärkassationsgerichtshofs bei einem Interview 1989 unmissverständlich

⁸⁸⁰ 3. AsYCD. Entsch. v. 01.06.1982 E. 1982/426 K. 1982/390, ABD 4/1982, S. 188; 3. Ausnahmezustandsgericht Istanbul, Milliyet v. 13.06.1973, S. 1 und 11; weitere Nachweise bei *Gemalmaz*, Human Rights 1989, S. 57 Fn. 181 und 182; *ders.*, İHY 1/1988, 102; siehe auch *Dinç*, TBB 1988, 59 f.; *Çelenk, Halit*, Cumhuriyet v. 30.05.1988, S. 2.; *ders.*, Cumhuriyet v. 14.08.1987, S. 2; *Özgen*, TBB 2/1988, 225 f.

⁸⁸¹ 1. Ausnahmezustandsgericht Diyarbakır, Cumhuriyet v. 13.04.1986, S. 8.

⁸⁸² Ausnahmezustandsgericht Erzincan, zitiert nach *Çelenk, Halit*, Cumhuriyet v. 14.08.1987, S. 2; *Yıldırım*, ABD 1/1989, 44 f.

⁸⁸³ 3. Ausnahmezustandsgericht Istanbul, Milliyet v. 13.06.1973, S. 1 und 11; ebenso siehe Zwischenbeschlüsse des Ausnahmezustandsgerichts Istanbul, Milliyet v. 17.08.1971, S. 9; Milliyet v. 26.08.1971, S. 1 und 9; Milliyet v. 21.08.1973, S. 1 und 9; siehe außerdem *Yıldırım*, ABD 1/1989, 42.

⁸⁸⁴ Großer Senat des Militärkassationsgerichtshofs, Cumhuriyet v. 01.04.1986, S. 13.

⁸⁸⁵ Großer Senat des Militärkassationsgerichtshofs, Milliyet v. 21.03.1976, S. 1 und 10; siehe auch die Rechtsprechung des Militärkassationsgerichtshofs, dass der Richter die Verwertung von Beweisen zu vermeiden habe, die unter Verstoß gegen Moral und gute Sitten erlangt worden sind, *Çelenk, Halit*, Cumhuriyet v. 14.08.1987, S. 2; siehe auch *Genel*, AYD 15/2003, 58.

⁸⁸⁶ *Gemalmaz*, Human Rights 1989, S. 58; *Çelenk, Halit*, Cumhuriyet v. 25.04.1992, S. 2; für den Wortlaut dieser Vorschrift siehe Anhang: Gesetzestexte.

erkennen, in dem er sagte, dass man ein erwiesenermaßen erfolgtes Geständnis weiterverwerten würde, solange es der Wahrheit entspricht.⁸⁸⁷

In seiner Rechtsprechung betonte der Militärkassationsgerichtshof schließlich, dass die Verurteilung eines Beschuldigten nur dann auf sein vermeintlich oder erwiesenermaßen bei seiner polizeilichen Vernehmung im Ermittlungsverfahren erfolgtes Geständnis gestützt werden kann, wenn dessen Wahrheit durch sogenannte Nebenbeweise untermauert wird.⁸⁸⁸ Ergäben sich dagegen Zweifel an der Wahrheit eines polizeilichen Geständnisses, etwa weil die Beschwerde des Beschuldigten über Folter bei seiner Vernehmung durch ein ärztliches Attest erwiesen ist, so sei er freizusprechen.⁸⁸⁹ Diese Rechtsprechung hatte zur Folge, dass ein erfolgtes polizeiliches Geständnis nicht die einzige oder die entscheidende Grundlage der Verurteilung eines Beschuldigten bilden konnte, wenn er diesem widersprach.⁸⁹⁰ Allerdings impliziert sie gleichzeitig, dass die erzwungenen Geständnisse grundsätzlich verwertbar sind.⁸⁹¹ In der Literatur wurde diese Rechtsprechung stark kritisiert.⁸⁹² Sie wurde vom Militärkassationsgerichtshof nach der Strafprozessnovelle von 1992, soweit ersichtlich, dahingehend geändert, dass erzwungene Geständnisse unverwertbar sind.⁸⁹³

bb) Verlesungsverbot

Der Kassationsgerichtshof befasste sich mit der Frage der Zulässigkeit eines polizeilichen Geständnisses in einer abstrakten und ausdrücklichen Weise, soweit ersichtlich, erst 1990. Nach seiner entsprechenden Rechtsprechung seien polizeiliche Geständnisse bzw. Vernehmungsprotokolle kein zulässiges Beweismittel, denn § 247 Abs. 1 tStPO von 1929 setze zu deren Verlesung voraus, dass sie richterlich angefertigt sind. Daher dürften sie einer Verurteilung nicht zugrunde gelegt werden. Die tStPO von 1929 sähe außerdem in § 135 tStPO vor, dass der Beschuldigte nur durch einen Richter vernommen werden darf. Im Ermittlungsverfahren heiße die Anhörung eines Verdächtigten nicht Vernehmung, sondern „Aussageaufnahme“.⁸⁹⁴ Die selbstbelastenden Aussagen eines Beschuldigten bei seiner polizeilichen

⁸⁸⁷ Zeitschrift *Nokta* v. 05.03.1989, S. 12 f., zitiert nach *Akay*, S. 147 Fn. 341 und *Gemalmaz*, *Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı*, S. 150 Fn. 6.

⁸⁸⁸ AsYDK *Entsch.* v. 26.12.1975, zitiert nach *Çelenk, Halit*, *Cumhuriyet* v. 11.08.1981, S. 2.

⁸⁸⁹ 3. AsYCD *Entsch.* v. 01.06.1982 E. 1982/426 K. 1982/390, ABD 4/1982, S. 188; hierzu siehe auch 2. Ausnahmezustandsgericht Istanbul, *Cumhuriyet* v. 07.08.1975, S. 5.

⁸⁹⁰ So auch im Ergebnis *Odman*, *İHMD* 4/1995, 26.

⁸⁹¹ *Koca*, *AÜEHFD* 5/2000, 124.

⁸⁹² *Tosun*, *İÜHFMD* 41/1975, 94 f.; *Toroslu*, *Topçuoğlu Armağanı*, S. 56.

⁸⁹³ Nachweise bei *Genel*, *AYD* 15/2003, 59 f.; *Odman*, *İHMD* 4/1995, 26 Fn 29; *Er*, S. 185 Fn. 411.

⁸⁹⁴ Hierzu siehe oben Kap. 4, V.A.2.b).

Aussageaufnahme seien insofern kein Geständnis. Darüber hinaus sei die Vernehmung ein Verteidigungsmittel und keine Beweiserhebungsmethode, wobei sie bei der richterlichen Beweiswürdigung zu berücksichtigen sei. Allerdings müssen nach dem KGH die Aussagen eines Beschuldigten von sich aus, also ohne Zwang und Drohung, gemacht worden sein. Auch in diesem Fall stelle ein Geständnis allein kein sicheres oder absolutes Beweismittel dar; denn es sei weiterhin möglich, dass jemand sich wahrheitswidrig als schuldig betrachtet oder die Straftat einer anderen Person auf sich nimmt. Daher müsse das in der Hauptverhandlung abgelegte Geständnis durch die weiteren sogenannten Nebenbeweise gestützt werden.⁸⁹⁵

Diese Rechtsprechung des KGH blieb allerdings in der Rechtswirklichkeit wirkungslos, da sie sich in der folgenden Spruchpraxis des KGH nicht durchsetzen konnte. Polizeiliche Geständnisse bzw. die Protokolle darüber waren nach wie vor bei der Beweiswürdigung des KGH selbst zulässige Beweismittel (dazu ausführlich gleich unten).⁸⁹⁶ Außerdem war in der oben aufgeführten Entscheidung nicht eindeutig klar, was der KGH mit der „Unzulässigkeit polizeilicher Geständnisse“ meinte. Denn der Große Strafsenat machte trotz der genannten rechtlichen Würdigung polizeilicher Geständnisse auf die Nichtglaubhaftigkeit der polizeilichen Aussagen des Beschuldigten im konkreten Fall aufmerksam. Der 15-jährige Beschuldigte habe sie laut seiner Aussage in der Hauptverhandlung aus Angst vor der Polizei gemacht. Außerdem lasse sich aus den Akten entnehmen, dass die Polizei bereits vor seiner Festnahme von dem Fall wusste. Schließlich betonte der Senat, dass keine weiteren Beweise gegen ihn vorlägen.⁸⁹⁷

Bei näherem Hinsehen hatte diese Rechtsprechung des Kassationsgerichtshofs wohl eine andere Schutzrichtung als den Schutz der Aussagefreiheit. Der KGH bezweckte damit, Fehlurteilen durch polizeiliche Geständnismanipulationen vorzubeugen.⁸⁹⁸

⁸⁹⁵ YCGK Urt. v. 10.12.1990 E. 1990/6-257 K. 1990/335 (kazancı) = YKD 17/1991, 420 f.; ebenso *Erem*, TBBĐ 2/1998, 206 f.; *Özgen*, TBBĐ 2/1988, 225; *Çelenk, Halit*, Cumhuriyet v. 11.08.1981, S. 2; § 247 tStPO von 1929 bei der Würdigung polizeilicher Geständnisse heranziehend auch 6. YCD Entsch. v. 04.04.1986 E. 1986/2132 K. 1986/3643, YKD 12/1986, 1224 f.; 6. YCD Entsch. v. 10.05.1988 E. 1988/5307 K. 1988/6175, YKD 14/1988, 1300; 6. YCD Entsch. v. 17.03.1987 E. 1987/378 K. 1987/2751, YKD 13/1987, 1716; 6. YCD Entsch. v. 01.03.1990 E. 1989/10255 K. 1990/1524 (kazancı).

⁸⁹⁶ Siehe etwa YCGK Urt. v. 17.04.1995 E. 1995/9-94 K. 1995/117 (kazancı); hierzu siehe auch oben Kap. 4, V.A.2.b)bb).

⁸⁹⁷ YCGK Urt. v. 10.12.1990 E. 1990/6-257 K. 1990/335 (kazancı) = YKD 17/1991, 420 f.

⁸⁹⁸ Diese Möglichkeit andeutend etwa YCGK Urt. v. 11.03.1991 E. 1991/1-28 K. 1991/68, YKD 18/1992, 256 ff.; YCGK Urt. 02.12.1991 E. 1991/1-301 K. 1991/334 (kazancı); YCGK Urt. v. 10.12.1990 E. 1990/6-257 K. 1990/335 (kazancı) = YKD 17/1991, 420 f.; YCGK Urt. v. 04.10.1993 E. 1993/6-192 K. 1993/217, YKD 20/1994, 450 ff.; 11. YCD Entsch. v. 20.12.2004 E. 2003/16374 K. 2004/9702 (kararevi); zur polizeilichen Geständnismanipulation siehe auch das Interview mit dem pensionierten Richter *Suphi Bola*, Millet v. 18.02.1989, S. 10.

b) *Nach der Strafprozessnovelle von 1992*

Die Strafprozessnovelle von 1992 führte nicht nur ein Beweisverwertungsverbot für Aussagen ein, die mit den verbotenen Vernehmungsmethoden des § 135a Abs. 1 und 2 tStPO zustande gekommen sind. Sie schaffte auch den Richtervorbehalt des § 247 Abs. 1 tStPO von 1929 stillschweigend ab, weil die neue Fassung § 135 tStPO von 1929 nun die ausdrückliche Befugnis der Polizei vorsah, eine Beschuldigtenvernehmung durchzuführen.⁸⁹⁹ An dieser gesetzlichen Rechtslage hat auch die neue tStPO von 2004 nichts geändert. Das entsprechende Verwertungsverbot und die nun ausdrücklich geregelte Verlesungsmöglichkeit polizeilicher Vernehmungsprotokolle sind in §§ 148 Abs. 3, 213 tStPO von 2004 vorgesehen. In der Rechtswirklichkeit hat sich allerdings abgesehen von einigen Ausnahmen (dazu gleich unten) an der grundsätzlichen Verwertbarkeit aller polizeilichen Geständnisse nichts geändert, solange sie der Wahrheit entsprechen.⁹⁰⁰ Zwar stellt der KGH dies nach wie vor nicht ausdrücklich klar. Eine gründliche Analyse seiner Spruchpraxis ergibt allerdings nichts anderes. In diesem Zusammenhang nennt der KGH mehrere Kriterien, die für die Zulässigkeit eines polizeilichen Geständnisses zu berücksichtigen sind,⁹⁰¹ wobei das Verhältnis dieser Kriterien zueinander äußerst unklar ist. Ebenso wenig besteht Klarheit über die Bedeutung der verschiedenen Kriterien selbst. Die einzelnen Strafsenate oder der Große Strafsenat führen außerdem in ihren Entscheidungen jeweils unterschiedliche Kriterien auf.

aa) Zulässigkeitskriterien

So hieß es in einer Entscheidung, dass der Richter stets die Wahrheit eines Geständnisses zu überprüfen hat. Dies tue er, indem er andere Beweise sowie den Gang der Dinge dahingehend berücksichtige, dass kein Zweifel über seine Wahrheit aufkomme.⁹⁰² In einer späteren Entscheidung setzte der KGH für die Verwertung eines Geständnisses, das nicht vor einem Richter abgelegt wurde, voraus, dass es später nicht widerrufen worden und mit den Tatsachen nicht unvereinbar ist, ferner durch die sogenannten Nebenbeweise gestützt wird.⁹⁰³ In einer weiteren Entscheidung forderte er für „die Annahme eines definitiven Nachweises durch das Geständnis“, dass dieses vor einem Richter und fern von jeglicher physischen und psychischen Gewalt, Drohung und Täuschung freiwillig erfolgt, mit dem Gang der Tat übereinstimmt und durch die Nebenbeweise gestützt wird.⁹⁰⁴ Für ein „zulässiges

⁸⁹⁹ Vgl. YCGK Urt. v. 07.11.1994 8-210/260, in: *Mollamahmutoğlu/Savaş*, § 254, S. 1264.

⁹⁰⁰ Kritisch hiergegen *Genel*, AYD 15/2003, 57 ff.

⁹⁰¹ Kritisch hiergegen bereits *Cihan*, IÜHFM 31/1965, 115.

⁹⁰² YCGK Urt. v. 24.03.1980 E. 980/8-1 K. 980/121, ABD 3/1980, 389.

⁹⁰³ 1. YCD Entsch. v. 24.11.1983 E. 1983/3054 K. 1983/4001 (legalbank).

⁹⁰⁴ 8. YCD Entsch. v. 03.07.1986 E. 1986/2763 K. 1986/4070 (kazancı).

und eine Verurteilung tragendes“ Geständnis war nach dem 1. Strafsenat die Erfüllung folgender Voraussetzungen erforderlich: a) es muss nachgewiesen werden, dass es Folge eines freien Willens ist, b) es muss ohne physische und psychische Gewalt zustande gekommen sein, c) es muss von Dauer sein, und d) es muss durch tatsächliche und rechtliche Beweise gestützt werden.⁹⁰⁵

In seiner gegenwärtigen Spruchpraxis macht der Große Strafsenat weiterhin zunächst auf den Schutzzweck dieser Kriterien aufmerksam: dass jemand sich wahrheitswidrig für schuldig halten oder die Schuld einer anderen Person auf sich nehmen könne, obwohl er nicht schuldig sei. Daher müsse über „den Beweiswert eines Geständnisses und Schuldnachweises“ unter Berücksichtigung folgender Kriterien entschieden werden: in welcher Prozessphase das Geständnis zustande kam, ob es auf freiem Willen basiert, ob die Person ihre Aussagen in vollem Ernst machte und sich ihrer Folgen bewusst war, ob das Geständnis durch weitere Beweise oder Anzeichen gestützt wird und mit dem Gang der Dinge vereinbar ist, und ob es in einer Weise widerrufen worden ist, dass seine Zweifelsfreiheit und Verlässlichkeit geschwächt sind.⁹⁰⁶

Schaut man sich diese Kriterien genauer an, so lässt sich feststellen, dass die Verwertbarkeit polizeilicher Geständnisse eines Beschuldigten an zwei Grundvoraussetzungen gebunden ist: die Bestätigung ihrer Wahrheit und der Wahrung seiner Willensfreiheit in dem Sinn, dass er kein unwahres Geständnis ablegt. Die Prüfung dieser Fragen ist in der Spruchpraxis des Kassationsgerichtshofs unmittelbar an die Beurteilung der Schuldfrage gekoppelt, über die dieser wiederum selbst anhand einer Aktenanalyse entscheidet. Die Rechtswirksamkeit eines Geständnisses setzt der KGH daher mit der Verurteilung des Beschuldigten gleich und umgekehrt. Dabei vermengt sich in seiner Beurteilung die Tatsachenfeststellung bezüglich der Schuldfrage mit jener der Unfreiwilligkeit eines Geständnisses.⁹⁰⁷

Im Ergebnis folgt der KGH nach wie vor der Auffassung in der dargelegten Rechtsprechung des Militärkassationsgerichtshofs, auch wenn der KGH dies nicht explizit klarstellt. Denn es gilt weiterhin der Grundsatz, dass ein unter Aussagezwang erlangtes polizeiliches Geständnis der Verurteilung eines Beschuldigten nicht als einziges oder wesentliches Beweismittel zugrunde gelegt werden darf.⁹⁰⁸ Die Anwendung von Täuschung oder Zwang kann aber nach dieser Rechtsprechung im Gegensatz zu der oben dargelegten Auffassung der Militärgerichte die

⁹⁰⁵ 1. YCD Entsch. v. 28.09.1988 E. 1988/2015 K. 1998/3219, zitiert nach YCGK Ur. v. 17.04.1989 E. 1989/1-90 K. 1989/144 (kazanci).

⁹⁰⁶ YGCK Ur. v. 26.03.2013 E. 2012/10-1319 K. 2013/98 (kazanci); YGCK Ur. v. 17.11.2009 E. 2009/7-160 K. 2009/264 (kazanci); YGCK Ur. v. 29.11.2005 E. 2005/7-144 K. 2005/150 (kazanci) = YKD, 32/2006, 471 f.

⁹⁰⁷ Sehr anschaulich etwa YCGK Ur. v. 03.10.1994 E. 1994/9-184 K. 1994/211 (kazanci); YCGK Ur. v. 10.05.1993, E. 1993/9-85 K. 1993/139 (kazanci).

⁹⁰⁸ Kritisch hiergegen *Erem*, TBBD 2/1998, 206 f.

Wahrheit des Geständnisses beeinträchtigen. Dies stellt sicherlich keinen Schutz der Aussagefreiheit eines Beschuldigten dar, was insbesondere daran zu erkennen ist, dass der Kassationsgerichtshof auch im Fall einer durch ärztliches Attest erwiesenen Misshandlung des Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung weiterhin die Wahrheit des Geständnisses prüft.⁹⁰⁹

Im Einzelnen genießt die Aussagefreiheit eines Beschuldigten nach Art. 38 Abs. 5 tVerf, § 147 Abs. 1 lit. e tStPO von 2004 einen Schutz durch den Kassationsgerichtshof nur unter den nachfolgend geschilderten Bedingungen.

bb) Konkrete Anwendung

Bleibt ein Geständnis nach der Terminologie des Kassationsgerichtshofs unter den Umständen des Falles „abstrakt“,⁹¹⁰ so kann es der Verurteilung des Beschuldigten nicht zugrunde gelegt werden, ungeachtet der Frage, ob seine Unfreiwilligkeit infrage steht. Bestehen im konkreten Fall keine Anzeichen von Beeinträchtigung der Willensfreiheit des Beschuldigten, so indiziert dies nach dem KGH die Wahrheit eines Geständnisses.⁹¹¹ Beklagt sich der Beschuldigte darüber, dass sein Geständnis unter einer gewissen Druckausübung erfolgte, so müsse „wie jeder andere Beweis sein Wahrheitsgehalt“ beurteilt werden.⁹¹²

Spätestens in der Hauptverhandlung kann der Beschuldigte sein polizeiliches Geständnis mit der Begründung anfechten, dass dieses erzwungen und wahrheitswidrig sei. Im Licht der oben genannten Kriterien entscheidet der Kassationsgerichtshof darüber – übrigens unabhängig von einer bejahenden Feststellung des Tatgerichts –⁹¹³ durch das Freibeweisverfahren anhand der Aktenlage. Die Entscheidung endet im Regelfall mit der Feststellung, dass der Freispruch oder die Verurteilung des Beschuldigten zutreffend war oder nicht. Kommt der Kassationsgerichtshof zu dem Ergebnis, dass sich die Wahrheit des fraglichen Beschuldigtengeständnisses bestätigen lässt, so hebt er den Freispruch auf und ordnet die Verur-

⁹⁰⁹ YCGK Urt. v. 17.04.1989 E. 1989/1-90 K. 1989/144 (kazancı); YCGK Urt. v. 04.10.1993 E. 1993/6-192 K. 1993/217, YKD 20/1994, 450 ff.; siehe auch 9. YCD Entsch. v. 05.03.1993 E. 1993/90 K. 1993/1186, YKD 19/1993, 1106.

⁹¹⁰ 10. YCD Entsch. v. 20.06.2013 E. 2011/26139 K. 2013/6194 (kazancı); 10. YCD Entsch. v. 05.03.2012 E. 2011/18831 K. 2012/3280 (kazancı); 10. YCD Entsch. v. 2008/17236 K. 2011/55696 (kazancı); 10. YCD Entsch. v. 19.10.2009 E. 2007/22548 K. 2009/15827 (kazancı); 10. YCD Entsch. v. 12.07.2005 E. 2004/24577 K. 2005/8554 (kazancı); 1. YCD Entsch. v. 21.11.1988 E. 1988/4074 K. 1988/4135 (kazancı).

⁹¹¹ Siehe etwa 9. YCD Entsch. v. 14.01.1975 E. 1974/6 K. 1975/1 (kazancı).

⁹¹² 6. YCD Entsch. v. 10.05.1988 E. 1988/5448 K. 1988/6125 (kararevi).

⁹¹³ Siehe etwa YCGK Urt. v. 03.10.1994 E. 1994/9-204 K. 1994/213 (kazancı).

teilung an.⁹¹⁴ Ist dies zu verneinen, so erfolgt die Aufhebung der Verurteilung und es wird auf Freispruch entschieden.⁹¹⁵

Ausgehend von dem Zulässigkeitskriterium der Wahrheit ist das folgende Vorgehensmuster an der Entscheidungspraxis des Kassationsgerichtshofs zu erkennen, wenn eine Beschwerde über die Unfreiwilligkeit eines polizeilichen Geständnisses zur Beurteilung steht. Lässt sich die Wahrheit des Geständnisses durch andere Beweise bestätigen, so schenkt der KGH der Beschwerde gelegentlich gar keine Beachtung,⁹¹⁶ hin und wieder weist sie sie ohne eine überzeugende Prüfung lapidar ab⁹¹⁷ oder verwertet das fragliche Geständnis trotz des eindeutig erbrachten Nachweises einer Zwangsanwendung.⁹¹⁸

Betrachtet der KGH den Schuldnachweis auf Grundlage des Akteninhalts nicht als erbracht, so ist die Frage der Unfreiwilligkeit des polizeilichen Geständnisses eines Beschuldigten in seiner Spruchpraxis irrelevant.⁹¹⁹ Teilweise zieht er zur Unterstützung des nicht erbrachten Schuldnachweises die entsprechende Beschwerde des Beschuldigten ohne eine Prüfung,⁹²⁰ die Beschwerde bestätigende Indizien⁹²¹ oder das ärztliche Attest heran, das die Anwendung eines Aussagezwangs belegt.⁹²²

⁹¹⁴ Vgl. YCGK Urt. v. 10.05.1993 E. 1993/9-85 K. 1993/139 (kazanci); YCGK Urt. v. 03.10.1994 E. 1994/9-184 K. 1994/211 (kazanci).

⁹¹⁵ Vgl. YCGK Urt. v. 04.06.1990 E. 1990/1-139 K. 1990/163, YKD 16/1990, 1545 f.; YCGK Urt. v. 18.10.1993 E. 1993/6-236 K. 1993/255 (kazanci).

⁹¹⁶ YCGK Entsch. v. 05.04.1993 E. 1993/6-50 K. 1993/79 (kazanci).

⁹¹⁷ 9. YCD Entsch. v. 14.01.1975 E. 1974/6 K. 1975/1 (kazanci); YCGK Urt. v. 10.05.1993 E. 1993/9-85 K. 1993/139 (kazanci); YCGK Urt. v. 05.04.1993 E. 1993/6-50 K. 1993/79 (kazanci); 1. YCD Entsch. v. 24.12.1997 E. 1997/2884 K. 1997/4240 (kararevi); YCGK Urt. v. 17.04.1995 E. 1995/9-94 K. 1995/117 (kazanci); YCGK Urt. v. 11.11.2003 E. 2003/6-212 K. 2003/267 (kararevi); YCGK Urt. v. 03.10.1994 E. 1994/9-184 K. 1994/211 (kazanci); YCGK Urt. v. 08.03.1993 E. 1993/5-27 K. 1993/49 (kazanci); zur Abweisung der Revisionsrüge, dass die Aussagen des Beschuldigten unter Verstoß gegen § 135a tStPO zustande gekommen seien, mit der Anmerkung, dass „dies nicht zutrefte“; siehe 1. YCD Entsch. v. 11.11.1998 E. 1998/2883 K. 1998/3440 (kararevi); 1. YCD Entsch. v. 22.02.1999 E. 1998/4155 K. 1999/426 (kararevi); 1. YCD Entsch. v. 13.03.2001 E. 2001/313 K. 2001/845 (legalbank); 1. YCD Entsch. v. 25.06.2001 E. 2001/1424 K. 2001/2912 (kararevi); 1. YCD Entsch. v. 16.10.2002 E. 2002/3184 K. 2002/3605 (kararevi).

⁹¹⁸ YCGK Urt. v. 02.05.2000 E. 200/87 K. 2000/90 (hukuktürk); YCGK Urt. v. 11.11.2003 E. 2003/6-212 K. 2003/267 (kazanci); YCGK Urt. v. 22.06.2010 E. 2010/9-108 K. 2010/157 (kazanci).

⁹¹⁹ YCGK Urt. v. 04.06.1990 E. 1990/1-139 K. 1990/163, YKD 16/1990, 1545 f.; siehe auch 10. YCD Entsch. v. 23.01.2006 E. 2005/1716 K. 2006/19 (kazanci).

⁹²⁰ 9. YCD Entsch. v. 22.06.1990 E. 1990/1544 K. 1990/2595 (kazanci); YCGK Urt. v. 05.12.1988 E. 1988/9-452 K. 1988/519 (kazanci); YCGK Urt. v. 03.10.2000 E. 2000/163 K. 2000/170 (hukuktürk); 1. YCD Entsch. v. 24.11.1983 E. 1983/3054 K. 1983/4001 (legalbank); 9. YCD Entsch. v. 09.03.1983 E. 1983/3953 K. 1983/585 (legalbank); 6. YCD Entsch. v. 10.05.1985 E. 1985/1626 K. 1985/5069 (legalbank).

⁹²¹ YCGK Entsch. v. 18.06.1984 E. 1983/1-383 K. 1984/232 (kazanci); YCGK Urt. v. 24.03.1980 E. 980/8-1 K. 980/121, ABD 3/1980, 389; 6. YCD Entsch. v. 17.01.1984

Über den Wahrheitsgehalt eines Geständnisses entscheidet der KGH ebenfalls unter Berücksichtigung der oben genannten Kriterien wie folgt: Beweiszeichen, die der Kassationsgerichtshof im Freibeweisverfahren gegen die Wahrheit eines polizeilichen Geständnisses berücksichtigt, sind bei Diebstahlsfällen beispielsweise das fehlende *corpus delicti*⁹²³ oder der Umstand, dass der Polizei vor der Vernehmung des Beschuldigten der Vorfall bekannt war,⁹²⁴ dass kein vom polizeilichen Geständnis unabhängiges Beweismittel⁹²⁵ – ein sogenannter Nebenbeweis⁹²⁶ oder ein Sachbeweis⁹²⁷ – vorliegt, dass die Geständnisse der Beschuldigten unschlüssig und widersprüchlich sind,⁹²⁸ dass die Geständnisse mit den forensischen Befunden nicht übereinstimmen,⁹²⁹ dass die Dauer des Polizeigewahrsams lang war, obwohl der Fall nicht kompliziert war und die fraglichen Geständnisse bereits bei der ersten Vernehmung abgeleitet worden sind⁹³⁰ oder dass der Beschuldigte im Nachhinein sein Geständnis unter Berufung auf polizeiliche Druckausübung widerrufen hat.⁹³¹

Indizien, die in der Spruchpraxis des KGH für die Wahrheit eines polizeilichen Geständnisses sprechen, sind beispielsweise folgende Umstände: Die Polizei hatte keine Kenntnis von dem Vorfall vor der Ablegung des Geständnisses;⁹³² die inhalt-

E. 1983/9356 K. 1984/20 (legalbank); YCGK Entsch. v. 24.12.1990 E. 1990/1-297 K. 1990/359 (kazanci).

⁹²² 1. YCD Entsch. v. 11.05.2005 E. 2004/4786 K. 2005/1232 (kazanci); 1. YCD Entsch. v. 27.06.1994 E. 1994/1485 K. 1994/2142; 1. YCD Entsch. v. 05.10.1998 E. 1998/2271 K. 1998/2967 (kararevi).

⁹²³ 6. YCD Entsch. v. 10.05.1988 E. 1988/5448 K. 1988/6125 (kararevi).

⁹²⁴ 6. YCD Entsch. v. 25.01.2001 E. 2001/259 K. 2001/307 (hukuktürk); YCGK Ur. v. 24.12.1990 E. 1990/1-297 K. 1990/359 (kazanci).

⁹²⁵ 11. YCD Entsch. v. 31.03.2003 E. 2002/12509 K. 2003/805 (hukuktürk); 10. YCD Entsch. v. 14.12.2005 E. 2004/25173 K. 2005/19045 (hukuktürk); siehe auch YCGK Ur. v. 11.04.2006 E. 2005/5-176 K. 2006/114 (kazanci); YCGK Ur. v. 18.06.1984 E. 1983/1-383 K. 1984/232 (kazanci); 6. YCD Entsch. v. 04.04.1986 E. 1986/2132 K. 1986/3643 (legalbank).

⁹²⁶ YCGK Ur. v. 05.12.1988 E. 1988/9-452 K. 1988/519 (kazanci); siehe auch 6. YCD Entsch. v. 10.05.1985 E. 1985/1626 K. 1985/5069 (legalbank).

⁹²⁷ 1. YCD Entsch. v. 27.06.1994 E. 1994/1485 K. 1994/2142 (hukuktürk).

⁹²⁸ YCGK Ur. v. 18.06.1984 E. 1983/1-383 K. 1984/232 (kazanci); 1. YCD Entsch. v. 24.11.1983 E. 1983/3054 K. 1983/4001 (legalbank); siehe auch YCGK Ur. v. 24.03.1980 E. 980/8-1 K. 980/121, ABD 3/1980, 389, das darauf hinweist, dass der Inhalt des Geständnisses „mit dem Verstand nicht zu vereinbaren“ ist.

⁹²⁹ YCGK Ur. v. 18.06.1984 E. 1983/1-383 K. 1984/232 (kazanci); YCGK Ur. v. 17.04.1989 E. 1989/1-90 K. 1989/144 (kazanci).

⁹³⁰ YCGK Ur. v. 18.06.1984 E. 1983/1-383 K. 1984/232 (kazanci); in diese Richtung auch YCGK Ur. v. 24.12.1990 E. 1990/1-297 K. 1990/359 (kazanci); YCGK Ur. v. 25.06.1990 E. 1990/9-156 K. 1990/188, YKD 16/1990, 1705.

⁹³¹ YCGK Ur. v. 17.04.1989 E. 1989/1-90 K. 1989/144 (kazanci); YCGK Ur. v. 05.12.1988 E. 1988/9-452 K. 1988/519 (kazanci); 6. YCD Entsch. v. 17.01.1984 E. 1983/9356 K. 1984/20 (legalbank).

⁹³² 11. YCD Entsch. v. 19.10.2004 E. 2003/9557 K. 2004/7503 (kararevi); 11. YCD Entsch. v. 12.10.2004 E. 2003/9405 K. 2004/7325 (kararevi); 11. YCD Entsch. v. 12.10.2004

lich bestätigenden Aussagen von Mitbeschuldigten sind von unterschiedlichen Polizeistellen erlangt worden, sodass „von einer organisierten Fabrizierung eines Szenarios“ keine Rede sein kann;⁹³³ es existieren keine Beweise für polizeiliche Zwangsausübung;⁹³⁴ das in den Akten befindliche ärztliche Attest nennt keine Spuren von Gewalt- oder Zwangsanwendung;⁹³⁵ die Vernehmungsbeamten verneinen die Ausübung eines Aussagezwangs bei ihrer zeugenschaftlichen Anhörung;⁹³⁶ „der gesamte Aktenumfang“ spricht für die Wahrheit seines Geständnisses;⁹³⁷ der Beschuldigte hat das angeblich polizeilich erzwungene Geständnis bei der folgenden staatsanwaltschaftlichen oder hafrichterlichen Vernehmung wiederholt⁹³⁸ oder in seinem späteren Antrag auf Freilassung aus der Haft keine Zwangsausübung genannt;⁹³⁹ das fragliche Geständnis wurde in Anwesenheit des Verteidigers abgelegt;⁹⁴⁰ das corpus delicti konnte infolge des fraglichen Geständnisses sichergestellt werden;⁹⁴¹ die forensischen Befunde stimmen mit dem Inhalt des fraglichen Geständnisses überein.⁹⁴²

c) Abweichende Rechtsprechung

In nur wenigen Entscheidungen hat der Kassationsgerichtshof die rechtliche Unverwertbarkeit der Aussagen von Beschuldigten klargestellt, die unter Anwendung der unzulässigen Vernehmungsmethoden des § 135a tStPO von 1929 bzw. § 148 tStPO von 2004 zustande gekommen sind. Während in einigen Entscheidungen die

E. 2003/9399 K. 2004/7330 (kararevi); 11. YCD Entsch. v. 22.03.2004 E. 2003/1237 K. 2004/2166 (hukuktürk); YCGK Urt. v. 15.02.2000 E. 1999/6-319 K. 2000/23 (kazanci).

⁹³³ YCGK Urt. v. 10.05.1993 E. 1993/9-85 K. 1993/139 (kazanci); YCGK Urt. v. 17.04.1995 E. 1995/9-94, K. 1995/117 (kazanci).

⁹³⁴ 1. YCD Entsch. v. 24.12.1997 E. 1997/2884 K. 1997/4240 (kazanci); YCGK Urt. v. 26.01.1976 E. 1975/9-367 K. 1976/22 (kazanci).

⁹³⁵ YCGK Urt. v. 10.05.1993 E. 1993/9-85 K. 1993/139 (kazanci); YCGK Urt. v. 05.04.1993 E. 1993/6-50 K. 1993/79 (kazanci); YCGK Urt. v. 03.10.1994 E. 1994/9-184 K. 1994/211 (kazanci); YCGK Urt. v. 11.11.2003 E. 2003/6-212 K. 2003/267 (kazanci); YCGK Urt. v. 15.02.2000 E. 1999/6-319 K. 2000/23 (kazanci).

⁹³⁶ 6. YCD Entsch. v. 11.05.1976 E. 1976/3005 K. 1976/3035 (kazanci); vgl. 6. YCD Entsch. v. 04.04.1986 E. 1986/2132 K. 1986/3643 (kazanci) = YKD 12/1986, S. 1224 d.

⁹³⁷ YCGK Urt. v. 03.10.1994 E. 1994/9-184 K. 1994/211 (kazanci); YCGK Urt. v. 26.01.1976 E. 1975/9-367 K. 1976/22 (kazanci).

⁹³⁸ 1. YCD Entsch. v. 24.12.1997 E. 1997/2884 K. 1997/4240 (kararevi).

⁹³⁹ YCGK Urt. v. 26.01.1976 E. 1975/9-367 K. 1976/22 (kazanci).

⁹⁴⁰ YCGK Urt. v. 11.11.2003 E. 2003/6-212 K. 2003/267 (kazanci).

⁹⁴¹ 1. YCD Entsch. v. 24.12.1997 E. 1997/2884 K. 1997/4240 (kararevi); YCGK Urt. v. 26.01.1976 E. 1975/9-367 K. 1976/22 (kazanci); 6. YCD Entsch. v. 24.06.2003 E. 2003/1259 K. 2003/4626 (kazanci).

⁹⁴² 1. YCD Entsch. v. 24.12.1997 E. 1997/2884 K. 1997/4240 (kararevi).

Frage der Verwertbarkeit und der Schuld klar voneinander getrennt waren,⁹⁴³ war dies in anderen nicht der Fall. Der Verweis auf das Beweisverwertungsverbot der genannten Vorschriften in diesen Entscheidungen hatte im Übrigen keine Annahme eines echten Verwertungsverbots zur Folge, denn die Beschuldigten waren nach der Beweiswürdigung des KGH freizusprechen.⁹⁴⁴ Ein Beweisverwertungsverbot zum Schutze der Aussagefreiheit ist somit nicht anerkannt.⁹⁴⁵

d) *Nachweis des Aussagezwangs bei der polizeilichen Vernehmung*

In Anbetracht der oben aufgeführten Rechtsprechung des KGH, die die Verwertung erzwungener Geständnisse grundsätzlich zulässt, scheint die Frage des Nachweises der Anwendung des Aussagezwangs bei der polizeilichen Vernehmung nicht von Bedeutung zu sein. In der Tat hat der KGH sie infolge dieser Rechtsprechung auch vernachlässigt, weil er sich, wie oben dargelegt, nur mit der Schuldfrage befasst und dabei den Nachweis eines behaupteten Aussagezwangs hiervon grundsätzlich nicht unterscheidet.⁹⁴⁶ Wohl aus diesem Grund zeigen auch die Tatgerichte kein Interesse an der Beurteilung einer Beschwerde über die Anwendung eines Aussagezwangs.⁹⁴⁷ Diese Frage ist dennoch, wenn auch nur in geringem Maße, von Bedeutung, weil ein erbrachter Nachweis nach der Rechtsprechung des KGH die Wahrheit eines Geständnisses relativ vermindert.

Schaut man sich die Spruchpraxis des KGH genauer an, so ergibt sich, dass der Gerichtshof für den Nachweis der Anwendung eines Aussagezwangs bei der polizeilichen Vernehmung zum einen die rechtskräftige Verurteilung des Vernehmungsbeamten zulässt,⁹⁴⁸ zum anderen kann die Zwangsanwendung grundsätzlich

⁹⁴³ 1. YCD Entsch. v. 16.02.2004 E. 2003/3819 K. 2004/299, YKD 31/2005, S. 1452; kritisch hiergegen *Genel*, AYD 15/2003, 59.

⁹⁴⁴ YCGK Urt. v. 04.10.1993 E. 1993/6-192 K. 1993/217, YKD 20/1994, 450 ff.; 1. YCD Entsch. v. 11.05.2005 E. 2004/4786 K. 2005/1232 (kazancı); 8. YCD Entsch. v. 07.05.1997 E. 1997/3447 K. 1997/6774 (kazancı); vgl. YCGK Urt. v. 15.06.1999 E. 1999/8-109 K. 1999/164 (kazancı); siehe auch *Eryılmaz*, S. 342.

⁹⁴⁵ Vgl. *Soyaslan*, AÜEHFD 7/2003, 21; *Çınar*, TBBD 55/2004, 39.

⁹⁴⁶ Darauf hinweisend und beanstandend etwa Richter *Sami Selçuk* in seinem Gegenvotum in YCGK Urt. v. 02.12.1991 1-301/334, in: *Mollamahmutoglu/Savaş*, § 254, S. 1269; hierzu siehe auch oben Kap. 4, VI.C.1.b).

⁹⁴⁷ Hierzu siehe bemerkenswerte Äußerungen von Richtern in dem Bericht des Menschenrechtsausschusses des türkischen Parlaments über Strafverfolgung und Strafvollzug in Elazığ v. 1998 und 2000, S. 61; siehe außerdem CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 04. bis 17.06.2009, Rn. 17; CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 16. bis 29.03.2004, Rn. 20; *Akay*, S. 156; *Yıldırım*, ABD 1/1989, 42.

⁹⁴⁸ Vgl. 1. YCD Entsch. v. 05.10.1998 E. 1998/2271 K. 1998/2967 (kararevi); 2. YCD Entsch. v. 28.11.2005 E. 2004/9944 K. 2005/26988 (kazancı); kritisch hiergegen das UN-Antifolterkomitee in seinem Bericht v. 18.02.1994 über die Überprüfung von systematischer Folter in der Türkei gemäß Art. 20 der UN-Antifolterkonvention (CAT A/48/44/Add. 1) Rn. 28.

nur durch ein ärztliches Attest nachgewiesen werden.⁹⁴⁹ Faktisch ist es somit für den Beschuldigten unmöglich, die Anwendung eines Aussagezwangs nachzuweisen, die keine körperlichen Spuren hinterlassen hat, weil diese bei einer ärztlichen Untersuchung gleich nach dem Polizeigewahrsam nicht feststellbar sind.⁹⁵⁰ Ebenso wenig findet er Gehör, wenn er kein ärztliches Attest vorweisen kann⁹⁵¹ oder im Attest keine Spuren körperlicher Gewaltanwendung festgestellt worden sind.⁹⁵²

Diese Umstände führen dazu, dass der Schutz eines Beschuldigten vor unzulässigen Vernehmungsmethoden des § 148 Abs. 1 und 2 tStPO von 2004 ausschließlich auf diejenigen Methoden reduziert ist, deren Anwendung durch ein ärztliches Attest feststellbar ist.⁹⁵³ Es ist allerdings kein Geheimnis, dass auch Folter- und Misshandlungsmethoden existieren, die keine körperlichen Spuren hinterlassen.⁹⁵⁴ Außerdem hat sich dieses Erfordernis des Nachweises während der verbreiteten Folter- und Misshandlungsmethoden in den 90er-Jahren als völlig kontraproduktiv erwiesen. Denn die Ermittlungsorgane konnten ihre absolute Dominanz während des Festhaltens des Beschuldigten im Polizeigewahrsam⁹⁵⁵ und die erheblichen Mängel in der Praxis der ärztlichen Untersuchungen⁹⁵⁶ etwa auch dahingehend missbrauchen, dass die Beschuldigten erst nach der Heilung der körperlichen Wunden einem Arzt vorgeführt⁹⁵⁷ oder die Ärzte durch Einschüchterungen dazu gezwungen

⁹⁴⁹ Vgl. 1. YCD Entsch. v. 11.05.2005 E. 2004/4786 K. 2005/1232 (kazanci); 10. YCD Entsch. v. 31.05.2004 E. 2004/2778 K. 2004/06194 (kazanci); YCGK Ur. v. 03.10.1994 E. 1994/9-184 K. 1994/211 (kazanci); YCGK Ur. v. 10.05.1993 E. 1993/9-85 K. 1993/139 (kazanci); YCGK Ur. v. 04.10.1993 E. 1993/6-192 K. 1993/217, YKD 20/1994, 450 ff.

⁹⁵⁰ Vgl. 9. YCD Entsch. v. 14.01.1975 E. 1974/6 K. 1975/1 (kazanci); hierzu siehe auch oben Kap. 4, III.A.

⁹⁵¹ Vgl. 1. YCD Entsch. v. 24.12.1997 E. 1997/2884 K. 1997/4240 (kazanci).

⁹⁵² Vgl. YCGK Ur. 03.10.1994 E. 1994/9-184 K. 1994/211 (kazanci).

⁹⁵³ Hierzu siehe auch oben Kap. 4, III.A.

⁹⁵⁴ Siehe hierzu die Erklärung der Präsidentin des Amtes für Gerichtsmedizin Prof. Dr. Şebnem Korur Fidanç, Milliyet v. 27.09.2003, S. 20; CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 09. bis 21.09.1990 Rn. 63; CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 22.11 bis 03.12.1992, Rn. 23 ff.; Akay, S. 154.

⁹⁵⁵ Hierzu siehe auch oben Kap. 4, II.A.3.b)dd).

⁹⁵⁶ Hierzu siehe CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 04. bis 17.06.2009, Rn. 23; CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 07. bis 14.12.2005, Rn. 25 ff.; Bericht des Menschenrechtsausschusses des türkischen Parlaments über die Provinzen Izmir und Aydın v. 31.07 bis 03.08.2003, S. 1 f.; CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 02. bis 14.09.2001, Rn. 43; den Bericht des Menschenrechtsausschusses des türkischen Parlaments über Strafverfolgung und Strafvollzug in Tunceli v. 1998 und 2000, S. 14; CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 16. bis 24.07.2000, Rn. 64 f.; CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 27.02 bis 03.08.1999, Rn. 10; CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 05. bis 17.10.1997, Rn. 34 f.; das UN-Antifolterkomitee in seinem Bericht v. 18.02.1994 über die Überprüfung von systematischer Folter in der Türkei gemäß Art. 20 der UN-Antifolterkonvention (CAT A/48/44/Add. 1) Rn. 27.

⁹⁵⁷ Hierzu siehe CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 09. bis 21.09.1990, Rn. 48; CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 22.11. bis 03.12.1992, Rn. 23 ff.; Akay, S. 154.

wurden, ein Attest zugunsten der Polizei auszustellen.⁹⁵⁸ Nach dem CPT haben die Ärzte teilweise selbst Vorurteile gegenüber den Beschuldigten und sind nicht daran interessiert, eine angemessene Untersuchung vorzunehmen.⁹⁵⁹

2. Verwertungsverbote bei Verstößen gegen das Umgehungsverbot

Da in der höchstrichterlichen Rechtsprechung hinsichtlich der Aussagefreiheit eines Beschuldigten kein Umgehungsschutz anerkannt ist, stellt sich die Frage nach der strafprozessualen Folge eines Verstoßes gegen einen solchen nicht.⁹⁶⁰

3. Verwertungsverbote bei Verstößen gegen Informationsrechte

a) Im Allgemeinen

Soweit ersichtlich, hat sich der Kassationsgerichtshof nach der Strafprozessnovelle von 1992 mit den Verstößen gegen die Belehrungspflichten des § 135 tStPO von 1929 bzw. § 147 tStPO von 2004 in zunehmender Weise befasst. Dies ist wohl darauf zurückzuführen, dass die beiden Vorschriften die Protokollierung des Ablaufs einer Beschuldigtenvernehmung ausführlich regeln und Verstöße dagegen sehr leicht feststellbar sind. Dabei blieb es in der Revisionsprüfung des KGH teilweise unklar, ob der Gerichtshof die Aufhebung des tatgerichtlichen Urteils auf die fehlende Protokollierung stützt oder auf die Unterlassung der in diesen Vorschriften enthaltenen Belehrungspflichten.⁹⁶¹

Außerdem macht der KGH in seiner Revisionsprüfung keinen Unterschied zwischen einzelnen Rechten bzw. Belehrungspflichten in den genannten Vorschriften. Im Mittelpunkt der Prüfung steht somit deren Einhaltung als Ganzes. Sie enthalten

⁹⁵⁸ Hierzu siehe CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 04. bis 17.06.2009, Rn. 23; CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 16. bis 29.03.2004, Rn. 35 ff.; CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 21. bis 27.03. und 01. bis 06.09.2002, Rn. 39 ff.; CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 16. bis 24.07.2000 Rn. 66; CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 02. bis 14.09.2001, Rn. 41 f.; den Bericht des Menschenrechtsausschusses des türkischen Parlaments über Strafverfolgung und Strafvollzug in Batman v. 1998 und 2000, S. 46; zur Einschüchterung der Beschuldigten selbst, bei der ärztlichen Untersuchung ihre körperlichen Beschwerden nicht zu erwähnen, siehe den Bericht des Menschenrechtsausschusses des türkischen Parlaments über Strafverfolgung und Strafvollzug in Erzurum v. 1998 und 2000, S. 35.

⁹⁵⁹ CPT-Bericht über den Türkeibesuch v. 04. bis 17.06.2009, Rn. 23.

⁹⁶⁰ Hierzu siehe oben Kap. 4, IV.C.3.

⁹⁶¹ 6. YCD Entsch. v. 05.07.2011 E. 2010/29236 K. 2011/22556 (kazancı); 7. YCD Entsch. v. 09.06.1999 E. 1999/2514 K. 1999/7074 (kazancı); 7. YCD Entsch. v. 05.05.1999 E. 1998/10426 K. 1999/4999 (kazancı); 4. YCD Entsch. v. 04.10.1995 E. 1994/7351 K. 1994/7693, YKD 21/1995, 1478; 2. YCD Entsch. v. 12.10.1993 E. 1993/9926 K. 1993/10797, YKD 19/1993, 1876 f.

nach dem KGH nämlich nicht nur die Belehrung über das Schweigerecht.⁹⁶² Ihre Nichteinhaltung bei der richterlichen Vernehmung eines Beschuldigten in der Hauptverhandlung führt nach seiner gefestigten Rechtsprechung zur Aufhebung des tatgerichtlichen Urteils, ungeachtet dessen, ob dieser Verfahrensverstöß etwa durch die Verwertung der dabei erlangten Aussagen des Beschuldigten auf den Verfahrensausgang Einfluss genommen hat.⁹⁶³ Daher hebt der KGH nicht nur im Fall einer Verurteilung das Urteil auf, sondern auch bei einem Freispruch.⁹⁶⁴ Wie oben bereits erörtert, hat eine solche Aufhebung kein Verwertungsverbot zur Folge.⁹⁶⁵ Sie bezweckt lediglich die Wiederholung der Vernehmung unter Einhaltung der Vorschriften.⁹⁶⁶

In der Literatur ist diese Praxis des KGH zu Recht auf Widerspruch gestoßen, weil sie das Erfordernis des Beruhens nach § 307 Abs. 1 tStPO von 1929 in einer oberflächlichen Weise umgeht, was keinen Nutzen hat.⁹⁶⁷ Diese Kritik scheint in einigen Entscheidungen Zuspruch beim Kassationsgerichtshof zu finden, der im Fall eines Freispruchs die Aufhebung nicht mehr als erforderlich betrachtet. Denn es fehle in diesem Fall an einem kausalen Zusammenhang zwischen dem Verstoß gegen § 135 tStPO von 1929 und dem Urteil i.S.d. § 320 Abs. 1 tStPO von 1929. Ein solcher Zusammenhang sei allerdings für die Aufhebung erforderlich, weil § 135 tStPO von 1929 eine Ordnungsvorschrift darstelle und ein Verstoß dagegen einen absoluten Revisionsgrund gem. § 308 tStPO von 1929 begründe.⁹⁶⁸

⁹⁶² YCGK Urt. v. 17.12.1996 E. 1996/6-263 K. 1996/282 (kazancı).

⁹⁶³ 6. YCD Entsch. v. 27.06.2013 E. 2013/12795 K. 2013/15217 (kazancı); 12. YCD Entsch. v. E. 2011/1330 K. 2011/1677 (kazancı); 8. YCD Entsch. v. 14.04.2011 E. 2011/2303 K. 2011/3128 (kazancı); 1. YCD Entsch. v. 12.09.2011 E. 2009/6897 K. 2011/5118 (kazancı); 11. YCD Entsch. v. 21.09.2006 E. 2006/3062 K. 2006/7435 (kazancı); 6. YCD Entsch. v. 10.02.2005 E. 2003/15166 K. 2005/1256 (kazancı); 9. YCD Entsch. v. 05.10.2000 E. 2000/3061 K. 200/3132 (kazancı); 7. YCD Entsch. v. 16.02.2000 E. 1999/11961 K. 2000/2214 (kazancı); 7. YCD Entsch. v. 09.06.1999 E. 1999/2514 K. 1999/7074 (kazancı); 10. YCD Entsch. v. 14.09.1998 E. 1998/4843 K. 1998/8034 (kazancı); 8. YCD Entsch. v. 11.11.1996 E. 1996/13508 K. 1996/14017 (kazancı); 9. YCD Entsch. v. 05.10.1993 E. 1993/3097 K. 1993/3814 (kazancı); 10. YCD Entsch. v. 23.02.1994 E. 1994/543 K. 1994/2364 (kazancı); 5. YCD Entsch. v. 15.12.1994 E. 1994/3170 K. 1994/3783 (kazancı); YCGK Urt. v. 06.06.1994 E. 1994/6-148 K. 1994/167 (kazancı); YCGK Urt. v. 01.04.1994 E. 1994/6-69 K. 1994/93 (kazancı); hierzu siehe außerdem *Kaymaz*, YD 23/1997, 293 ff.; *Odman*, İHMD 4/1995, 28 f.; *Yurtcan*, Kunter Armağanı, S. 519 ff.; *Centel/Zafer*, S. 220.

⁹⁶⁴ YCGK Urt. v. 26.03.1996 E. 1995/6-163 K. 1996/66 (kazancı).

⁹⁶⁵ A. A. *Şahin*, EÜHFD 1/1997, 89 f., nach dem der Große Strafsenat mit dieser Rechtsprechung ein Beweisverwertungsverbot mit Fernwirkung anerkenne; in diese Richtung wohl auch *Kocaoğlu*, ABD 1/2011, 40 Fn. 52; *Demirbaş*, S. 129 Fn. 27.

⁹⁶⁶ Siehe oben Kap. 4, VI.A.1.

⁹⁶⁷ *Kaymaz*, YD 23/1997, 297 f.; siehe auch *Genel*, AYD 15/2003, 65.

⁹⁶⁸ 10. YCD Entsch. v. 26.06.1996 E. 1996/1171 K. 1996/1137 (kazancı); vgl. YCGK Urt. v. 25.06.1996 E. 1995/6-145 K. 1996/157 (kazancı).

b) Frage der Verwertbarkeit

Die Spruchpraxis des Kassationsgerichtshofs bleibt trotz der erwähnten Klärung weitgehend inkonsequent und unüberschaubar, wenn es um die prozessrechtlichen Folgen von Verstößen gegen die Belehrungspflichten in § 135 tStPO von 1929 bzw. § 147 tStPO von 2004 geht.⁹⁶⁹ So hat der Große Strafsenat in einer Entscheidung obiter dictum anerkannt, dass die Nichteinhaltung der Belehrungspflichten des § 135 tStPO von 1929 die Unverwertbarkeit der dabei erlangten Aussagebeweise zur Folge hat, weil sie i.S.d. § 254 Abs. 2 tStPO von 1929 rechtswidrig erhoben worden sind. Allerdings habe der Beschuldigte im konkreten Fall keine Aussagen gemacht, also den Tatvorwurf bloß bestritten. Es liege insofern kein Aussagebeweis vor, dessen Verwertbarkeit infrage gestanden hätte.⁹⁷⁰ Diese Rechtsprechung geht bei näherem Hinsehen auf die Spruchpraxis des 4. Strafsenats zurück, der seine Auffassung, soweit ersichtlich, nur ein einziges Mal beim Großen Strafsenat durchsetzen konnte.⁹⁷¹ In der Tat hat der Senat in mehreren Entscheidungen mit derselben Begründung tatsächlich die Unverwertbarkeit der unter Verstoß gegen die Belehrungspflichten des § 135 tStPO von 1929 erlangten Aussagen eines Beschuldigten in seiner richterlichen Vernehmung in der Hauptverhandlung festgestellt.⁹⁷² Seine Entscheidungspraxis bietet dennoch keine Rechtssicherheit, denn er hebt ab und zu entsprechend der oben dargelegten verbreiteten Aufhebungspraxis ohne die Erörterung der Frage eines Beweisverwertungsverbots die tatgerichtlichen Entscheidungen auf, weil die Belehrungsvorschriften nicht eingehalten worden seien.⁹⁷³

Außerdem lässt eine Entscheidung des KGH ernsthafte Bedenken aufkommen, ob er überhaupt ein subjektives Recht des Beschuldigten anerkennt, frei über eine Selbstbelastung durch seine eigene Aussage zu entscheiden. Seine unterlassene Belehrung gem. § 147 tStPO von 2004 darüber wäre eine Verkürzung der Ausübung dieses Rechts. Von diesem Standpunkt ist der KGH weit entfernt. Nach ihm ist nämlich keine Verkürzung des Verteidigungsrechts des Beschuldigten eingetreten, wenn

⁹⁶⁹ Kaymaz, YD 23/1997, 293, nach dem das Thema insgesamt (wohl auch innerhalb des Kassationsgerichtshofs) umstritten ist.

⁹⁷⁰ YCGK Urt. v. 05.10.1994 7351/7693, in: *Mollamahmutoglu/Savas*, § 135, S. 775 f.; kritisch hiergegen *Yurtcan*, Kunter Armağani, S. 520 f.

⁹⁷¹ Zur vorausgegangenen Entscheidung des 4. Senats siehe Entsch. v. 04.10.1995 E. 1994/7351 K. 1994/7693, YKD 21/1995, 1477.

⁹⁷² 4. YCD Entsch. v. 21.22.1994 E. 1994/7912 K. 1994/11319 (kazancı); 4. YCD Entsch. v. 30.10.1995 E. 1995/6017 K. 1995/6940, YKD 22/1996, 295 f.; 4 YCD. Entsch. v. 08.10.1996 E. 1996/6124 K. 1996/7386 (kazancı); 4. YCD Entsch. v. 11.12.1996 E. 1996/8356 K. 1996/9483 (kazancı); 4. YCD Entsch. v. 06.05.2002 E. 2002/5970 K. 2002/7868 (kazancı); 4 YCD Entsch. v. 22.09.2004 E. 2003/7452 K. 2004/9087 (kazancı); hierzu siehe auch *Şahin*, EÜHFD 1/1997, 88; *Genel*, AYD 15/2003, 51.

⁹⁷³ 4. YCD Entsch. v. 18.03.1997 E. 1997/1730 K. 1997/1999, YKD 23/1997, 1323 f.; 4. YCD Entsch. v. 03.04.2002 E. 2002/3126 K. 2002/5406 (kazancı); 4. YCD Entsch. v. 23.09.2003 E. 2002/22872 K. 2003/8101 (kazancı); 4. YCD Entsch. v. 09.02.2004 E. 2003/1103 K. 2004/910 (kazancı).

das Tatgericht ihn in der Hauptverhandlung ohne Verlesung der Anklageschrift und Belehrung über seine Rechte, also unter Verstoß gegen § 191 Abs. 3 lit. b und § 147 tStPO von 2004, vernommen hat. Denn ihm sei dennoch die Möglichkeit gegeben worden, sich gegenüber den Beschuldigungen zu verteidigen. Im Übrigen habe er sich in Übereinstimmung mit der Anklage zur Sache geäußert. Eine Wiederholung seiner Vernehmung unter Einhaltung des § 147 tStPO von 2004 sei nicht erforderlich, weil der Verstoß bei seiner späteren hafrichterlichen Vernehmung sowie seiner gerichtlichen Vernehmung nach der Aufhebung des Urteils durch den zuständigen Strafsenat im Revisionsverfahren durch Einhaltung des § 147 tStPO von 2004 behoben worden sei.⁹⁷⁴ Diese Entscheidung legt nahe, dass der KGH unter einem schutzwürdigen Verteidigungsrecht die Möglichkeit zu einer aktiven Verteidigung versteht und seine Aufhebungspraxis zur Wiederholung der Beschuldigtenvernehmung in der Hauptverhandlung u.a. ebenfalls diesem Zweck dient.

In Anbetracht dieser Rechtsprechung stellt sich die Frage eines Beweisverwertungsverbots wegen der unterlassenen Belehrung des Beschuldigten über seine Rechte bei der polizeilichen Vernehmung entsprechend § 147 tStPO von 2004 in der Spruchpraxis des KGH sehr selten. Ein Gegenvotum, das dieser Frage unter den konkreten Umständen des Falles nachging, fand etwa beim Großen Strafsenat überhaupt keine Beachtung.⁹⁷⁵ Die einzige Ausnahme bildet eine Entscheidung des 8. Strafsenats im Jahr 2009. Hiernach sei das polizeiliche Geständnis des Beschuldigten, das er im Nachhinein widerrufen hat, unverwertbar, weil es ohne vorherige Belehrung über seine Rechte gem. § 135 tStPO von 1929 und i.S.d. § 254 Abs. 2 tStPO von 1929 rechtswidrig erlangt worden sei.⁹⁷⁶ Eine Fortsetzung dieser Rechtsprechung blieb jedoch aus. Die Literatur fordert dagegen einstimmig und ohne eine Differenzierung ein Verwertungsverbot für Aussagen, die unter Verstoß gegen die Einhaltung des § 135 tStPO von 1929 bzw. 147 tStPO von 2004 erlangt wurden.⁹⁷⁷

⁹⁷⁴ YCGK Urt. v. 05.02.2013 E. 2012/10-1295 K. 2013/36 (kazanci); siehe auch YCGK Urt. v. 19.02.2013 E. 2012/9-1464 K. 2013/61 (kazanci); vgl. 11. YCD Entsch. v. 26.01.2004 E. 2003/7876 K. 2004/119 (kazanci); a.A. *Erem*, YD 18/1992, 296.

⁹⁷⁵ 1. YCD Entsch. v. 10.03.2008 E. 2007/6461 K. 2008/1790 (kazanci); vgl. 1. YCD Entsch. v. 11.05.2005 E. 2004/4786 K. 2005/1232 (kazanci).

⁹⁷⁶ 8. YCD Entsch. v. 14.12.2009 E. 2008/334 K. 2009/15739 (kazanci); hierzu siehe auch *Ünver/Hakeri*, I. Band, S. 298.

⁹⁷⁷ *Öztürk*, SÜHFD 4/1994, 40; *Kayıtoğlu*, AYD 2006, 104; *Kaymaz*, YD 23/1997, 281; *Çınar*, YD 23/1997, 262 f.; *Yenisey*, CHD 4/2007, 42.; *Özbek*, Delil Yasakları, S. 917; *Demirbaş*, S. 310; *İpekçioğlu*, AÜHFD 57/2008, 68; *Kunter/Yenisey/Nuhoğlu*, S. 1459; *Centel/Zafer*, S. 219.

4. Verwertungsverbote bei Verstößen gegen das Verteidigerkonsultationsrecht

a) Ausdrückliches Verwertungsverbot

§ 148 Abs. 4 tStPO von 2004 sieht ausdrücklich vor, dass die Aussagen, die von der Polizei ohne Anwesenheit eines Verteidigers erlangt wurden, einem Urteil nicht zugrunde gelegt werden dürfen, solange ihre Wahrheit nicht vom Beschuldigten vor einem Richter oder Gericht bestätigt worden ist.⁹⁷⁸ Die Vorschrift enthält insofern ein bemerkenswertes Beweisverwertungsverbot, das keinen Verstoß gegen das Verteidigerkonsultationsrecht bei der polizeilichen Vernehmung voraussetzt. In der Rechtsprechung des Kassationsgerichtshofs hat sie allerdings bis jetzt keine konsequente Anwendung gefunden.

b) Höchstrichterliche Rechtsprechung

In seiner allgemein bekannten Weise hebt der KGH das Urteil des Tatgerichts auf, wenn dieses in der Hauptverhandlung gegen die Vorschriften über die Bestellung eines Rechtshilfeverteidigers oder die Beordnung eines Pflichtverteidigers (vgl. §§ 149, 150 tStPO von 2004 bzw. §§ 135, 138 tStPO von 1929) verstoßen hat.⁹⁷⁹ Ein Beweisverwertungsverbot hat der Gerichtshof ebenso wenig im Sinn⁹⁸⁰ wie ein subjektives Recht des Beschuldigten, seine Entscheidungsfreiheit, ob er aussagen will, nach einer Beratung mit einem Verteidiger auszuüben. Dies lässt sich etwa aus einer Entscheidung des KGH entnehmen. Hiernach ist der Verfahrensverstoß, dass dem Beschuldigten zum Beginn seiner Vernehmung in der Hauptverhandlung kein Pflichtverteidiger gem. § 150 Abs. 3 beigeordnet worden ist, dadurch behoben worden, dass er den Beistand eines solchen Verteidigers erst im Nachhinein erhalten habe. In seiner Anwesenheit habe er eine „Zusatzverteidigung“ vorgenom-

⁹⁷⁸ Siehe den Auszug im Anhang: Gesetzestexte. Zur Auslegung dieser Vorschrift in der Literatur siehe etwa Şahin, Gazi Şerhi, S. 447 f.; Bıçak, Suç Muhakemesi, S. 438; Demirbaş, S. 135; Arıcan, İfade Alma, S. 286; kritisch hiergegen Ünver/Hakeri, I. Band, S. 299; İpekçioğlu, AÜHF 57/2008, 73; Centel/Zafer, S. 214; Ünver, CHD 2006, 184.

⁹⁷⁹ Siehe etwa YCGK Urt. v. 23.06.1994 E. 1994/1706 K. 1994/2153 (kazancı); YCGK Urt. v. 06.12.1993 E. 1993/9-284 K. 1993/308 (kazancı); 3. YCD Entsch. v. 30.11.1993 E. 1993/11595 K. 1993/15592 (kazancı) = YKD 20/1994, 298; 6. YCD Entsch. v. 07.04.1994 E. 1994/2793 K. 1994/3060 (kazancı) = YKD, 20/1994, 1880; 7. YCD Entsch. v. 18.11.1998 E. 1998/8120, K. 1998/9353 (kazancı); 7. YCD Entsch. v. 28.03.2000 E. 2000/3209 K. 2000/4611(kazancı); YCGK Urt. v. 07.10.2003 E. 2003/4-220 K. 2003/242 (kazancı), YKD 30/2004, S. 123 ff.; 1.YCD Entsch. v. 24.01.2003 E. 2003/13 K. 2003/29 (kazancı); 8. YCD Entsch. v. 03.07.2003 E. 2002/6646, K. 2003/3021 (kazancı), YKD 30/2004, 1309 f.; 8. YCD Entsch. v. 04.06.2008 E. 2007/463 K. 2008/6855 (kazancı); 1. YCD Entsch. v. 20.06.2008 E. 2008/864 K. 2008/5211 (kazancı); 5. YCD Entsch. v. 22.01.2009 E. 2008/7207 K. 2009/210 (kazancı).

⁹⁸⁰ Vgl. YCGK Urt. v. 28.05.1996 E. 1996/8-74 K. 1996/116 (kazancı); 8. YCD Entsch. v. 03.07.2003 E. 2002/6646 K. 2003/3021, YKD 30/2004, 1309 f.

men und dabei, wie im gesamten Verfahren, seine Aussagen nicht geändert. Den Aspekt, dass sich der Beschuldigte bei seiner vorausgegangen Vernehmung ohne vorherige Verteidigerkonsultation bereits festgelegt hatte, lässt der KGH außer Acht. Kein Interesse zeigte er außerdem an der Frage, ob der Beschuldigte vor seiner „Zusatzverteidigung“ tatsächlich die Konsultation des Verteidigers erhielt.⁹⁸¹

Die Entscheidung hinterlässt somit insgesamt den Eindruck, dass der KGH die Anwesenheit des Verteidigers bei der Vernehmung des Beschuldigten als eine Vorkehrung betrachtet, die die Wahrheit seiner Aussagen indiziert.⁹⁸² Eine nähere Analyse seiner Spruchpraxis ergibt außerdem, dass der KGH etwa ein Geständnis des Beschuldigten verwertet, das er im Ermittlungsverfahren gemacht haben soll, ohne die Erfüllung der zwei genannten Voraussetzungen zu berücksichtigen.⁹⁸³

Soweit ersichtlich, hat sich der Kassationsgerichtshof bis jetzt lediglich in drei Entscheidungen mit dem Beweisverwertungsverbot des § 148 Abs. 4 tStPO von 2004 auseinandergesetzt. In seiner ersten Entscheidung machte der 7. Strafsenat darauf aufmerksam, dass der Beschuldigte bei seiner polizeilichen Vernehmung ohne Anwesenheit eines Verteidigers angab, dass er mitgeführte Sachen zum Zweck des Weiterverkaufs ohne eine Deklaration durch den Zoll hatte bringen wollen. Entsprechend § 148 Abs. 4 tStPO dürfe „diese Aussage allein seiner Verurteilung nicht zugrunde gelegt werden“, weil seine Vernehmung zu diesem Punkt in der Hauptverhandlung ausblieb.⁹⁸⁴ Unklar bleibt in der Entscheidung, warum der Senat das Verwertungsverbot dadurch begrenzt, dass die fragliche Aussage verwertbar wäre, wenn ihren Inhalt stützende Beweise vorlägen.

In den zwei weiteren Entscheidungen hat der KGH ohne eine solche Begrenzung ein Verwertungsverbot für die Aussagen des Beschuldigten, die er bei der polizeilichen Vernehmung ohne Anwesenheit eines Verteidigers gemacht hatte, gem. § 148 Abs. 4 tStPO von 2004 angenommen, weil der Beschuldigte in seinen folgenden Vernehmungen den Tatvorwurf bestritten⁹⁸⁵ oder die Aussagen nicht bestätigt habe.⁹⁸⁶ Allerdings bedeuten die beiden Entscheidungen dennoch keine

⁹⁸¹ YCGK Ur. v. 15.06.2010 E. 2010/11-128 K. 2010/153 (kazanci).

⁹⁸² In diese Richtung etwa 10. YCD Entsch. v. 12.10.2005 E. 2004/5988 K. 2005/13086 (kazanci); 10. YCD Entsch. v. 19.12.2005 E. 2004/13660 K. 2005/19180 (kazanci); 6. YCD Entsch. v. 05.05.2003 E. 2002/12414 K. 2003/2709 (kararevi).

⁹⁸³ 7. YCD Entsch. v. 01.02.2010 E. 2007/7282 K. 2010/854 (kazanci); YCGK Entsch. v. 16.02.2010 E. 2009/1-251 K. 2010/25 (kazanci); 9. YCD Entsch. v. 22.11.2011 E. 2009/21354 K. 2011/28836 (kazanci); YCGK Entsch. v. 02.06.2009 E. 2008/8-263 K. 2009/142 (kazanci); YCGK Entsch. v. 06.07.2010 E. 2010/8-51 K. 2010/162, YKD, 36/2010, S. 1914 ff.; 2. YCD Entsch. v. 08.04.2009 E. 2008/19931 K. 2009/18480 (kazanci); siehe außerdem YCGK Ur. v. 09.11.2010 E. 2010/8-134 K. 2010/217 (kazanci); YCGK Ur. 14.02.2012 E. 2011/10-212 K. 2012/42 (kazanci).

⁹⁸⁴ 7. YCD Entsch. v. 23.11.2010 E. 2008/12528 K. 2010/16843 (kazanci); siehe auch *Ünver/Hakeri*, I. Band, S. 299.

⁹⁸⁵ 6. YCD Entsch. v. 05.05.2011 E. 2010/30146 K. 2011/6501 (kazanci).

⁹⁸⁶ 7. YCD Entsch. v. 01.11.2013 E. 2012/28604 K. 2013/20892 (kazanci).

Anerkennung eines echten Beweisverwertungsverbots, denn die Beschuldigten waren nach dem KGH in beiden Fällen wegen Mangels an Beweisen freizusprechen.

VII. Zusammenfassung

Art. 38 Abs. 6 tVerf. verbietet ausdrücklich, jemanden dazu zu zwingen, gegen sich selbst auszusagen oder einen Beweis gegen sich vorzulegen. Über die Begründung und die Reichweite dieses Grundrechts besteht allerdings weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur Klarheit.

Ein historischer Rückblick auf das osmanische Strafverfahrensrecht zeigt, dass ein Beschuldigter nach der klassischen Lehre die absolute Selbstbelastungsfreiheit hatte, solange es sich bei der Anklage um die Begehung von reinen Sakraldelikten wie illegalem Geschlechtsverkehr oder Weingenuss, also die Verletzung von Ansprüchen Gottes handelte. Begründet war diese Rechtsstellung materiell damit, dass die Gnade Gottes Vorrang vor Strafe habe. Auch in anderen Fällen hatte ein Beschuldigter prozessrechtlich weitreichende Aussagebefugnisse. So war das Verfahren rein akkusatorisch und kannte keine Anklagebehörde. Für den Richter bestand bei der adversatorischen Verfahrensführung kein Anlass, den Beschuldigten zu einer Aussage zu zwingen. Als Anwender des heiligen Rechts genoss er hohes Ansehen. Nach der klassischen Lehre war er fern von dem Makel, zur Erlangung eines Geständnisses Folter anzuwenden. Der Beschuldigte hatte unmittelbar vor ihm auszusagen. Ein außergerichtliches Geständnis konnte nach der klassischen Lehre nicht über einen Zeugenbeweis ins Verfahren eingeführt werden. Dennoch stand dem Beschuldigten bei der Klageerwiderung kein schlichtes Schweigerecht zu, denn der Kläger konnte ihm einen Eid auferlegen. Er stand somit unter dem Aussagedruck, der aus dem religiös höchst bedeutsamen Stellenwert eines heiligen Schwurs hervorging. Sein Meineid stellte allerdings kein weiteres Delikt dar. Die Wahrheitspflicht war folglich lediglich religiöser Natur. Ebenso wenig lieferte er mit der Eidesverweigerung ein Beweismittel gegen sich selbst. Er war im Ergebnis prozessrechtlich in der Lage, sich nicht belasten zu müssen. Schließlich erhielt er den Schutz der Geständnisfreiheit der klassischen Lehre. Hiernach setze die Rechtsgültigkeit eines Geständnisses voraus, dass dieses freiwillig abgelegt wurde und bei seiner Erlangung kein Zwang ausgeübt wurde, der seinen Wahrheitsgehalt unterminieren würde. Eine solche Anforderung ließ sich nach der klassischen Lehre auch aus dem Grundsatz entnehmen, dass der Zweifel die Strafe abwendet.

Diese Grundsätze der klassischen Lehre dürfen allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass ein Beschuldigter vor seiner Vorführung vor den Richter durchaus Folterungen und Repressalien der Verwaltung ausgesetzt war und diese Praxis insbesondere bei einem schlecht beleumdeten Verdächtigten auch von einigen Rechtsgelehrten befürwortet wurde. Auch die osmanischen Rechtsgelehrten des

16. Jahrhunderts beriefen sich ausdrücklich auf diese abweichende Rechtsauffassung. Bemerkenswert ist, dass diese dem adversatorischen Verfahren vor dem Richter ein Ermittlungsverfahren voranstellte. In diesem Verfahren konnte der „Strafbeamte“ Anhaltspunkte, die auf die Täterschaft eines schlecht beleumdeten Verdächtigten schließen ließen, verwerten und zur Klärung des Verdachts Ermittlungsmaßnahmen einleiten. Hierzu gehörten etwa seine Inhaftierung sowie die Zufügung von Schmerzen, bis er die Wahrheit sagte. Einige Vertreter der abweichenden Lehre sprachen diese inquisitorischen Befugnisse sogar dem Richter zu.

Betrachtet man die osmanische Gesetzgebung des 15. und 16. Jahrhunderts, so lässt sich feststellen, dass die Sultane im Rahmen ihres Ermessenrechts die abweichende Lehre im Fall eines des Diebstahls verdächtigten Beschuldigten mit schlechtem Leumund zum geschriebenen Recht gemacht haben. Das kriminalpolitische Motiv lag wohl darin, dass in solchen Fällen die Überführung des Verdächtigten in Anbetracht der strengen Beweisregeln des Schariarechts nach der klassischen Lehre kaum möglich ist. Daher sollte seine Täterschaft nach dem Gemeinrecht festgestellt werden dürfen. Hierzu gehörte auch die Anwendung der Folter, wobei sie an gewisse Indizien gebunden war. Wie weit dieses Ermessenrechts die klassische Lehre in der Rechtsdogmatik und in der Praxis modifiziert und verdrängt hat, lässt sich nicht eindeutig feststellen. Diesbezüglich besteht ein großer Forschungsbedarf. Eine kleine Analyse der osmanischen Gerichtspraxis anhand der Verwertung einiger Gerichtsregister ergibt, dass die Fälle, in denen es um die Strafbarkeit eines verdächtigen Diebes mit schlechtem Leumund ging, tatsächlich einen beachtlichen Anteil des damaligen Kriminal-Atlas ausmachten. Die Folteranwendung an sich erwähnen dagegen die Urteile nicht. Dennoch liegen Forschungsergebnisse vor, die diese belegen. Ausdrücklich verboten wurde Folter erst 1856 durch einen Reformerlass des Sultans *Abdulmecit*. Das erste osmanische Strafgesetzbuch im Sinn einer europäischen Kodifikation (von 1858) stellte die Aussageerpressung durch einen Beamten in § 103 unter Strafe.

Eine weitere Wandlung erfuhr das Strafverfahrensrecht durch die Gründung der sogenannten Ordnungsgerichte, die ausschließlich das Ermessenrecht des Sultans anzuwenden hatten. Dadurch wurde ein allgemeines inquisitorisches Ermittlungsverfahren eingeführt, in dem jeder Beschuldigte nun dem Verhör der Anklagebehörde ausgesetzt war. Im Gerichtsverfahren wurden die strengen Beweisregeln des Schariarechts durch eine Beweismittel- und Beweiswürdigungsfreiheit ersetzt. Untersuchungen zeigen, dass der Beschuldigte in der Praxis keine Aussagefreiheit hatte. Hieran änderte wohl auch die neue osmanische Strafprozessordnung von 1879 nichts, die sich an den napoleonischen *Code d'instruction criminelle* anlehnte und von einer Aussagepflicht des Beschuldigten offenkundig nicht ausging. Bemerkenswert ist es, dass durch das neue Strafrecht der Beschuldigte nun auch mit seinem Aussageverhalten Gegenstand der freien richterlichen Beweiswürdigung war. Eine kleine Untersuchung einiger Gerichtsregister aus der Zeit belegt eindeu-

tig, dass das zeit- sowie teilweise Schweigen eines Beschuldigten bei der Begründung seiner Verurteilung regelmäßig zu seinem Nachteil verwertet wurde.

Nach der Gründung der Türkischen Republik am 29. Oktober 1923 wurde die Schariagerichtsbarkeit abgeschafft und die oStPO durch die Übernahme der deutschen StPO von 1929 ersetzt. Dieser Rezeption gingen die vorbereitenden Arbeiten der Istanbuler Kommission voraus, bei denen auch die Rechtsstellung des Beschuldigten als Aussageperson zur Sprache kam. Einigkeit bestand darüber, dass er zum Zweck der Wahrheitsfindung besser aussagen solle und daher auf sein Schweigerecht ausdrücklich nicht hinzuweisen sei. Im Übrigen wollte man ihn vor nachteiliger Verwertung seines Schweigens durch den Richter schützen. § 135 Abs. 1 tStPO von 1929 sah bei der richterlichen Vernehmung dementsprechend die Erteilung eines eher unklaren Hinweises dahingehend vor, ob er eine Antwort geben wolle. Die Kommission war sich ebenfalls einig, dass § 135 Abs. 1 tStPO von 1929 der Grundsatz zugrunde liegt, dass er im Weigerungsfall nicht zu einer Aussage gezwungen werden darf. Eine parlamentarische Debatte über diese Vorschrift fand bei der Verabschiedung des Gesetzes seitens der Volksvertreter nicht statt, zumal einige Abgeordnete den Gesetzentwurf aufgrund einer kürzlich durchgeführten Alphabetreform nicht lesen konnten.

Der türkische Kassationsgerichtshof hat aus § 135 Abs. 1 tStPO von 1929 für den Beschuldigten weder eine Aussagefreiheit noch eine Belehrungspflicht abgeleitet. Von einer Aussagepflicht dürfte er jedoch nicht ausgegangen sein. Zwar betonte er in seiner gefestigten Rechtsprechung, dass die Ausübung von Zwang auf den Beschuldigten verboten sei und ein Geständnis stets freiwillig erfolgen muss. Bei näherer Betrachtung ergibt sich jedoch, dass diese Grundsätze für den Beschuldigten kein subjektives Recht, sondern lediglich objektive Kriterien eines sogenannten wahrhaftigen Geständnisses zugunsten der Wahrheitsfindung darstellten. Dessen ungeachtet hat Art. 33 Abs. 4 der tVerf. von 1961 diesen Grundsatz in einer erweiterten Formulierung zum Grundrecht erhoben. Hiernach durfte niemand gezwungen werden, eine Erklärung abzugeben, die ihn (oder gesetzlich bestimmte Angehörige) belasten, oder zu diesem Zweck Beweise vorzulegen. Die Einführung dieses Grundrechts ist auf die vorbereitenden Arbeiten einer aus Rechtswissenschaftlern bestehenden Kommission zurückzuführen.

Die oben genannte positivrechtliche Verankerung der Selbstbelastungsfreiheit fiel weder bei der einheimischen Rechtsdogmatik in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, noch etwa in der Rechtswirklichkeit der Strafverfolgungsorgane auf fruchtbaren Boden. Ein sogenanntes polizeiliches Verprügeln (*karakol dayağı*) war vielmehr fester Bestandteil der polizeilichen Ermittlungstätigkeiten. Insbesondere nach den politischen und sozialen Unruhen der 1960er-Jahre breitete sich die systematische Folteranwendung in beachtlichem Umfang aus. In der Bekämpfung des Terrorismus wurde sie wohl als Staatsräson von allen staatlichen Institutionen wenn nicht offen gefördert, so zumindest doch bereitwillig geduldet. Allerdings war die Folter nicht

nur eine Begleiterscheinung der Terrorismusbekämpfung. Sie war auch Folge struktureller Probleme der Strafverfolgungspraxis.

Mit der Strafprozessnovelle von 1992 wollte der Gesetzgeber diesem Umstand ein Ende bereiten. Im Wesentlichen wurde die Dauer des Polizeigewahrsams verkürzt, die Belehrungspflicht des § 135 Abs. 1 tStPO von 1929 auf die polizeiliche Vernehmung ausgeweitet, durch § 135a tStPO von 1929 bestimmte Vernehmungsmethoden verboten und dem Beschuldigten sogar das Recht auf einen unentgeltlichen Rechts-hilfeverteidiger im Polizeigewahrsam eingeräumt. Allerdings vermochten diese gesetzlichen Maßnahmen nicht, die Folter abzuschaffen und dem Grundrecht eines jeden Beschuldigten auf Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 38 Abs. 5 tVerf. von 1982 Geltung zu verleihen. Erst der entschieden zum Ausdruck gebrachte politische Wille der Regierung im Jahr 2003 hat den Abschaffungsprozess auch in der Rechtswirklichkeit in die Wege geleitet. Abgesehen von Einzelfällen sind die groben Missachtungen dieses Grundrechts im Polizeigewahrsam nicht mehr vorhanden. Zuletzt hat der Gesetzgeber 2004 durch die Einführung der neuen Strafprozessordnung die rechtsstaatlichen Grundsätze des Strafverfahrens bekräftigen wollen. Die neue tStPO von 2004 behielt hinsichtlich der polizeilichen Vernehmung des Beschuldigten in §§ 147 und 148 im Wesentlichen die Änderungen der Strafprozessnovelle von 1992 bei.

Eine verfassungsrechtliche Begründung erhielt die Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 38 Abs. 5 tVerf. 1982 bis heute nicht. Dies liegt zum einen daran, dass das tVerfG keine allgemeine Grundrechtslehre kennt. Zum anderen überzeugen dessen Begründungen bei näherer Betrachtung nicht. So hat das Gericht in seiner erst 2007 erfolgten Auslegung des Art. 38 Abs. 5 tVerf. 1982 angeführt, dass diesem Grundrecht die Achtung der Menschenwürde (vgl. Art. 17 Abs. 3 tVerf.) und die Unantastbarkeit der Persönlichkeit (Art. 17 Abs. 1 tVerf.) zugrunde liegen. In einer nachfolgenden Entscheidung hat das tVerfG dazu noch das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 36 Abs. 1 tVerf. i.V.m. Art. 6 Abs. 1 EMRK herangezogen. Analysiert man seine Rechtsprechung gründlich, so ergibt sich, dass die vom tVerfG selbst angenommene Reichweite der Menschenwürdegarantie das Verbot des Selbstbelastungszwangs nach Art. 38 Abs. 5 tVerf. nicht umfasst. Denn weder wird einem Beschuldigten durch jedwede Art von Zwangsausübung zum Zweck der Selbstbelastung das Menschsein abgesprochen, noch liegt der Zweck des Strafverfahrens grundsätzlich darin, ihn zur Schau zu stellen. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass der Gesetzgeber der tStPO von 2004 – wohl wissend, dass beide Maßstäbe von einer recht hohen Erheblichkeitsschwelle ausgehen – auf die in Deutschland beheimatete Objektformel zurückgreift, um darzulegen, dass die einzelnen Vorschriften der tStPO von 2004 über die Rechtsstellung des Beschuldigten als Beweismittel der Garantie der Menschenwürde entsprechen. Allerdings gerät diese rechtsdogmatische Rezeption in Schwierigkeiten, wenn es um die Zwanganwendung bei der Erhebung eines Sachbeweises an dem Beschuldigten geht, etwa der Entnahme einer Blutprobe. Die im deutschen Recht anerkannte Dif-

ferenzierung wird vom türkischen Gesetzgeber nicht weiter ausgeführt. Hingewiesen wird ohne weiteren Beleg nur darauf, dass man hier in der Linie des deutschen Rechts stehe. Der Wortlaut des Art. 38 Abs. 5 tVerf., wonach niemand zum *Vorlegen* eines Beweises gegen sich selbst gezwungen werden darf, bleibt ebenfalls völlig außer Acht.

Schlichtweg nicht überzeugend ist ferner das Zurückführen der Selbstbelastungsfreiheit auf die Unantastbarkeit der Persönlichkeit nach Art. 17 Abs. 1 tVerf., weil das tVerfG bis jetzt keinen Schutzzumfang für dieses Grundrecht entwickelt hat, unter dem die Selbstbelastungsfreiheit zu subsumieren wäre. Dasselbe gilt für den angeführten Fairnessgehalt dieses Rechts, den das tVerfG mit dem Verweis auf die Rechtsprechung des EGMR belegen möchte. Denn der Schutzzinhalt des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 36 Abs. 1 tVerf., den das tVerfG selbst angenommen und angewendet hat, ist nicht imstande, ein Recht auf Selbstbelastungsfreiheit zu begründen.

In Verbindung gebracht wird die Selbstbelastungsfreiheit des Weiteren mit dem Recht auf Verteidigung nach Art. 36 Abs. 1 tVerf. und der Unschuldsvermutung nach Art. 38 Abs. 4 tVerf.. Eine Untersuchung der höchstrichterlichen Rechtsprechung ergibt allerdings, dass das Verteidigungsrecht nach Art. 36 Abs. 1 tVerf. anerkannterweise lediglich zum Zweck der Wahrheitsfindung von einem Beschuldigten in Anspruch genommen werden darf. Eine negative Ausübung des Verteidigungsrechts, indem man sich einer Beweiserhebung entzieht, fällt nicht hierunter. Zwar gelangt der türkische Kassationsgerichtshof bei einer „weiten Auslegung“ zum Ergebnis, dass auch das Schweigerecht sowie die allgemeine Mitwirkungsfreiheit vom Verteidigungsrecht umfasst sind. Ungeklärt bleibt aber, wie sich diese Ableitung bei der genannten Zweckbestimmung vornehmen lässt. Ähnliche Unklarheiten lassen sich feststellen, wenn die höchstrichterliche Rechtsprechung aus der Beweislast der Anklagebehörde die Freiheit des Beschuldigten ableitet, sich zu verteidigen oder nicht. Bemerkenswert ist es in diesem Zusammenhang, dass der KGH bei seiner eigenen Beweiswürdigung auf Grundlage der Verfahrensakte im Revisionsverfahren den Zweifelgrundsatz zugunsten des Angeklagten als Beweisregel heranzieht.

Zur fehlenden verfassungsrechtlichen Begründung der Selbstbelastungsfreiheit werden in der Literatur zum einen Grundlagen – namentlich persönliche Autonomie, Willensfreiheit und Unschuldsvermutung – genannt, die allerdings ihrerseits verfassungsrechtlich unklare Begriffe darstellen. Zum anderen stellt ein Teil der Literatur überhaupt infrage, ob der Beschuldigte ein subjektives Recht auf Selbstbelastungsfreiheit hat. Diese Ansicht stammt zum Teil aus der Zeit vor der verfassungsrechtlichen Verankerung der Selbstbelastungsfreiheit in Art. 33 Abs. 4 tVerf. von 1961 sowie in Art. 38 Abs. 5 tVerf. von 1982. Zuletzt hat *Özgenç* die verfassungsrechtliche Schutzwürdigkeit der Interessen eines Beschuldigten infrage gestellt, sich nicht selbst zu belasten. Sein Ansatz von Gerechtigkeit, Sühne und

Wahrheitspflicht stellt sich bei näherer Betrachtung als sehr idealistisch und unter gewissen Aspekten undifferenziert dar.

Positivrechtliche Verankerung erfährt die Selbstbelastungsfreiheit zusätzlich durch Art. 14 Abs. 3 lit. g IPBPR sowie Art. 6 Abs. 1 EMRK. Allerdings haben diese menschenrechtlichen Grundlagen bis jetzt auf die Konkretisierung der Selbstbelastungsfreiheit keinen Einfluss genommen. Deutlicher ist dagegen die Wechselwirkung zwischen Art. 38 Abs. 5 tVerf. und § 124 Abs. 2 Satz 2 der tStPO von 2004. In der Literatur wird nämlich davon ausgegangen, dass der letztgenannten Vorschrift, so wie im deutschen Recht angenommen wird, die sogenannte Mitwirkungslehre zugrunde liegt. Allerdings stellt sich diese These bei näherer Betrachtung als unvollständig heraus, denn es besteht keine Klarheit darüber, ob § 124 Abs. 2 Satz 2 tStPO von 2004 lediglich ein Verbot der Zwangsanwendung vorsieht oder den Beschuldigten von einer Herausgabepflicht bei der Beschlagnahme ausnimmt. Mit der Mitwirkungsfreiheit und dem verfassungsrechtlichen Verbot des Selbstbelastungszwangs nach Art. 38 Abs. 5 tVerf. ist es ebenso wenig unvereinbar, dass nach § 81 Abs. 1 tStPO von 2004 die Erhebung einer Stimmprobe des Beschuldigten ohne Rücksicht auf die hierfür zu leistende aktive Mitwirkung und gegebenenfalls durch Zwangsanwendung durchgeführt werden kann. Auch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist die Anerkennung der Mitwirkungslehre kaum festzustellen. Klare Worte findet § 147 Abs. 1 lit. e tStPO von 2004 durch die Verankerung der Aussagefreiheit für den Beschuldigten bei einer Vernehmung. Rechtsdogmatisch ins Schwanken gerät die tStPO von 2004, wenn sie in § 50 Abs. 1 lit. c keine Trennung zwischen dem Beschuldigten und Zeugen macht und dadurch Gefahr läuft, gegen die verfassungsrechtlich verankerte Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 38 Abs. 5 tVerf. zu verstoßen. Hier wie bei der Auslegung des Beschuldigten- und Zeugenbegriffs hat die höchstrichterliche Rechtsprechung ihre Aufgabe vernachlässigt, eine gewisse Rechtssicherheit zu schaffen.

Die Folge der mangelhaften verfassungsrechtlichen Begründung, der defizitären Umsetzung in der tStPO von 2004 und der kaum erfolgten höchstrichterlichen Klärung der Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 38 Abs. 5 tVerf. ist ein äußerst unklarer Schutzzumfang dieses Grundrechts. Will das tVerfG dieses nur dem Beschuldigten als Aussageperson im Strafverfahren gewähren, so ist das mit dem Wortlaut des Art. 38 Abs. 5 tVerf. schlichtweg unvereinbar. Denn es steht jedermann, also auch einem Zeugen zu und stellt ihn nicht nur als Aussageperson von einer Mitwirkung frei, sondern auch als Gegenstand eines Sachbeweises. Dem tVerfG ist es offenbar nicht gelungen, die differenzierte Beurteilung über die Rechtsstellung eines Beschuldigten als Gegenstand eines Sachbeweises im Einklang mit dem verbotenen Zwang zum Vorlegen eines Beweises auszulegen. Dasselbe gilt auch für die Literatur, die teilweise eine ebenfalls mit dem Wortlaut des Art. 38 Abs. 5 tVerf. unvereinbare Auslegung der Selbstbelastungsfreiheit befürwortet, wonach die Erhebung einer Blutprobe verfassungswidrig sei.

Den verfassungsrechtlich gebotenen Schutz eines Beschuldigten bei der Vernehmung vor Ausübung des unmittelbaren tatsächlichen Zwangs sieht § 148 Abs. 1 und 2 tStPO von 2004 vor. Allerdings sind auch die verbotenen Vernehmungsmethoden dieser Vorschrift bis jetzt in der höchstrichterlichen Rechtsprechung kaum konkretisiert. Der Kassationsgerichtshof hat lediglich einige Methoden der Folter oder einer unmenschlichen oder erniedrigenden Misshandlung bei der Bestimmung der Strafbarkeit von Polizeibeamten in Betracht gezogen. Bei näherer Betrachtung seiner Rechtsprechung ergibt sich, dass die mangelhafte Konkretisierung des § 148 Abs. 1 und 2 tStPO von 2004 nicht nur auf die Nachweisschwierigkeiten, sondern auch auf die Unerheblichkeit einer konkreten Bezeichnung des tatsächlich auf den Beschuldigten angewendeten Aussagezwangs bei der Beweiswürdigung des KGH im Revisionsverfahren zurückzuführen ist.

Vor einer unmittelbaren rechtlichen Zwangsausübung ist der Beschuldigte geschützt, wenn er schweigt. Denn sein Schweigen ist weder ein strafbewehrtes Verhalten noch zieht es prozessuale Zwangsmittel nach sich. Dasselbe gilt für seine Falschaussagen, wobei § 50 Abs. 1 lit. c unter Umständen einen Beschuldigten als Zeugen in eigener Sache behandelt und ihn dadurch der Strafdrohung des § 272 tStGB von 2004 unterstellt. Zwar kommt ihm auch hier der verfassungsrechtliche Schutz von Art. 38 Abs. 5 tVerf. zugute. Bedauerlich ist aber, dass dies bis jetzt in der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht klargestellt wurde. Dagegen hat diese mehrfach festgestellt, dass ein sogenanntes unkooperatives Aussageverhalten des Beschuldigten bei der Strafzumessung nicht zu seinem Nachteil gewürdigt werden darf, da er nach § 147 Abs. 1 lit. e tStPO von 2004 das Recht auf Schweigen hat. Bei näherer Betrachtung der höchstrichterlichen Rechtsprechung ergibt sich allerdings, dass sie kein durchgehendes Verbot einer mittelbaren rechtlichen Zwangsausübung kennt. Denn sie beanstandet nicht, dass ein solches Verhalten als belastendes Indiz einer Verurteilung zugrunde gelegt wird. Der KGH weist in diesem Zusammenhang lediglich darauf hin, dass das Schweigen mit einem Geständnis nicht gleichgestellt werden darf. Im Übrigen kategorisiert er selbst die Einlassungen eines Beschuldigten als „teilweises/indirektes/ausweichendes oder umdeutendes Geständnis“. Ebenfalls verwertet der KGH bei seiner eigenen Beweiswürdigung im Revisionsverfahren das zeitweise Schweigen eines Beschuldigten im Regelfall zu seinem Nachteil, da er dadurch Zeit gewinne, sich eine Schutzbehauptung auszudenken, oder ein verspätetes Alibi stets den Zweck habe, der Strafe zu entkommen.

Ebenso wenig hat der KGH in seiner bisherigen Rechtsprechung einen Umgehungsschutz bei den verdeckten Abschöpfungen des Tatwissens des Beschuldigten anerkannt. Das tVerfG äußerte in einer Entscheidung von 1971 rechtliche Zweifel lediglich gegen den Beweiswert von Tonbandaufnahmen, die verdeckt erlangte Beschuldigenaussagen enthielten. Gegen die Zulässigkeit ihrer Verwertung brachte es keinen Einwand. Eine ausdrückliche Absage erhielt das Schweigerecht bei verdeckten Abschöpfungen erst durch Ausnahme- und Militärgerichte in den 70er-

Jahren. Dieses Recht gelte lediglich bei einer offenen Vernehmung, und verdeckte Ermittlungsmethoden seien „normal und unvermeidbar“. In seiner aktuellen Rechtsprechung vermeidet der KGH eine Auseinandersetzung mit solchen Methoden, weil die Aussagefreiheit eines Beschuldigten dadurch umgangen werden kann, dass der Kassationsgerichtshof Ergebnisse verdeckter Ermittlungsmethoden durch Beweissurrogate bei seiner eigenen Beweiswürdigung im Revisionsverfahren verwertet.

Die praktische und rechtliche Unwirksamkeit der Aussagefreiheit des Beschuldigten zeigt sich auch bei den Informationsrechten bei der polizeilichen Vernehmung. Zwar ist er über die gegen ihn erhobenen Beschuldigungen (§ 147 Abs. 1 lit. b tStPO von 2004), seine Aussagefreiheit (§ 147 Abs. 1 lit. e tStPO von 2004) sowie das Recht auf Beistand durch einen Verteidiger seiner Wahl (§ 147 Abs. 1 lit. c tStPO von 2004) zu belehren, während die tStPO von 2004 keine Belehrung über die Möglichkeit, einen Rechtshilfeverteidiger zu bestellen (§ 150 Abs. 1) oder einen Pflichtverteidiger nach Maßgaben des § 150 Abs. 2 und 3 beigeordnet zu erhalten, vorsieht. In der Polizeipraxis werden allerdings die Belehrungspflichten dadurch umgangen, dass unter „Vernehmung“ ein formeller und schriftlicher Vorgang verstanden wird und ein Beschuldigter zuvor „formlos und mündlich“ befragt wird. Auch bei der „tatsächlichen“ Vernehmung erfolgen die Belehrungen in der Regel nicht mündlich, sondern durch das Unterschreiben eines vom Vernehmungsbeamten ausgefüllten Vordrucks. Der Kassationsgerichtshof hat diese Praxis nie bemängelt oder Verstöße gegen die Belehrungspflichten mit einem Verwertungsverbot belegt, das von der überwiegenden Mehrheit in der Literatur vergeblich gefordert wird. Im Gegenteil: Der KGH verwertet auch hier alle „Dokumentenbeweise“ bei seiner eigenen Beweiswürdigung im Revisionsverfahren auf Basis der Akten ungeachtet der Frage, ob bei der Erhebung dieser Beweise im konkreten Fall die Rechte des Beschuldigten verletzt wurden.

Unter einer weitgehenden Missachtung in der Praxis und in der höchstrichterlichen Rechtsprechung leidet auch das Recht auf Verteidigerbeistand bei der polizeilichen Vernehmung nach § 147 Abs. 1 lit. c tStPO von 2004. Nach empirischen Untersuchungen ist es bei der Polizei ziemlich unbeliebt, und seine Ausübung ist immer wieder Täuschungsstrategien ausgesetzt. Besteht der Beschuldigte auf die Konsultation eines Verteidigers seiner Wahl, so können die Ermittlungsorgane einen Rechtshilfeverteidiger bestellen, von dem im Regelfall vermutet wird, für die Ermittlungsarbeit „nicht hinderlich“ zu sein. Auch hier erfüllt die Konsultation eines Verteidigers nicht immer ihren Zweck. Denn die Ermittlungsorgane haben durch die verbreitete Praxis der sogenannten informellen mündlichen Befragung stets die Möglichkeit, die Ausübung dieses Rechts unwirksam zu machen. Eine höchstrichterliche Auseinandersetzung mit dieser Praxis ist bisher nicht erfolgt. Dies ist umso erstaunlicher, weil Aussagen eines Beschuldigten, die ohne einen Verteidigerbeistand gemacht wurden, nach § 148 Abs. 4 tStPO von 2004 unverwertbar sind, solange er ihrer Verwertung später nicht zustimmt. Über die Reichweite des Rechts auf Verteidigerbeistand nach § 147 Abs. 1 lit. c tStPO von 2004 lassen sich bisher

nur in der Literatur Ausführungen finden. Diese fordert etwa die Unterbrechung der polizeilichen Vernehmung, sobald der Beschuldigte den Wunsch äußert, einen Verteidiger konsultieren zu wollen. Ein weiterer und streitiger Aspekt dieses Rechts in der Literatur ist der Umfang des Anwesenheitsrechts des Verteidigers nach § 147 Abs. 1 lit. c tStPO von 2004 bei der polizeilichen Vernehmung.

Wie oben bereits mehrmals festgestellt, hat die Revisionsprüfung des Kassationsgerichtshofs, die auf Grundlage der Verfahrensakten auch in tatsächlicher Hinsicht erfolgt, einen entscheidenden Einfluss auf die konkrete Reichweite der einzelnen Aspekte der Aussagefreiheit bei der polizeilichen Vernehmung. Im Ergebnis entzieht sich der KGH allerdings nicht nur der Aufgabe, dieses Recht auszulegen, er lässt darüber hinaus alle Verstöße dagegen prozessrechtlich ungeahndet und trägt dadurch zur Aufrechterhaltung mehrerer rechtswidriger Umstände in der Praxis bei. Dieses Vorgehen lässt sich mit der absoluten Beweisverbotslehre des Art. 38 Abs. 6 tVerf. und des § 217 Abs. 2 tStPO von 2004 schlichtweg nicht vereinbaren, wonach alle Beweisergebnisse von der richterlichen Beweiswürdigung auszuschließen sind, die aus einem rechtswidrig erhobenen Beweismittel herrühren. Die Geltung dieser Vorschriften und ihre Auslegung sind in der bisherigen Entscheidungspraxis des KGH völlig unsicher. Dieser Umstand entzieht sich jeglicher rechtsdogmatischen Erklärung. Hier wäre eine rechtstheoretische Analyse der Bedeutung des Rechts und seiner Bindungskraft für die Richterschaft erforderlich, die den Gegenstand der vorliegenden Arbeit übersteigt.

Im Ergebnis erkennt der KGH in völliger Verkennung der verfassungs- und einfachgesetzlichen Vorschriften kein Verwertungsverbot für Aussagen an, die unter Verstoß gegen den Schutz vor Aussagezwang (siehe auch § 148 Abs. 3 tStPO von 2004), Umgehungsverbot und Ergänzende Schutzrechte (siehe auch § 148 Abs. 4 tStPO von 2004) erlangt wurden. Diese Rechtslage folgt aus einer in der Revisionsprüfung des KGH auf Basis der Akten ebenfalls absolut verstandenen Beweismitteil- und Beweiswürdigungsfreiheit.

Kapitel 5

Rechtsvergleich

I. Die EMRK als Vergleichsmaßstab

A. Mindeststandards eines gemeineuropäischen Strafrechts

Die EMRK enthält in erster Linie völkerrechtliche Verpflichtungen von Vertragsstaaten. Diese stellen ein Verfassungsinstrument dar, weil die EMRK den einzelnen Personen einklagbare Rechte und Garantien gewährt.¹ Die Funktionsweise des Schutzsystems der EMRK und die Inter-partes-Bindung der Entscheidungen gegenüber dem verurteilten Vertragsstaat wurden bereits oben erörtert (siehe auch § 359 Nr. 6 StPO).² Abgesehen davon konkretisiert der EGMR durch seine Rechtsprechung in einzelnen Fällen die Konventionsrechte und -freiheiten. Hieraus lassen sich konventionsrechtliche Vorgaben entnehmen, die fallübergreifend und abstrakt den Schutzzumfang einzelner Konventionsrechte und -garantien darstellen. In diesem Zusammenhang ist mittlerweile einhellig anerkannt, dass dem Case Law des EGMR die Leitfunktion eines gesamteuropäischen Strafrechts zukommt,³ indem es seine Mindeststandards vorgibt.⁴

Die Rechtsprechung des EGMR wurde oben hinsichtlich des allgemeinen und besonderen Gegenstands dieser Arbeit, nämlich der Begründung der Selbstbelastungsfreiheit und der Reichweite der Aussagefreiheit des Beschuldigten bei der polizeilichen Befragung, eruiert. Hieraus lassen sich insbesondere für die Aussagefreiheit konkrete Vorgaben ableiten.

Die Umsetzung dieser Vorgaben in deutsches und türkisches Recht führt zur Frage der Geltung der EMRK in den beiden Rechtsordnungen, auf die sogleich eingegangen wird. Anschließend werden die Ziele der vorliegenden Arbeit hinsichtlich der vertikalen Rechtsvergleichung in folgender Weise umgesetzt: Es werden Gemeinsamkeiten und Unterschiede bei der Begründung der Selbstbelastungsfreiheit in den drei Rechtsordnungen aufgezeigt. Im Vordergrund wird die Herausarbeitung einer

¹ Vgl. *Gaede*, S. 61; *Peters/Altwickler*, S. 13 ff. Rn. 9 ff.

² Siehe oben Kap. 2, I.A und B.

³ Vgl. *Krausbeck*, S. 36; *Ambos*, S. 403 Rn. 8; *Peukert*, Art. 6 Rn. 2; *Harris* u.a., S. 6; *Beulke*, S. 7 Rn. 9c; *Volk*, S. 16 Rn. 20; *Eisele*, JR 2004, 14; *Jung*, GA 2003, 202; *Esser*, *StraFo* 2003, 335; *Pache*, *NVwZ* 2001, 1343; *Trechsel*, 23. Strafverteidigertag, S. 30 f.; *Renzikowski*, FS für Roxin, S. 1342.

⁴ *Peters/Altwickler*, S. 11 Rn. 1; *Esser*, *StV* 2005, 353; *Ambos*, *NStZ* 2002, 628 f.

Schnittmenge der gemeinsamen Begründungsansätze stehen. Im Besonderen wird geprüft, ob, und wenn ja, inwiefern das deutsche und türkische Strafverfahrensrecht mit den Vorgaben der EMRK bezüglich der Aussagefreiheit des Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung vereinbar sind. In diesem Zusammenhang werden die bereits erzielten Erfolge bei ihrer Umsetzung ins jeweilige nationale Recht sowie die offenkundigen Defizite herausgearbeitet. Schließlich werden die Ergebnisse der Strukturanalyse zwischen deutschem und türkischem Recht dargelegt.⁵

B. Geltung der EMRK in den zu vergleichenden Rechtsordnungen

1. Deutsches Recht

Die h.M. in Rechtsprechung und Literatur geht davon aus, dass die EMRK ein einfaches Bundesgesetz ist (vgl. Art. 59 Abs. 2 GG),⁶ das unmittelbar anwendbar ist und kein Transformationsgesetz benötigt.⁷ Ebenso besteht Einigkeit dahingehend, dass die EMRK in der besonderen Auslegung anzuwenden ist, die sie durch den EGMR erhält (vgl. Art. 20 Abs. 3 GG).⁸ Einen Verfassungsrang hat die EMRK somit nicht. Sie hat dennoch am Grundrechtsschutz des GG teil, indem bei der Konkretisierung des GG die Rechtsprechung des EGMR berücksichtigt wird.⁹ Nicht vollständig geklärt ist demgegenüber die Frage nach den Kollisionsregeln hinsichtlich der EMRK im Einzelnen.¹⁰ Grundsätzlich wird vom faktischen Vorrang der EMRK ausgegangen, weil sich die anderen Gesetze im Regelfall konventionskonform auslegen lassen.¹¹

Allerdings wird in der Literatur bemängelt, dass die EMRK und die Rechtsprechung des EGMR im deutschen Recht wenig Beachtung finden, weil angenommen

⁵ Zu Zielen und Methoden der Arbeit siehe ausführlich oben Kap. 1, III. und IV.

⁶ BVerfGE 111, 307, 317; BGHSt 46, 178, 186; so auch die h.M. im Schrifttum *Meyer-Ladewig*, Art. 1 Rn. 4; *StK-GG-von Coelln*, Vor. Rn. 23; *Beulke*, S. 5 Rn. 9; *Volk*, S. 174 Rn. 10; *Eidam*, S. 31; *Guder*, S. 105; *Eisenhardt*, S. 145; *Herbst*, S. 204; *Weigend*, StV 2000, 387; *Kühne*, StV 2001, 74; *Frister*, StV 1998, 159; *Ambos*, NStZ 2002, 629; *Krausbeck*, S. 33; *Dörr*, S. 91; *Steiner*, S. 34; *Gruber*, S. 95; *Mahlstedt*, S. 107; *Mäder*, S. 61 Fn. 80; *Weiß*, JZ 1998, 296; *Jahn*, JuS 2000, 443; *Eisele*, JR 2004, 13; *Schuler*, JR 2003, 268; m.w.N. LR-StPO-Esser, Einf. Rn. 85 Fn. 171.

⁷ LR-StPO-Esser, Einf. Rn. 85; *Eidam*, S. 31; *Steiner*, S. 34.

⁸ BVerfG NJW 2004, 3407; BGHSt 51, 150, 156; BGHSt 45, 321, 328 f.; *Ambos*, NStZ 2002, 629; *Kempf*, StV 1999, 129.

⁹ BVerfGE 111, 307, 317; LR-StPO-Esser, Einf. Rn. 87 f.; *Krausbeck*, S. 33; *Rzepka*, S. 127; *Mahlstedt*, S. 107; GG-Sodan, Art. 1 Rn. 31; *Brunnhöber*, ZIS 12/2010, 762 ff.

¹⁰ Vgl. BGHSt 46, 178 ff.; *Krausbeck*, S. 34 Fn. 34; *Rzepka*, S. 127; *Weigend*, StV 2000, 387.

¹¹ Vgl. *Beulke*, S. 6 Rn. 9; *Roxin/Schünemann*, S. 17 Rn. 16; *Volk*, S. 174 Rn. 10; *Kühne*, StV 2001, 74; *Ransiek*, S. 4.

wird, dass das nationale Recht diese in der Sache übertreffe¹² und insbesondere die Rechtsprechung des EGMR sehr einzelfallorientiert und daher für eine fallübergreifende Anwendung nicht geeignet sei.¹³ Diese Kritik dürfte inzwischen Gehör gefunden haben, weil ein Anpassungsbedarf an die EMRK eingeräumt¹⁴ und die Rechtsprechung des EGMR durch die innerstaatlichen Gerichte zunehmend berücksichtigt wird.¹⁵ Dies lässt sich im Strafverfahrensrecht insbesondere bei der Würdigung der Tatprovokation,¹⁶ des Fragerechts des Beschuldigten¹⁷ und nicht zuletzt bei der Aussagefreiheit des Beschuldigten¹⁸ feststellen.¹⁹

2. Türkisches Recht

Auch im türkischen Recht gilt die EMRK nach Art. 90 Abs. 5 tVerf. als einfaches Gesetz.²⁰ Art. 90 Abs. 5 tVerf. regelt außerdem den Kollisionsfall zwischen völkerrechtlichen Verträgen, die Bestimmungen über Grundrechte und -freiheiten enthalten, und einfachen Gesetzen, die denselben Regelungsbereich haben, aber abweichend sind.²¹ In solchen Fällen hat die EMRK nach Art. 90 Abs. 5 tVerf. stets Vorrang.

Ein Verfassungsrang lässt sich für die EMRK aus Art. 90 Abs. 5 tVerf. nicht entnehmen. Sie trägt allerdings zu der Konkretisierung des Grundrechtsschutzes der tVerf. unmittelbar bei. Denn erstens schreibt Art. 2 tVerf. als allgemeiner Verfassungsgrundsatz vor, dass der Staat die Menschenrechte respektiert.²² Zweitens kann die individuelle Verfassungsklage nach Art. 148 Abs. 3 auf die Verletzung eines Grundrechts oder einer Grundfreiheit durch die öffentliche Gewalt gestützt werden, die gleichzeitig in der EMRK enthalten sind. Dementsprechend spricht das

¹² Vgl. *Krausbeck*, S. 2 f.; *Guder*, S. 101; *Gaede*, FS für Fezer, S. 32; *Eisele*, JR 2004, 12; *Weigend*, StV 2000, 385.

¹³ Vgl. *Gaede*, HRSS 7/2006, 246 f.

¹⁴ Vgl. *Kühne*, StV 2001, 74; *Esser*, StraFo 2003, 343; *Guder*, S. 101.

¹⁵ *Lubig/Sprenger*, ZIS 9/2008, 433; *Guder*, S. 104; *Weigend*, StV 2000, 384 f.

¹⁶ Hierzu siehe *Krausbeck*, S. 3 Fn. 9; *Roxin/Schünemann*, S. 16 Rn. 13.

¹⁷ Stellvertretend BGHSt 51, 150 ff.

¹⁸ Hierzu siehe oben Kap. 3, II.B.4.b)aa).

¹⁹ Eingehend zur Berücksichtigung der EMRK und der Entscheidungen des EGMR durch den BGH *Guder*, S. 132 ff.; siehe auch *Roxin/Schünemann*, S. 17 Rn. 17; *Eisele*, JR 2004, 12 ff.

²⁰ YCGK Urt. v. 25.05.2005 E. 2005/7-24 K. 2005/56, YKD 31/2005, S. 1279; YCGK Urt. v. 12.03.1996 E. 1996/6-2 K. 1996/33 (kazancı); *Tezcan/Erdem/Sancakdar*, S. 121; *Kaşıkara*, S. 77; *Karakehya*, S. 30; *İnceoğlu*, Anayasa ve İnsan Hakları, S. 8; vgl. *Gözübüyük/Gölcüklü*, S. 21 Rn. 44.

²¹ Zur Auslegung dieser Kriterien siehe 2. YCD Entsch. v. 16.06.2011 E. 2009/48524 K. 2011/13291 (kazancı); YCGK Urt. v. 24.05.2005 E. 2005/7-24 K. 2005/56, YKD 31/2005, S. 1284.

²² AYM Entsch. v. 29.01.1980 E. 1979/38 K. 1980/11, R.G. v. 15.05.1980 – 16989.

tVerfG von einem „gemeinsamen Schutzbereich“ der tVerf. und der EMRK.²³ Es stellt sich die Frage, ob eine solche unmittelbare Bindung an die EMRK diese nicht zum Verfassungsrang anhebt.

In der höchstrichterlichen Rechtsprechung erfolgt die Berücksichtigung der EMRK nicht einheitlich. Während die innerstaatlichen Gerichte die EMRK in einigen Fällen völlig unabhängig von der teilweise widersprechenden Rechtsprechung des EGMR eigenständig²⁴ und im Fall einer Gesetzeslücke zugunsten des Beschuldigten auslegten,²⁵ verwiesen sie in anderen Fällen lediglich pauschal auf die Rechtsprechung des EGMR,²⁶ wie es auch im Hinblick auf das Verbot des Selbstbelastungszwangs nach Art. 38 Abs. 5 tVerf. der Fall ist.²⁷ In weiteren Fällen übernahm sie die entsprechende Rechtsprechung des EGMR vollständig.²⁸ Somit lässt sich feststellen, dass die innerstaatlichen Gerichte dabei sehr opportun vorgehen und eine Rechtsprechung des EGMR insbesondere erst dann in Betracht ziehen, wenn ihre eigenen Entscheidungen bereits mehrmals von Straßburg gerügt worden sind.²⁹

Auch in der Rechtswirklichkeit wird die EMRK teilweise chronisch missachtet. Dies belegen nicht zuletzt die Statistiken des EGMR, nach denen die meisten Verurteilungen seit Gründung des EGMR im Jahre 1959 bis ins Jahr 2013 gegen die

²³ AYM VerfKlg. v. 26.03.2013 Nr. 2012/1049; AYM VerfKlg. v. 02.10.2013 Nr. 2013/1613.

²⁴ So etwa die Befreiung des Beschuldigten von den Kosten einer gesetzlich obligatorischen Pflichtverteidigerbeordnung nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK, 6. YCD Entsch. v. 23.09.2013 E. 2011/304 K. 2013/18259 (kazanci); 2. YCD Entsch. v. 16.06.2011 E. 2009/48524 K. 2011/13291 (kazanci); 9. YCD Entsch. v. 07.12.2010 E. 2008/19581 K. 2010/12260 (kazanci); vgl. AYM Entsch. v. 12.03.2009 E. 2007/43 K. 2009/51, R.G. v. 03.10.2009 – 27365, die mit dieser Rechtsprechung im Widerspruch steht, ohne dies klarzustellen; vgl. *İnceoğlu*, Anayasa ve İnsan Hakları, S. 9.

²⁵ So etwa die Befreiung des der türkischen Sprache nicht mächtigen oder taubstummen Beschuldigten von Dolmetscherkosten nach Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK 6. YCD Entsch. v. 28.20.2003 E. 2002/18686 K. 2003/7692, YKD 40/2004, S. 1146 f.; 9. YCD Entsch. v. 08.11.2001 E. 2001/2125 K. 2001/2765 (kazanci); 6. YCD Entsch. v. 20.11.1995 E. 1995/11619 K. 1995/12124, YKD 22/1996, S. 304; siehe auch *Dönmezer*, Kunter Armağanı, S. 67.

²⁶ Im Hinblick auf das Recht auf Zugang zu einem Gericht nach Art. 36 tVerf., AYM Entsch. 06.11.2008 E. 2004/95 K. 2008/156, R.G. v. 29.01.2009 – 27125; AYM Entsch. v. 28.03.2002 E. 2001/5 K. 2002/42, R.G. v. 05.09.2002 – 24867.

²⁷ Hierzu siehe oben Kap. 4, II.B.2.

²⁸ AYM Entsch. v. 16.06.1992 E. 1992/8 K. 1992/39 R.G. v. 06.10.1992 – 21367; AYM Entsch. v. 20.10.2011 E. 2011/54 K. 2011/142, R.G. v. 29.12.2011 – 28157; AYM Entsch. v. 12.05.2011 E. 2009/31 K. 2011/77, R.G. v. 23.07.2011 – 2800; AYM VerfKlg. v. 13.06.2013 Nr. 2013/757; AYM VerfKlg. v. 02.07.2013 Nr. 2012/13; YCGK Urt. v. 03.03.2009 E. 2009/3-21 K. 2009/46 (kazanci).

²⁹ Etwa Nichtüberreichung der Stellungnahme der Generalstaatsanwaltschaft an den Beschuldigten im Revisionsverfahren, YCGK Urt. v. 23.09.2008 E. 2008/9-195 K. 2008/209 (kazanci); YCGK Urt. v. 30.10.2007 E. 2007/6-209 K. 2007/216 (kazanci); siehe auch 8. YCD Entsch. v. 23.05.2012 E. 2009/7316 K. 2012/17738 (kazanci).

Türkei ergangen sind.³⁰ Hierzu gehören insbesondere zahlreiche Verurteilungen wegen Verstößen gegen das Folter- und Misshandlungsverbot nach Art. 3 EMRK bei der polizeilichen Vernehmung eines Beschuldigten, die nach dem langjährigen türkischen Richter *Gölcüklü* am EGMR insbesondere Fälle aus dem Südosten des Landes betrafen und der Türkei in Straßburg ein sehr schlechtes Ansehen beschernten.³¹ *Çağlar*, der eine lange Zeit die türkische Regierung in Straßburg vertrat und 1997 sein Mandat aus Protest niederlegte, machte dabei darauf aufmerksam, dass die hohe Anzahl der Verurteilungen auf den falschen Ansatz zurückzuführen ist, dass man Entschädigungen zahlen, die Verstöße aber weiter fortsetzen würde.³² Zwar ist aktuell bei den Statistiken des EGMR von 2013 eine Verbesserung insbesondere hinsichtlich der Verurteilungen wegen Folter und Misshandlungen zu verzeichnen; die Türkei war dennoch nach Russland der am zweithäufigsten verurteilte Vertragsstaat im Jahre 2013.³³

II. Entwicklung und Begründung der Selbstbelastungsfreiheit

A. Strukturelle Unterschiede im deutschen und türkischen Strafverfahrensrecht

Sowohl dem deutschen als auch türkischen³⁴ Strafverfahrensrecht liegt das Bild des reformierten Inquisitionsverfahrens zugrunde. Im Übrigen war die tStPO von 1929 in ihren überwiegenden Bestimmungen eine exakte Übersetzung der dStPO i.d.F. vom 1926.³⁵ Der beachtliche Einfluss der dStPO auf das türkische Strafverfahrensrecht setzte sich auch bei den vorbereitenden Arbeiten der tStPO von 2004 fort.³⁶ Allerdings nimmt die tStPO in ihrer konkreten Umsetzung durch die türkische Strafgerichtsbarkeit und der Auslegung in der türkischen Strafrechtsliteratur eine völlig andere Gestalt an als die dStPO im deutschen Strafverfahrensrecht. Während der türkische Kassationsgerichtshof in seiner derzeitigen Funktionsweise

³⁰ http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2013_ENG.pdf [Stand: 03.05.2014].

³¹ *Milliyet v.* 04.11.1997, S. 6.

³² http://www.zaman.com.tr/gundem_turkiyeye-avukat-dayanmiyor_480239.html [Stand: 04.05.2014].

³³ http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_2013_ENG.pdf [Stand: 03.05.2014].

³⁴ Bericht des Rechtsausschusses, *Şahin*, Gazi Şerhi, S. 74.

³⁵ *Gürelli*, *Annales* 45/1983, 148 f.; *Rumpf*, S. 152.

³⁶ *Kühnel/Öztürk*, Das deutsche Recht als Exportgut, S. 39; *Ünver*, Das türkische Strafrecht, S. 317.

keine Rechtsfortbildung betreibt³⁷ und sich die türkische Strafrechtswissenschaft zum großen Teil des Rechtsvergleichs, und zwar überwiegend mit dem deutschen Recht, widmet,³⁸ liegt im deutschen Strafverfahrensrecht eine ausgedehnte und gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung sowie eine lebhaft wissenschaftliche Debatte über die einzelnen Fragen der Selbstbelastungsfreiheit einschließlich der Aussagefreiheit des Beschuldigten bei der polizeilichen Befragung vor. Diese strukturellen Unterschiede im Strafverfahren der beiden Rechtsordnungen führen trotz der intensiven Einflüsse des deutschen Strafverfahrensrechts auf das türkische, die offenkundig jedoch über die Grenzen der türkischen Gesetzgebung und Literatur nicht hinausgehen, zu enormen Abweichungen hinsichtlich des konkreten Schutzzumfangs der Aussagefreiheit in der Rechtsstatsächlichkeit beider Länder, auf deren Einzelheiten weiter unten eingegangen wird.

B. Besonderheiten der Rechtsprechung des EGMR

Auf die Bestimmung des konventionsrechtlichen Schutzzumfangs der Aussagefreiheit übt die sogenannte Gesamtbetrachtungs- und Beurteilungslehre des EGMR Einfluss aus.³⁹ Bei näherer Betrachtung ergibt sich aus seinem Case Law außerdem, dass dabei der Charakter der Selbstbelastungsfreiheit als implizit durch Art. 6 Abs. 1 EMRK gewährtes Menschenrecht eine gewichtige Rolle spielt. Dies führt einerseits zu einem engen Verständnis der Selbstbelastungsfreiheit dahingehend, dass nicht jede ihrer in den nationalen Rechtsordnungen bekannten Ausprägungen auch vom EGMR mit dem Rang eines Menschenrechts anerkannt wird. Das lässt sich etwa bei der konventionsrechtlichen Zulässigkeit der nachteiligen Verwertung des Beschuldigtenschweigens konstatieren.⁴⁰ Zum anderen erweist sich die konventionsrechtliche Selbstbelastungsfreiheit gegenüber den öffentlichen Interessen als relativ fest, soweit der EGMR von einer Kerngarantie des Menschenrechts der Selbstbelastungsfreiheit ausgeht.⁴¹

Darüber hinaus muss darauf hingewiesen werden, dass die Rechtsprechung des EGMR bezüglich der konventionsrechtlichen Selbstbelastungsfreiheit mittlerweile auf gut 20 Jahre zurückblicken kann. Dabei ist ein beachtliches Fallrecht entstanden, das vom EGMR in letzter Zeit etwa durch Anerkennung der Belehrungspflichten bei der polizeilichen Vernehmung in der Manier eines nationalstaatlichen Obersten

³⁷ Siehe oben Kap. 4, VI.A.3.

³⁸ Siehe oben Kap. 4, I.D.

³⁹ Hierzu etwa EGMR *Pishchalnikov* ./ *RU* Ur. v. 24.09.2009 § 64.

⁴⁰ Siehe etwa stellvertretend EGMR *John Murray* ./ *GB* Ur. v. 28.09.1995 §§ 47 ff.

⁴¹ EGMR *Jalloh* ./ *DE* Ur. v. 11.07.2006 § 97.

Gerichtshofs weiter konkretisiert wird.⁴² Die jetzige Entwicklung zeigt, dass der EGMR dadurch der nationalen höchstrichterlichen Rechtsprechung, die konkretere und spezifischere Vorschriften einer nationalen Strafprozessordnung auszulegen hat, ernsthafte Konkurrenz machen kann. Dies trifft im Hinblick auf die vorliegende Arbeit auch auf die höchstrichterliche Rechtsprechung der deutschen Gerichte zu. In Zukunft scheint es unumgänglich zu sein, die Rechtsprechung des BGH bezüglich der Belehrungspflichten oder des Rechts auf Verteidigerbeistand bei der polizeilichen Vernehmung sorgfältig mit der des EGMR abzustimmen. Der türkische Kassationsgerichtshof ist allerdings mit seiner derzeitigen Ausrichtung von einer solchen Anpassung weit entfernt. Erforderlich ist ein Mentalitätswechsel. Die Richter des KGH müssen sich stärker mit der Rechtsauslegung und -fortbildung beschäftigen, als nur Akten abzuarbeiten.⁴³

Eine solche ausgedehnte und spezifische Rechtsprechung über die konventionsrechtliche Selbstbelastungsfreiheit ist umso erstaunlicher, wenn man sich vor Augen führt, dass diese in der Konvention anfangs nicht ausdrücklich geregelt wurde und auch spätere Versuche zu einer Aufnahme in die EMRK gescheitert sind. Im Übrigen zeigte sich die Europäische Kommission in den 1960er-, 70er- und 80er-Jahren sehr zurückhaltend,⁴⁴ was die Anerkennung der Selbstbelastungsfreiheit sowie den konventionsrechtlichen Schutz der Aussagefreiheit des Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung anbelangte. Der Gerichtshof hat, wie oben dargelegt, diese Rechtslage grundlegend geändert.

C. Historische Entwicklung

Im Gegensatz zur EMRK betrifft die historische Entwicklung der Selbstbelastungsfreiheit im deutschen und türkischen Recht eine relativ lange Zeitspanne und weist Besonderheiten der rechtspolitischen Gegebenheiten des jeweiligen Landes auf.

1. Mittelalter

Das Strafverfahren in den deutschen Ländern des Mittelalters war inquisitorisch und ließ als Beweismittel das Geständnis des Beschuldigten zu, das gegebenenfalls durch Folter zu erlangen war.⁴⁵ Im Osmanischen Reich war das Strafverfahren dagegen akkussatorisch. Nach der klassischen Auslegung des Schariastrafverfahrensrechts

⁴² EGMR *Panovits ./CY* Urte. v. 11.12.2008 § 74; EGMR *Aleksandr Zaichenko ./RU* Urte. v. 18.02.2010 §§ 52 ff.; EGMR *Navone und andere ./FR* Urte. v. 24.10.2013 §§ 74 ff.

⁴³ Vgl. Kühne/Öztürk, Das deutsche Recht als Exportgut, S. 40.

⁴⁴ Hierzu siehe etwa EKMR *AT ./IT* Bericht v. 30.03.1968 § 153; EKMR *H.H ./AT* Entsch. v. 05.10.1974 Recht; EKMR *X. ./DE* Beschw. 4483/70 Entsch. v. 12.07.1971 in: C&D 38/1972 S. 77 ff.

⁴⁵ *Hähnchen*, S. 272 Rn. 579; *Plöger*, S. 67 ff.

galt grundsätzlich die Geständnisfreiheit. Diese etablierte sich bereits im 11. und 12. Jahrhundert und basierte auf einer materiellen und einer prozessualen Begründung.⁴⁶

Bemerkenswerterweise ist die Folter auch im osmanischen Strafverfahrensrecht spätestens seit dem 15. Jahrhundert rechtlich geregelt und ausnahmsweise zugelassen worden, um des Diebstahls verdächtige Personen zu verfolgen.⁴⁷ Auch wenn gründliche Untersuchungen über den konkreten Umfang der Folteranwendung in der osmanischen Gerichtspraxis fehlen, lässt sich dennoch feststellen, dass das osmanische Strafverfahrensrecht das etablierte Inquisitionsverfahren mit Folteranwendung wie im Deutschland des Mittelalters nicht kannte.

2. Reformen im 19. Jahrhundert

Ein Umbruch im osmanischen Recht erfolgte allerdings, als im 19. Jahrhundert „weltliche“ Ordnungsgerichte eingeführt wurden, die nicht an die Verfahrensregeln des Schariastrafverfahrensrechts gebunden und inquisitorisch waren. Außerdem lösten sie dessen Beweisrecht einschließlich der Lehre der Geständnisfreiheit nach der klassischen Lehre ab und verfuhrten nach dem Prinzip der Beweismittel- und Beweiswürdigungsfreiheit. Infolgedessen stellten sich die Fragen des Beweiswerts eines erzwungenen Geständnisses oder des Aussageverhaltens eines Beschuldigten, bei denen dem Beschuldigten keine Selbstbelastungsfreiheit zugutekam. Das nun entsprechend dem Inquisitionsprinzip auch polizeilich geführte Verhör kannte ebenso wenig die Aussagefreiheit des Beschuldigten.⁴⁸

Der Wandel im Strafverfahren nahm in Deutschland im 19. Jahrhundert eine eher umgekehrte Richtung. Durch die dStPO aus dem Jahre 1877 war das Strafverfahren nicht mehr rein inquisitorisch. Die Garantien eines akkusatorischen Strafverfahrensrechts in der dStPO, insbesondere bei der Vernehmung des Beschuldigten nach § 136 dStPO a.F., verbesserten seine Rechtsstellung beachtlich und bildeten das erste Fundament des Nemo-tenetur-Grundsatzes im deutschen Strafverfahrensrecht.⁴⁹

Dazu hat im osmanischen Strafverfahren die Übernahme des französischen *Code d'instruction criminelle* aus dem Jahre 1879 nicht geführt, obwohl das französische Gesetz sowohl der dStPO aus dem Jahre 1877 als auch der oStPO aus dem Jahre 1879 zugrunde lag. Dies ist wohl darauf zurückzuführen, dass die Rezeption der

⁴⁶ Hierzu siehe etwa *Johansen*, ZDMG 1977, 484; *ders.*, Die Welt des Islams 1979, 46; *ders.*, *ius commune* 2001, 4 ff. und 27 f.; *Heyd*, S. 244 f.

⁴⁷ Siehe etwa Art. 1 ff. 1493 des *Siyâsetnâme* über die Provinz Aydın (Aydın Eli *Siyâsetnâmesi*) in: *Akgündüz*, II. Band, S. 169 ff.; außerdem Art. 41, 47 und 48 des Osmanischen Gesetzbuchs von Sultan *Süleyman* (Kanunnâme-i Osmanî, 1523) in: *Akgündüz*, IV. Band, S. 303.

⁴⁸ Hierzu ausführlich nur *Petrov*, *Comparative Studies*, 46/2004, 736 ff.

⁴⁹ Hierzu eingehend *Eser*, ZStW 86/1974-Beiheft, 140; *Rogall*, S. 93 ff.

französischen StPO in erster Linie ein politischer Akt des Sultans war und ihr keine gründliche Debatte in der osmanischen Rechtsdogmatik vorausging.

Zusammenfassend lässt sich konstatieren, dass die Reformen des Strafverfahrensrechts im 19. Jahrhundert im osmanischen und deutschen Recht zu unterschiedlichen Ergebnissen geführt haben. Während die Garantien des akkusatorischen Schariastrafverfahrensrechts, insbesondere das Prinzip der Geständnisfreiheit für den Beschuldigten, verschwanden, nahm die Selbstbelastungsfreiheit in Deutschland erste Gestalt an.

3. Rezeption der dStPO in der Türkei

Zum endgültigen Bruch mit dem Schariarecht kam es mit der Gründung der Türkischen Republik. Ihre Gründerväter entschlossen sich im Wege einer weit angelegten Abrechnung mit dem alten Regime unter anderem für die Abschaffung der oStPO von 1879 und ihren Ersatz durch die Rezeption der dStPO i.d.F. von 1926,⁵⁰ die offenkundig in § 136 von der Aussagefreiheit des Beschuldigten ausging. Seine wortwörtliche Übernahme in § 135 tStPO von 1929 hat allerdings – trotz der Kritik in der türkischen Literatur – weder in der höchstrichterlichen Rechtsprechung noch in der Rechtstatsächlichkeit zur Anerkennung der Aussagefreiheit geführt.⁵¹ Der Beschuldigte war in der Praxis dem Aussagezwang bei der polizeilichen Vernehmung sowie der Verwertung erzwungener Geständnisse durch die Gerichte ausgeliefert.⁵² Der inquisitorische Ermittlungsgrundsatz „vom Beschuldigten zu anderen Beweismitteln“ sowie die sozialen und politischen Unruhen führten nämlich in der Türkei⁵³ zu einer brutalen Anwendung der Folter im Polizeigewahrsam. In Deutschland war die Geltung des Nemo-tenetur-Grundsatzes im „Dritten Reich“ aufgrund einer menschenverachtenden ideologischen Rechtsauffassung de facto außer Kraft gesetzt.⁵⁴

Während in Deutschland mit der Gründung der Bundesrepublik und der Einführung des Grundgesetzes die Selbstbelastung wieder auf ein sicheres Fundament gestellt wurde,⁵⁵ manifestierte sich der politische Wille zur Abschaffung der Folter in der Türkei relativ spät erst im Jahre 2003.⁵⁶ Die Anerkennung des Verbots des Selbstbelastungszwangs in der Verfassung von 1961 sowie in der von 1982 verlieh bemerkenswerterweise der Selbstbelastungsfreiheit keine Geltung.

⁵⁰ Hierzu Begründung der tStPO von 1929, S. 1, Protokollzeitschrift 3. Periode 10. Band 48. Sitzung; Vorbereitende Arbeiten, S. 2 ff.; *Gürelli*, Annales 45/1983, 148 f.

⁵¹ Siehe etwa *Gölcüklü*, SBFD 10/1955, 113.

⁵² *Adıvar, Adnan*, Cumhuriyet v. 01.10.1952, S. 2; *Erem, Faruk*, Milliyet v. 06.12.1987, S. 10; 3. AsYCD. Entsch. v. 01.06.1982 E. 1982/426 K. 1982/390, ABD 4/1982, S. 188; 3. Ausnahmezustandsgericht Istanbul, Milliyet v. 13.06.1973, S. 1 und 11.

⁵³ Hierzu ausführlich siehe oben Kap. 4, II.A.3.

⁵⁴ *Mahlstedt*, S. 34.

⁵⁵ *Schmidt*, NJW 1968, 1213.

⁵⁶ UN-Antifolterkomitee Bericht v. 30.06.2009 CAT/C/TUR/3 Rn. 4.

Die höchstrichterliche Rechtsprechung in Deutschland betrieb ab der neuen politischen Ausrichtung eine konsequente und beachtliche Ausweitung der Aussagefreiheit des Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung, indem der BGH etwa feststellte, das Schweigen des Beschuldigten nicht zu dessen Nachteil zu verwerten⁵⁷ und die Nichteinhaltung der Belehrungspflichten mit einem Beweisverwertungsverbot zu ahnden.⁵⁸ Einen Rückschritt erlitt allerdings die Aussagefreiheit in der Rechtsprechung des BGH, die sich bei den verdeckten Abschöpfungen des Tatwissens eines Beschuldigten für eine enge Auslegung entschied.⁵⁹

Im Gegensatz dazu lässt sich der türkische Kassationsgerichtshof weder von der Null-Toleranz-Politik gegenüber der Folter noch der oben genannten ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Anerkennung des Verbots des Selbstbelastungszwangs und den beachtlichen Reformen der tStPO von 1929, etwa durch die Strafprozessnovelle von 1992, beeindruckt. Der KGH lässt nach wie vor die Verwertung erzwungener Geständnisse⁶⁰ sowie des Schweigens des Beschuldigten zu⁶¹ und hat keinen Schutz der Aussagefreiheit bei der polizeilichen Vernehmung entwickelt. Dies betrifft sowohl die Anwendung verbotener Vernehmungsmethoden gem. § 148 tStPO von 2004 (§ 135a tStPO von 1929) als auch Belehrungsbestimmungen und das Recht auf Verteidigerbeistand bei der polizeilichen Vernehmung gem. § 147 tStPO von 2004 (§ 135 tStPO 1929).⁶²

4. Straßburger Bilanz

In Anbetracht der mangelnden Umsetzung der verfassungsrechtlich und einfachgesetzlich verankerten Aussagefreiheit des Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung im türkischen Strafverfahren ist es nicht verwunderlich, dass die Türkei in zahlreichen Beschwerden über die Anwendung von Folter und Misshandlungen zum Zweck der Erlangung eines Geständnisses,⁶³ der Verwertung dadurch erlangter Geständnisse⁶⁴ sowie der Verweigerung des Rechts auf Verteidigerbeistand

⁵⁷ BGHSt 20, 281 ff.

⁵⁸ BGHSt 38, 214 ff.

⁵⁹ Siehe etwa stellvertretend BGHSt 42, 139 ff.; BGH NStZ 1995, 410 f.

⁶⁰ So etwa YCGK Urt. v. 22.06.2010 E. 2010/9-108 K. 2010/157 (kazancı); YCGK Urt. v. 11.11.2003 E. 2003/6-212 K. 2003/267 (kazancı).

⁶¹ Hierzu etwa YCGK Urt. v. 19.09.2006 E. 2006/8-201 K. 2006/190, YKD 32/2006, 1834 ff.; YCGK Urt. v. 03.10.2000 E. 2000/1-151 K. 2000/174 (legalbank).

⁶² Siehe oben Kap. 4, III und V.

⁶³ Stellvertretend EGMR *Aydın* ./ TR Urt. v. 25.09.1997 § 86; EGMR *Aksoy* ./ TR Urt. v. 18.12.1996 § 64; siehe außerdem oben Fußnoten in Kap. 2, III.C.a)cc).

⁶⁴ EGMR *Göçmen* ./ TR Urt. v. 17.10.2006 §§ 67 ff.; EGMR *Sacettin Yıldız* ./ TR Urt. v. 05.06.2007 §§ 48 ff.; EGMR *Yusuf Gezer* ./ TR Urt. v. 01.12.2009 §§ 40 ff.; siehe auch Fußnoten in Kap. 2, VI.B.1.a)aa)(1).

bei der polizeilichen Vernehmung⁶⁵ vom EGMR wegen Verstößen gegen Art. 3 und Art. 6 EMRK verurteilt wurde.

Im Gegensatz dazu sind nur zwei Urteile des EGMR wegen einer Beschwerde über die Verletzung der konventionsrechtlichen Selbstbelastungsfreiheit gegen Deutschland ergangen. Während der EGMR im Fall *Gäfgen* eine Verletzung der konventionsrechtlichen Selbstbelastungsfreiheit verneint hat, weil das Tatgericht ein ausdrückliches Verwertungsverbot für das unter einer unmenschlichen Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK erlangte Geständnis des Beschuldigten annahm und seiner Verurteilung das zweite in der Hauptverhandlung nach einer qualifizierten Belehrung abgelegte Geständnis zugrunde legte,⁶⁶ hat er Deutschland im Fall *Jalloh* wegen des Einsatzes von Brechmitteln und der Verwendung der dadurch erlangten Beweise gegen den Beschuldigten im Strafverfahren wegen Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK verurteilt.⁶⁷ Es stellt sich die Frage, worin der Unterschied zwischen dem konventionsrechtlichen Verständnis der Selbstbelastungsfreiheit und dem deutschen Recht bei der Zulässigkeit der Zwangsanwendung zur Erlangung eines Sachbeweises liegt, das den Einsatz des Brechmittels vor der Verurteilung im Fall *Jalloh* ausdrücklich zuließ. Ihre Beantwortung geht wohl mit der Begründung der Selbstbelastungsfreiheit, insbesondere ihren Schutzzwecken einher, die der EGMR und die deutsche höchstrichterliche Rechtsprechung unterschiedlich definieren.

D. Begründung der Selbstbelastungsfreiheit

Der Hauptunterschied zwischen der konventionsrechtlichen Begründung der Selbstbelastungsfreiheit und der des deutschen Rechts besteht darin, dass die erste vom EGMR, soweit offen zum Ausdruck gebracht wird, nur prozessrechtlich, nämlich durch das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK vorgenommen wird,⁶⁸ während die Selbstbelastungsfreiheit im deutschen Recht abgesehen von der „ergänzenden“ Stützung auf das verfassungsrechtlich verankerte Recht auf ein faires Verfahren weitgehend freiheitsrechtlich abgeleitet wird.⁶⁹ Auch in der türkischen Verfassung ist das Verbot des Selbstbelastungszwangs nach Art. 38 Abs. 5 tVerf. als Justizgrundrecht geregelt, wobei das tVerfG ebenfalls von einer doppelten Begründung ausgeht.⁷⁰

⁶⁵ EGMR *Salduz ./.* TR Urt. v. 27.11.2008 § 55; EGMR *Dayanan ./.* TR Urt. v. 13.10.2009 § 32; außerdem oben Fußnoten in Kap. 2, V.C.3.; hierzu siehe auch *Eryilmaz*, S. 277; *Tezcan/Erdem/Sancakdar*, S. 362.

⁶⁶ EGMR *Gäfgen ./.* DE Urt. v. 01.07.2010 § 179.

⁶⁷ EGMR *Jalloh ./.* DE Urt. v. 11.07.2006 §§ 113 ff.

⁶⁸ EGMR *Baran und Hun ./.* TR Urt. v. 20.05.2010 § 68.

⁶⁹ BVerfG NStZ 1995, 555.

⁷⁰ AYM Entsch. v. 31.01.2007 E. 2004/31 K. 2007/11, R.G. v. 08.05.2007 – 26526; AYM Entsch. v. 27.09.2012 E. 2012/4 K. 2012/130, R.G. v. 10.12.2013 – 28847.

Im Folgenden wird auf die einzelnen Aspekte dieser Begründungsmodelle in den untersuchten Rechtsordnungen eingegangen. Da eine vollständige Erörterung den Umfang der vorliegenden Arbeit zu weit ausdehnen würde, werden hier nur die gemeinsam angenommenen Begründungsgrundlagen erörtert.

1. Freiheitsrechtliche Begründung

a) Willensfreiheit

Trotz der unterschiedlichen Natur der Ableitungsnormen ergibt sich bei näherer Betrachtung, dass die Selbstbelastungsfreiheit durch den EGMR sowie die höchst-richterliche Rechtsprechung in Deutschland im Ergebnis auf den Schutz der Willensfreiheit des Beschuldigten zurückgeführt wird. Während die Rechtsprechung des EGMR nur indirekt auf den Schutz der Willensfreiheit des Beschuldigten dahingehend verweist, dass er zur Herausgabe eines Beweismittels gegen sich selbst nicht gezwungen werden darf, wenn die Verfügung des fraglichen Mittels an seinen Willen gebunden ist,⁷¹ wird der Zwang zur Selbstbelastung im deutschen Recht als eine Verletzung der Garantie der Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG betrachtet, weil dadurch die Freiheit zur Willensentschließung des Betroffenen verletzt wird.⁷² Im türkischen Recht bringt nur die Literatur die Willensfreiheit des Beschuldigten als Schutzgut des Verbots des Selbstbelastungszwangs nach Art. 38 Abs. 5 tVerf. zum Ausdruck, wobei über die Einzelheiten der Ableitung der Willensfreiheit selbst keine Klarheiten bestehen.⁷³

Die unterschiedliche Würdigung des Brechmitteleinsatzes durch den EGMR und die deutschen Gerichte ist trotz des gemeinsamen Nenners der beiden Rechtsordnungen, nämlich der Willensfreiheit, auf eine unterschiedliche Definition zurückzuführen. Wie bereits erwähnt, stellt der Gerichtshof als Verletzungsmoment darauf ab, ob die Willensfreiheit des Beschuldigten wegen der Zwangsanwendung dadurch beeinträchtigt wurde, dass er den Ermittlungsorganen ein Beweismittel gegen sich selbst zur Verfügung gestellt hat. Die zwangsweise Inanspruchnahme seines Körpers, nämlich durch die Veranlassung einer willkürlichen und willensunabhängigen Handlung, also durch Erbrechen, hat nach dem Gerichtshof zur Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK geführt.⁷⁴

Im deutschen Recht wird hingegen auf den Maßstab der Aktivität/Passivität abgestellt, welcher schlussendlich die Vis-absoluta-Zwangsanwendung zulässt, wenn die Erlangung des fraglichen Beweismittels nicht vom Willen des sich passiv verhaltenden Beschuldigten abhängt. Die dadurch unter Umständen erzeugte aktive

⁷¹ EGMR *Jalloh* ./ DE UrT. v. 11.07.2006 §§ 113 ff.

⁷² BVerfG NJW 1981, 1431.

⁷³ Siehe etwa *Yüce*, TBBĐ 1/1988, 158 ff.; *Hafizoğulları*, AÜHFĐ 43/1993, 19.

⁷⁴ EGMR *Jalloh* ./ DE UrT. v. 11.07.2006 § 114.

Mitwirkung des Beschuldigten, hier das Erbrechen, wird dabei als unbeachtlich betrachtet, weil diesem keine Handlungsqualität zukomme.⁷⁵ Für den EGMR ist die Auslösung der pathologischen Reaktion dagegen von Bedeutung,⁷⁶ wohl aus dem Grund, weil der Körper des Beschuldigten durch eine Zwangsanwendung in der Schwere einer Misshandlung i.S.v. Art. 3 EMRK instrumentalisiert wurde. Zwar weisen sowohl eine Entscheidung des BVerfG⁷⁷ als auch ein Teil der Literatur hinsichtlich der Begründung der Selbstbelastungsfreiheit ebenfalls auf die Instrumentalisierung des Beschuldigten hin. Die Frage, ob das Argument der Instrumentalisierung als Maßstab einer Würdeverletzung für eine vollständige verfassungsrechtliche Ableitung der Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 1 Abs. 1 GG hinreichend ist, ist allerdings noch nicht geklärt,⁷⁸ zumal die Objektformel hierbei wohl weiterhin vorherrscht und trotz der Unklarheiten nicht als überholt gilt.

Im Vergleich mit dem deutschen Recht führt das konventionsrechtliche Kriterium des „Zur-Verfügung-Stehens“ zu einem engeren Anwendungsbereich, wenn es etwa um die Zulässigkeit der Erhebung einer Urin- oder Stimmprobe geht.⁷⁹ Während der EGMR dies im Hinblick auf die Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK als zulässig betrachtet, weil diese Beweismittel bei einer regulären Funktion des Körpers ungeachtet des Willens des Betroffenen produziert werden,⁸⁰ gilt das Gegenteil im deutschen Recht, das hier den praktischen Aspekt beiseitelässt und auf das normative Verbot abstellt, die hier erforderliche aktive Mitwirkung des Betroffenen durch eine *Vis-compulsiva*-Zwangsanwendung zu erzwingen.⁸¹

Schaut man ins türkische Recht, so lässt sich feststellen, dass § 81 Abs. 1 tStPO von 2004 die Erhebung einer Stimmprobe des Beschuldigten ausdrücklich zulässt. Eine Erklärung, ob und wie sich dies mit der Willensfreiheit erklären lässt, findet sich lediglich bei *Kunter/Yenisey/Nuhoğlu*. Nach ihnen liege hierbei keine Überwindung der Willensfreiheit vor. Diese Ansicht ist zwar konkretisierungsbedürftig, kommt aber im Ergebnis dem konventionsrechtlichen Ansatz des „Zur-Verfügung-Stehens“ nahe. Allerdings vernachlässigt sie eine verfassungsrechtliche Auseinandersetzung mit dem Verbot des Art. 38 Abs. 5 tVerf., niemanden zum *Vorlegen* eines Sachbeweises zu zwingen. Dasselbe gilt auch für die höchstrichterliche

⁷⁵ Vgl. BVerfG Beschl. v. 15.09.1999 – 2 BvR 2360/95 = NStZ 2000, 96; KG StV 2002, 124; OLG Bremen, NStZ-RR 2000, 270; zustimmend SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 142; a.A. OLG Frankfurt, NJW 1997, 1647 ff.; *Eidam*, S. 127; *Dallmeyer*, KritV 2000, 252 ff.

⁷⁶ EGMR *Jalloh* ./ *DE* Urt. v. 11.07.2006 § 114.

⁷⁷ BVerfG Entsch. v. 13.05.2009 – 2 BvL 19/08.

⁷⁸ Vgl. SK-StPO-Rogall, Vor. § 133 ff. Rn. 139; *Eidam*, S. 370; *Mahlstedt*, S. 102.

⁷⁹ Auf den Vergleich weiterer Sachbeweiserhebungen wird hier aus Platzgründen verzichtet.

⁸⁰ EGMR *Jalloh* ./ *DE* Urt. v. 11.07.2006 § 114.

⁸¹ Vgl. BGHSt 40, 66, 71 f.; BVerfG 2 BvR 1136/07 – Beschl. v. 06. November 2007 = HRRS 2008 Nr. 27; BGH 4 StR 162/11 – Beschl. v. 13. Juli 2011 = HRRS 2011 Nr. 938.

Rechtsprechung in der Türkei, die dieses Grundrecht nur als Schweigerecht im Strafverfahren verstehen will.⁸² Zwar hat das tVerfG das Verbot des Selbstbelastungszwangs, wie auch das deutsche Recht, u.a. auf die Würdegarantie (vgl. Art. 17 Abs. 3 tVerf.) zurückgeführt. Die dabei entwickelte Reichweite der Menschenwürdegarantie bezieht sich aber lediglich auf den Schutz eines Beschuldigten vor „Absprechen des Menschseins“⁸³ bzw. vor „Zurschaustellung“⁸⁴ und weist keinen Bezug zur Willensfreiheit auf.

Ähnlichkeiten haben diese Kriterien mit dem Würdeverlust-Konzept des EGMR, das der Gerichtshof im Rahmen des Rechts auf Privatleben nach Art. 8 Abs. 1 EMRK zum Schutze der konventionsrechtlichen Menschenwürde entwickelt hat.⁸⁵ In der Sache geht der Schutzzumfang des Verlust-Konzeptes über den des „Absprechens des Menschseins“ hinaus, weil letzteres nicht jeden Verstoß gegen das Folter- und Misshandlungsverbot nach Art. 17 Abs. 3 tVerf. umfasst,⁸⁶ während jede Verletzung des Art. 3 EMRK zu einem Verlust der Menschenwürde führt.⁸⁷

Zuletzt hat der türkische Gesetzgeber bei den vorbereitenden Arbeiten zur tStPO von 2004 auf die im deutschen Recht anerkannte Objektformel zurückgegriffen, um die Würdegarantie zu konkretisieren und die einzelnen Ausprägungen der Selbstbelastungsfreiheit durch den Kerngehalt der Menschenwürde, nämlich die Willensfreiheit, zu begründen.⁸⁸ Allerdings ist dieser Versuch in Anbetracht des § 81 Abs. 1 tStPO von 2004 nicht vollständig geglückt.

b) Selbstschutz

Eine weitere Grundlage zur Begründung der Selbstbelastungsfreiheit in den drei Rechtsordnungen stellt der Gedanke des Selbstschutzes dar. Bei dem EGMR lässt sich dies jedoch lediglich mittelbar bei der Ableitung des Zeugnisverweigerungsrechts aus Art. 8 Abs. 1 EMRK feststellen, sollte der Zeuge durch seine Aussagen einen Angehörigen belasten und seine familiären Verhältnisse gefährden. Im Hinblick auf ein Aussageverweigerungsrecht des Beschuldigten, durch das er sich selbst in Schutz nehmen kann, verweist der Gerichtshof ausdrücklich auf Art. 6 Abs. 1 EMRK.⁸⁹ Eine freiheitsrechtliche Begründung der Selbstbelastungsfreiheit unter dem Aspekt der Eigenverantwortlichkeit oder der informationellen Selbstbestimmung, welche im deutschen Recht insbesondere durch einen Teil der Literatur

⁸² AYM Entsch. v. 31.01.2007 E. 2004/31 K. 2007/11, R.G. v. 18.05.2007 – 26526.

⁸³ AYM Entsch. v. 18.02.1971 E. 1970/22 K. 1971/20, R.G. v. 07.07.1972 – 14238.

⁸⁴ AYM Entsch. v. 25.11.2005 E. 2000/34 K. 2005/91, R.G. v. 08.11.2006 – 26340.

⁸⁵ EGMR *El Masri* ./ *MK* Ur. v. 13.12.2012 § 248.

⁸⁶ Siehe oben Kap. 4, II.B.1.b)aa)(2).

⁸⁷ EGMR *El Masri* ./ *MK* Ur. v. 13.12.2012 § 249.

⁸⁸ Hierzu siehe Bericht des Rechtsausschusses, *Şahin*, Gazi Şerhi, S. 70 f.

⁸⁹ EGMR *Van der Heijden* ./ *NL* Ur. v. 03.04.2012 §§ 55 ff.

herangezogen werden,⁹⁰ findet konventionsrechtlich somit keine Unterstützung. Diese Möglichkeit findet ebenfalls im türkischen Recht keine Erwähnung. Der Verweis des Gerichtshofs betrifft dennoch eine Rechtsgrundlage, die für die drei Rechtsordnungen außer der oben genannten Willensfreiheit die zweite Begründung der Selbstbelastungsfreiheit darstellt, nämlich das Erfordernis eines fairen Verfahrens (hierzu siehe gleich unten 2.c)).

Im Gegensatz zum EGMR wird das Argument des Selbstschutzes im deutschen Recht als Ausprägung des allgemeinen Zumutbarkeitsprinzips unmittelbar zur Begründung der Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG angeführt.⁹¹ Im türkischen Recht ist dies zwar in der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht ausdrücklich anerkannt.⁹² Die Literatur bringt es aber deutlich zum Ausdruck, wobei dies nicht weiter ausgeführt wird.⁹³ Ebenfalls gingen die Verfassungsgeber von 1961 und von 1982 von einem gewissen Selbstschutzgedanken aus, wenn sie zur Begründung des Art. 38 Abs. 5 tVerf. anmerken, dass diesem Grundrecht der Schutz vor der „seelischen Folter“ zugrunde liegt oder ein Selbstbelastungszwang gegen die „Natur eines Menschen“ verstoßen würde.⁹⁴

2. Prozessrechtliche Begründung

a) Schutz vor Justizirrtümern

Abgesehen von dem Schutz vor unzulässigem Zwang, der die Willensfreiheit des Beschuldigten beeinträchtigt, bezweckt die konventionsrechtliche Selbstbelastungsfreiheit nach dem EGMR, Justizirrtümern vorzubeugen und die Ziele des Art. 6 EMRK abzusichern.⁹⁵ Bemerkenswert ist, dass die Verhinderung eines Fehlurteils in der deutschen⁹⁶ und türkischen⁹⁷ Literatur nur als Argument dafür herangezogen wird, dass das Verbot des Selbstbelastungszwangs primär den Interessen einer nach der Wahrheit strebenden Strafrechtspflege diene und kein subjektives Recht des Beschuldigten darstelle. Bei näherer Betrachtung ergibt sich allerdings, dass der EGMR nicht von einem solchen Standpunkt ausgeht.⁹⁸ Im Übrigen ist die

⁹⁰ Siehe oben Kap. 3, II.B.3.c).

⁹¹ BVerfG NJW 1981, 1431; BGH NSStZ-RR 2012, 373.

⁹² Vgl. AYM Entsch. v. 31.01.2007 E. 2004/31 K. 2007/11, R.G. v. 08.05.2007 – 26526; AYM Entsch. v. 16.02.2012 E. 2011/41 K. 2012/25, R.G. v. 13.10.2012 – 28440.

⁹³ Siehe etwa Erem, YD 18/1992, 297; Yüce, TBBD 1/1988, 160; Artuk/Gökçen/Yeni-dünya, S. 7833; Tezcan/Erdem/Önok, S. 991.

⁹⁴ Özer, S. 179 und 182.

⁹⁵ EGMR *John Murray ./. GB* Urt. v. 25.01.1996 § 45.

⁹⁶ Vgl. Peters, ZStW 91/1979, 123 ff.; Lesch, JR 2005, 303.

⁹⁷ Gölçüklü, SBFD 10/1955, 105.

⁹⁸ Vgl. EGMR *Heaney und McGuinness ./. IE* Urt. v. 21.12.2000 §§ 31 ff.; EGMR *Quinn ./. IE* Urt. v. 21.12.2000 §§ 31 ff.

Vorbeugung von Justizirrtümern einer der Zwecke der konventionsrechtlichen Selbstbelastungsfreiheit. Diese ist nach dem EGMR ein Erfordernis der „Waffengleichheit“ in einem fairen Verfahren i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK und stellt ein Verteidigungsrecht des Beschuldigten dar. Allerdings enthält seine Rechtsprechung kaum weitere Anhaltspunkte dahingehend, wie das Verhältnis zwischen diesen Rechten und der konventionsrechtlichen Selbstbelastungsfreiheit zu verstehen ist.⁹⁹

b) Negatives Verteidigungsrecht

Im Deutschland vertritt eine Mindermeinung in der Literatur die Ansicht, dass der Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 2 GG dem Beschuldigten zur Beeinflussung des Verfahrens nicht nur die Möglichkeit gewährt, die Kommunikation mit anderen Beteiligten im Strafverfahren zu eröffnen, sondern auch die Garantie, dass „dieser Kommunikationsprozess frei von staatlichem Zwang zu verlaufen hat“.¹⁰⁰ Ein Teil der Literatur stimmt ihr bedingt zu. Solange der Beschuldigte seine „positive Äußerungsfreiheit“ geltend mache, sei dies ebenfalls vom Schutz des Anspruchs auf rechtliches Gehör umfasst.¹⁰¹ Im Ergebnis erhält diese Ableitung aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör jedoch von der Literatur keine große Anerkennung.¹⁰²

Im türkischen Recht lässt sich aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht entnehmen, dass der Beschuldigte ein sogenanntes „negatives Verteidigungsrecht“ auf Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 36 Abs. 1 tVerf. hat. Ebenso begründet das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 36 Abs. 1 tVerf. unter dem Gesichtspunkt von dessen spezieller Ausprägung – nämlich dem Recht auf eine aktive Teilnahme am Verfahren oder dem Waffengleichheitsgrundsatz – das Verbot des Selbstbelastungszwangs nach Art. 38 Abs. 5 tVerf. nicht.¹⁰³ Zwar nimmt der türkische Kassationsgerichtshof an, dass niemand verpflichtet ist, sich selbst anzuzeigen.¹⁰⁴ Eine nähere Analyse seiner Spruchpraxis ergibt allerdings, dass der KGH das Schweigerecht des Beschuldigten eher als ein einfachgesetzlich in § 147 Abs. 1 tStPO von 2004 verankertes Verteidigungsrecht betrachtet.¹⁰⁵

⁹⁹ Vgl. EGMR *Yuriy Volkov ./.* UA Urt. v. 19.12.2013 § 63; EGMR *Baran und Hun ./.* TR Urt. v. 20.05.2010 § 68.

¹⁰⁰ *Böse*, GA 2002, 119; siehe auch *Kühl*, JuS 1986, 117; die „negative Seite“ des Anspruchs auf rechtliches Gehör bestätigend auch *Kölbl*, S. 296; a.A. *Rau*, S. 38; *Salger*, S. 10; *Hackethal*, S. 120.

¹⁰¹ *Bosch*, S. 123; *Nothhelfer*, S. 53 f.; im Anschluss daran auch *Bährle*, S. 78; *Wolff*, S. 32; *Gruber*, S. 214 ff.; so auch bereits *Fischer*, S. 108 f.

¹⁰² *Rau*, S. 38.

¹⁰³ Vgl. AYM Entsch. v. 14.07.1998 E. 1997/41 K. 1998/47, R.G. v. 24.03.1999 – 23649; AYM Entsch. v. 30.06.2004 E. 2004/36 K. 2004/92, R.G. v. 17.11.2005 – 25996.

¹⁰⁴ YCGK Urt. v. 16.06.2009 E. 2008/4. MD-178 K. 2009/159 (kazancı).

¹⁰⁵ YCGK Urt. v. 07.10.2003 E. 2003/4-220 K. 2003/242, YKD 30/2004, 123 f.

c) Erfordernis eines fairen Verfahrens

Der konkrete Fairnessgehalt der Selbstbelastungsfreiheit ist trotz ihrer ausdrücklichen Anerkennung in allen drei Rechtsprechungen nicht mit Klarheit ausgeführt. Dies geht primär damit einher, dass der Begriff der Fairness des Verfahrens äußerst unklar ist.¹⁰⁶ Schaut man sich dennoch beispielhaft die eben genannten Erfordernisse eines fairen Verfahrens an, die den Schutzzumfang der Selbstbelastungsfreiheit ausmachen, so lässt sich feststellen, dass der Schutz des Beschuldigten vor dem Selbstbelastungszwang auf Vorbeugung einer willkürlichen Machtausübung des Staates bzw. seiner Überhand im Strafverfahren zurückzuführen ist. Das Verbot der Täuschung stellt sich als eine Vorkehrung dar, die den Staat daran hindern soll, den Selbstbelastungszwang zu umgehen und ihn auszuhöhlen. Der Umgehungs- und Aushöhlungsgedanke spielt außerdem bei dem Verbot der nachteiligen Verwertung des Schweigens die entscheidende Rolle. Auch die Belehrung des Beschuldigten dient einer wirksamen Ausübung der Selbstbelastungsfreiheit. Das Bemerkenswerte an dem Recht auf ein faires Verfahren ist, dass dieses nicht absolut gilt und die eben genannten Garantien mit den Interessen an einer wirksamen Strafrechtspflege ständig in Konflikt geraten. Die Ergebnisse der einzelnen Abwägungsentscheidungen durch den EGMR und im deutschen Recht stimmen, wie es bei der Verwertbarkeit des Schweigens der Fall ist, nicht immer überein. Eine große Annäherung zwischen den beiden Rechtsprechungen zeichnet sich jedoch bei den Grenzen einer verdeckten Befragung des Beschuldigten unter dem Aspekt eines fairen Verfahrens ab.¹⁰⁷

Im türkischen Recht bleibt die Ausführung des konkreten Fairnessgehalts der Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 38 Abs. 5 tVerf. in der höchstrichterlichen Rechtsprechung aus.¹⁰⁸ Im Gegensatz zum türkischen Verfassungsgericht leitet die höchstrichterliche Rechtsprechung in Deutschland aus dem Fairnessgehalt der verfassungsrechtlichen Selbstbelastungsfreiheit konkrete Anforderungen ab, nämlich das Verbot der Anwendung unzulässiger Vernehmungsmethoden nach § 136a dStPO,¹⁰⁹ ein allgemeines Täuschungsverbot,¹¹⁰ die Belehrung über die Aussagefreiheit¹¹¹ und das Verbot einer nachteiligen Verwertung des Schweigens des Beschuldigten.¹¹² Wie unten im Einzelnen darzulegen sein wird, erfüllt sie im Hinblick auf diese Garantien alle Erfordernisse der konventionsrechtlichen Selbstbelastungsfreiheit und

¹⁰⁶ Siehe etwa *Trechsel*, Human Rights, S. 84; *Harris* u.a., S. 246; *Wolff*, S. 34.

¹⁰⁷ Vgl. EGMR *Allan ./ GB* Urt. v. 05.11.2002 §§ 42 ff.; EGMR *Bykov ./ RU* Urt. v. 10.03.2009 §§ 99 ff.; BGHSt 52, 11 ff.; BGHSt 53, 294 ff.; BGHSt 55, 138 ff.; BGH NStZ 2011, 596 f.

¹⁰⁸ Siehe etwa stellvertretend AYM *Entsch. v. 27.09.2012 E. 2012/4 K. 2012/130, R.G. v. 10.12.2013 – 28847*.

¹⁰⁹ BVerfGE NJW 2004, 1005; BGH NStZ 2000, 495.

¹¹⁰ BVerfG NJW 2004, 999, 1005.

¹¹¹ BVerfG NJW 2013, 1058, 1071.

¹¹² BVerfG NStZ 1995, 555.

übertrifft sie sogar. Ganz deutlich kommt dies bei der nachteiligen Verwertung des Schweigens zum Vorschein, die der EGMR grundsätzlich zulässt.¹¹³

d) *Erfordernis der Unschuldsvermutung*

Die enge Verbindung zwischen der Unschuldsvermutung und der Selbstbelastungsfreiheit wird durch den EGMR¹¹⁴ und im deutschen¹¹⁵ und türkischen¹¹⁶ Recht in der Literatur jedoch grundsätzlich anerkannt. Eine unmittelbare Ableitung der Selbstbelastungsfreiheit aus der Unschuldsvermutung scheint allerdings unmöglich zu sein, solange die Schwächen des hierzu angeführten Arguments a fortiori nicht überwunden werden.¹¹⁷ Dennoch liegt es für die drei Rechtsordnungen auf der Hand, dass sich die beiden Rechte überschneiden und gemeinsam die Rechtsstellung des Beschuldigten gegenüber der Strafrechtspflege beachtlich stärken.¹¹⁸

E. Schutzbereich und Definition der Selbstbelastungsfreiheit

1. Gegenstand der Selbstbelastungsfreiheit

Eine allgemeine Definition der Selbstbelastungsfreiheit enthält innerhalb der drei zu vergleichenden Rechtsordnungen nur das türkische Recht in Art. 38 Abs. 5 tVerf. Im Hinblick auf die EMRK und das deutsche Recht werden in der höchstrichterlichen Rechtsprechung und Literatur verschiedene Begriffe und Umschreibungen der Selbstbelastungsfreiheit verwendet, welche sich nicht immer inhaltlich decken.¹¹⁹ Dennoch bezieht sich der Schutzbereich der Selbstbelastungsfreiheit in den drei Rechtsordnungen anerkanntermaßen auf Mitwirkungsarten des Beschuldigten als Beweismittel gegen sich selbst, nämlich als Aussageperson, Augenscheinobjekt und Herausgabepflichtiger.

¹¹³ Dazu siehe auch SK-StPO *Rogall*, Vor. § 133 ff. Rn. 131; SK-StPO-*Paeffgen* Art. 6 Rn. 83; *Renzikowski*, FS für Amelung, S. 685; *Brunhöber*, ZIS 12/2010, 764.

¹¹⁴ EGMR *Baran und Hun* ./ TR Ur. v. 20.05.2010 § 68.

¹¹⁵ *Arndt*, NJW 1966, 870 f.; *Bährle*, S. 73; *Sautter*, AcP 1962, 255; vgl. BVerfG NJW 1975, 103, 104; BGHSt 49, 56, 58.

¹¹⁶ *Oral*, Erman Armağani, S. 616; *Cihan*, İÜHF 50/1984, 143 ff.; *Dönmezer*, Erman Armağani, S. 259; vgl. AYM Entsch. v. 29.01.1980 E. 1979/38 K. 1980/11, R.G. v. 15.05.1980 – 16989; YCGK Ur. v. 19.04.1993 E. 1993/6-81 K. 1993/110 (kazancı).

¹¹⁷ Siehe oben Kap. 2, II.B.6.a)dd).

¹¹⁸ Ebd.

¹¹⁹ Vgl. EGMR *Funke* ./ FR Ur. v. 25.02.1993 § 44; EGMR *Nechiporuk und Yonkalo* ./ UA Ur. v. 21.04.2011 § 258; BVerfG Entsch. v. 13.05.2009 – 2 BvL 19/08; BVerfG Entsch. v. 27.04.2010 – 2 BvL 13/07 = wistra 2010, 34.

2. Kernschutzbereich

Bei näherer Betrachtung ergibt sich, dass der Kernschutz der Selbstbelastungsfreiheit darin besteht, die Willensfreiheit des Beschuldigten vor Zwangsanwendungen zur Veranlassung einer Selbstbelastung in den genannten drei Arten zu schützen und gegebenenfalls dadurch erlangte Beweise aus dem Strafverfahren gegen ihn auszuschließen, wobei keine der drei Rechtsordnungen ihm ein Recht darauf gewährt, als Beweismittel gegen sich selbst völlig auszuschneiden oder keiner Zwangsanwendung bei der Inanspruchnahme als Beweismittel gegen seinen entprechenden Willen ausgesetzt zu werden.

Die türkische Definition der Selbstbelastungsfreiheit enthält in Art. 38 Abs. 5 tVerf. zur Abgrenzung der erlaubten Zwangsanwendung den Begriff des Vorlegens. Dieser ist im Vergleich zu dem im deutschen Recht hierbei häufig herangezogenen Begriffspaar Passivität/Aktivität präziser und geht wohl auf den ebenfalls im deutschen Recht anerkannten Zweck des Selbstschutzes zurück, den der Verfassungsgeber aus dem Jahre 1961 als Vermeidung der „seelischen Folter“ bezeichnete.¹²⁰ Das Vorlegen kommt dagegen in der Sache den in der deutschen Literatur vorgeschlagenen Abgrenzungskriterien des „Präsentierens“¹²¹ bzw. „Führens“¹²² gleich und umfasst auch das „Produzieren“¹²³ oder „Erzeugen“,¹²⁴ weil es eine solche vorausgegangene Tätigkeit grammatikalisch nicht ausschließt. Die Schwäche aller dieser Begriffe liegt darin, dass sie jeweils keinen anerkanntermaßen fest definierten Rechtsbegriff darstellen. Dass sie im Ergebnis teilweise zu voneinander abweichenden bzw. mit dem Schutzzumfang der Selbstbelastungsfreiheit nicht übereinstimmenden Ergebnisse führen, lässt sich an der Brechmittelvergabe deutlich feststellen. Während das Erbrechen des Beschuldigten zum einen als eine willkürliche und willensunabhängige Handlung und zum anderen auch grammatikalisch unter keinen dieser Begriffe subsumierbar ist, kommt der EGMR durch das Kriterium der Zurverfügungstellung, die im Kern wohl auf ein Verbot der Instrumentalisierung zurückgeht, zum gegenteiligen Ergebnis und weitet den Schutzzumfang der Selbstbelastungsfreiheit über den Wortlaut des Art. 38 Abs. 5 tVerf. und das deutsche Recht hinaus auch auf die zwangsweise Veranlassung einer pathologischen Reaktion aus.¹²⁵

¹²⁰ Özer, S. 182.

¹²¹ Bährle, 86 ff.

¹²² Reiß, S. 178 f.

¹²³ Siehe etwa Rogall, StV 2008, 221; Kraft, S. 182.

¹²⁴ Kölbl, S. 46 f.

¹²⁵ EGMR Jalloh ./ DE Urt. v. 11.07.2006 § 114.

3. Umgehungsverbot

Ein weiterer umstrittener Begriff bei der Definition der Selbstbelastungsfreiheit in den drei Rechtsordnungen ist das „Zwangselement“, das in Art. 38 Abs. 5 tVerf. ausdrücklich geregelt ist. Im deutschen Recht hat die Intensität der Debatte nach der Übernahme der EGMR-Rechtsprechung bei der Würdigung einer verdeckten Befragung des Beschuldigten durch den BGH sowie in der Literatur nachgelassen, weil die europäische Annäherung ein funktionales Zwangsverständnis mit sich brachte, auf das man sich auch in der Sache, nämlich den zulässigen Grenzen der verdeckten Befragung, weitgehend einigte.¹²⁶ Demnach ist der Zwang nicht mehr als ein offener Eingriff in die Willensfreiheit des Beschuldigten zu verstehen, der ihn im Augenblick der Aussage nötigt. Er kann auch bei einer verdeckten Befragung erfolgen, indem sein tatsächlicher Wille, den Ermittlungsorganen kein Tatwissen preiszugeben, durch qualifizierte Täuschungen umgangen wird, welche ein starkes Aussagemotiv bei ihm erzeugen.¹²⁷ Im türkischen Recht hat es eine entsprechende Debatte nicht gegeben, weil die verdeckte Befragung eines Beschuldigten als Maßnahme zur Umgehung seiner Aussagefreiheit bei einer offenen Vernehmung in der Praxis der Ermittlungsorgane wohl nicht praktiziert bzw. die entsprechenden Fälle nicht bekannt werden. Im Übrigen stehen den Ermittlungsorganen im Strafverfahren andere Möglichkeiten zur Verfügung als die Benennung des Befragten als Zeugen gegen den verdeckt befragten Beschuldigten, etwa die Protokollierung seiner Aussagen in Form eines einfachen Polizeiberichts oder ein vermeintlich anonymes E-Mail mit demselben Aussageinhalt, das aber in Wirklichkeit von der Polizei selbst(!) abgesendet wird. Da der türkische Kassationsgerichtshof all diese „Beweise“ im Rahmen des im türkischen Recht weitgehend etablierten Prinzips der Beweismittelfreiheit zulässt, ergab sich prozessrechtlich bis jetzt keine Gelegenheit, eine verdeckte Befragung des Beschuldigten unter der besonderen Berücksichtigung des Zwangselements nach Art. 38 As. 5 tVerf. zu würdigen.¹²⁸

In Anbetracht der oben aufgeführten Reichweite der Selbstbelastungsfreiheit in den drei Rechtsordnungen lässt sich zusammenfassend feststellen, dass sich diese strukturell neben dem klassischen Kernschutz als Beweiserhebungs- und -verwertungsverbot auch auf einen Umgehungsschutz bezieht.

4. Ergänzende Schutzrechte

Eine nähere Analyse der drei Rechtsordnungen ergibt, dass zum Schutzbereich der Selbstbelastungsfreiheit einige weitere Informations- und Gewährleistungsrechte hinzukommen, um eine wirksame Ausübung der Aussagefreiheit in bestimmten

¹²⁶ Vgl. BGHSt 52, 11 ff.; BGHSt 53, 294 ff.; BGHSt 55, 138 ff.; BGH NStZ 2011, 596 f.

¹²⁷ Zu einem solch funktionalen Zwangsverständnis siehe bereits *Puppe*, GA 1978, 297.

¹²⁸ Siehe etwa 5. YCD Entsch. v. 23.06.2003 E. 2002/5013 K. 2003/3979 (kazancı).

Situationen, vor allem bei der polizeilichen Befragung, zu gewährleisten. Abgesehen von der Belehrung über die Aussagefreiheit bei einer polizeilichen Befragung¹²⁹ ist eine unmittelbare Ableitung der Unterrichtungspflicht des Beschuldigten über die gegen ihn erhobenen Beschuldigungen, des Rechts auf Verteidigerbeistand oder die Belehrung darüber aus der Selbstbelastungsfreiheit in den drei Rechtsordnungen nicht im Einzelnen erfolgt,¹³⁰ wobei die Zusammenhänge zwischen diesen Rechten und der Selbstbelastungsfreiheit weitgehend anerkannt sind.¹³¹

Die Gründe liegen wohl darin, dass sich diese Rechte historisch zum Teil eigenständig entwickelt haben¹³² und einen der Aussagefreiheit gegenüber klar abgrenzbaren Anwendungsbereich aufweisen.¹³³ Ebenfalls von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, dass diese Rechte auch andere Zwecke als die wirksame Ausübung der Aussagefreiheit haben.¹³⁴ Der Aspekt der Wirksamkeit scheint dabei nicht ausschlaggebend zu sein, eine unmittelbare Ableitung zu begründen. Allerdings rückt er beim EGMR¹³⁵ und dem BGH¹³⁶ zunehmend in den Vordergrund, um eine weite Auslegung dieser Rechte zu begründen.

5. Anwendbarkeitskriterien

Schließlich ist die Geltung der Aussagefreiheit bei der polizeilichen Befragung in den drei Rechtsordnungen an gewisse Anwendbarkeitskriterien gebunden, die sich im Hinblick auf die Konvention aus Art. 6 Abs. 1 EMRK,¹³⁷ im deutschen Recht aus § 136 Abs. 1 dStPO¹³⁸ und im türkischen Recht aus § 147 Abs. 1 tStPO von 2004¹³⁹ ergeben. Während diese grundsätzlich die Befragung einer Aussageperson

¹²⁹ Siehe hierzu EGMR *Aleksandr Zaichenko* ./. RU Ur t. v. 18.02.2010 §§ 52 ff.; EGMR *Navone und andere* ./. FR Ur t. v. 24.10.2013 §§ 74 ff.; BGHSt 38, 214 ff.; MKGH Ur t. v. 06.12.2001 117/114, in: *Polatcan*, § 83, S. 132.

¹³⁰ Vgl. oben Kap. 2, V.B.1.; Kap. 3, V.A.1.; Kap. 4, V.A.1.

¹³¹ Vgl. oben Kap. 2, V.B.2. und 3. sowie C; Kap. 3, V.A.2. und 3. sowie B; Kap. 4, V.A.2. und 3. sowie B.

¹³² Zur historischen Bedeutung und Entwicklung der Unterrichtungspflicht nach § 136 Abs. 1 dStPO a.F. siehe etwa *Bosch*, S. 144.; *Gruber*, S. 54 f.

¹³³ Siehe dies etwa hinsichtlich des Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK bei EGMR *Bäckström und Mattias Andersson* ./. SE ZE v. 05.08.2006; EKMR *Mortensen* ./. DK ZE v. 15.05.1996 § 1a Recht; EKMR A ./. NL ZE v. 11.05.1992 § 3 Recht; EKMR *Kozlov* ./. FI ZE v. 28.05.1991 § 3 Recht.

¹³⁴ Sehr deutlich bei dem Recht auf Verteidigerbeistand nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK, hierzu siehe EGMR *Salduz* ./. TR Ur t. v. 27.11.2008 §§ 52 ff.

¹³⁵ Siehe etwa EGMR *Aleksandr Zaichenko* ./. RU Ur t. v. 18.02.2010 §§ 41 ff.

¹³⁶ Siehe etwa BGH NJW 2013, 2770.

¹³⁷ Hierzu siehe etwa EGMR *Aleksandr Zaichenko* ./. RU Ur t. v. 18.02.2010 §§ 42, 43 und 52; EGMR *Smolik* ./. UA Ur t. v. 19.01.2012 §§ 49 ff.

¹³⁸ Vgl. BVerfG NJW 1981, 1431; *Bosch*, S. 153.

¹³⁹ AYM Entsch. v. 16.02.2012 E. 2011/41 K. 2012/25, R.G. v. 13.10.2012 – 28440.

durch die Ermittlungspersonen im Strafverfahren betreffen, erkennt der EGMR an, dass die Selbstbelastungsfreiheit unter Umständen eine rückwirkende Geltung auf außerstrafrechtliche Sachverhalte entfalten kann.¹⁴⁰ Im deutschen Recht kommt man zu diesem Ergebnis mit der Begründung, dass die Selbstbelastungsfreiheit verfassungsrechtlich jedem zustehe, also auch Aussagepersonen außerhalb eines Strafverfahrens.¹⁴¹ Auch wenn es in der Rechtsprechung des tVerfG unklar ist,¹⁴² so belegt der Wortlaut des Art. 38 Abs. 5 tVerf. doch einhellig, dass dieses Grundrecht jedem zusteht.

III. Schutz vor Aussagezwang

A. Grundzüge des Schutzzumfangs

Es ist in allen drei Rechtsordnungen verboten, einen Beschuldigten bei der polizeilichen Befragung zur Selbstbelastung zu zwingen. Dies gehört zur gefestigten Rechtsprechung des EGMR¹⁴³ und ist ausdrücklich in § 136a Abs. 1 Satz 2 dStPO und Art. 38 Abs. 5 tVerf. sowie §148 Abs. 1 Satz 2 tStPO von 2004 verankert. Die letztgenannte türkische Vorschrift lehnt sich an § 136a dStPO an und stimmt mit diesem auch in Einzelheiten weitgehend überein.¹⁴⁴

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit wurde die Zwangsdefinition des EGMR zu einem einheitlichen Aufbau herangezogen,¹⁴⁵ welche auch in der Sache im deutschen¹⁴⁶ und türkischen¹⁴⁷ Recht aus einzelnen nationalen Bestimmungen ableitbar ist. Im Gegensatz zum deutschen Recht und der Rechtsprechung des EGMR hat die einschlägige Vorschrift im türkischen Recht, mithin § 148 tStPO von 2004 (sowie § 135a tStPO von 1929), allerdings in der höchstrichterlichen Rechtsprechung kaum Anklang gefunden und ist daher äußerst klärungsbedürftig. Dies ist faktisch wohl darauf zurückzuführen, dass der türkische Kassationsgerichtshof auch erzwungene Geständnisse grundsätzlich als verwertbar erachtet und die Frage der Anwendung einer unzulässigen Vernehmungsmethode dementsprechend in erster Linie

¹⁴⁰ Stellvertretend etwa EGMR *Saunders ./ GB* Ur. v. 17.10.1996 §§ 67 ff.

¹⁴¹ Vgl. BVerfG NJW 1981, 1431; BGH NJW 1964, 1469, 1471; *Salditt*, FS für Hamm, S. 607.

¹⁴² Vgl. AYM Entsch. v. 16.02.2012 E. 2011/41 K. 2012/25, R.G. v. 13.10.2012 – 28440.

¹⁴³ EGMR *Jalloh ./ DE* Ur. v. 11.07.2006 § 110.

¹⁴⁴ Siehe Anhang: Gesetzestexte.

¹⁴⁵ Siehe oben Kap. 2, III.B.

¹⁴⁶ Siehe oben Kap. 3, III.B.1.

¹⁴⁷ Siehe oben Kap. 4, III.A.

als irrelevant ansieht.¹⁴⁸ Damit bleibt der KGH im Wesentlichen hinter den Anforderungen des konventionsrechtlichen Schutzzumfangs vor dem Aussagezwang zurück.

Dagegen geht die anerkannte und angewendete Reichweite des § 136a dStPO über die konventionsrechtlichen Erfordernisse hinaus, die grundsätzlich gegen Vernehmungsmethoden bestehen, die gegen das Folter- und Misshandlungsverbot nach Art. 3 EMRK verstoßen. § 136a dStPO liegt nämlich eine funktionale Zwangsdefinition zugrunde, die im Gegensatz zu der klassischen Zwangsdefinition des EGMR nicht auf die Schwere des willensbeugenden Zwangs im Augenblick von dessen Anwendung, sondern auf die Erzeugung eines starken und auch die Willensbildungsfreiheit des Betroffenen objektiv einschränkenden Aussagemotivs abstellt.¹⁴⁹ Das praktische Ergebnis der unterschiedlichen Definitionen zeigt sich spiegelbildlich bei der Anwendung einer Täuschung, welche abgesehen von Art. 3 EMRK auch nicht von der Freiwilligkeitslehre des EGMR in ihrer bis jetzt anerkannten Gestalt umfasst wird,¹⁵⁰ während § 136a Abs. 1 dStPO dies ausdrücklich verbietet, weil sie die Handlungsalternative eines Beschuldigten beachtlich einschränkt, sein Tatwissen nicht preiszugeben.¹⁵¹

B. Tatsächlicher Zwang

1. Verbotene Vernehmungsmethoden

Vergleicht man die unmittelbaren tatsächlichen Zwangsmittel in der Rechtsprechung des EGMR, welche neben Art. 3 EMRK auch die konventionsrechtliche Aussagefreiheit verletzen, mit den unzulässigen Vernehmungsmethoden des § 136a dStPO und § 148 tStPO von 2004, so ergibt sich, dass körperliche Übergriffe, Misshandlungen ohne körperliche Spuren sowie verbale Übergriffe überwiegend mit körperlichen Eingriffen, Misshandlungen und Quälereien übereinstimmen.¹⁵² Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass in der Rechtsprechung des türkischen Kassationsgerichtshofs die Übereinstimmung der einzelnen nach Art. 3 EMRK verbotenen Vernehmungsmethoden erst im Rahmen der Strafbarkeit von Vernehmungspersonen wegen Folter gem. § 94 tStGB von 2004 (sowie § 243 tStGB von 1926) sichtbar wird.¹⁵³ Im Übrigen berücksichtigt sowohl der BGH¹⁵⁴

¹⁴⁸ Siehe etwa YCGK Urt. v. 02.05.2000 E. 200/87 K. 2000/90 (hukuktürk); YCGK Urt. v. 11.11.2003 E. 2003/6-212 K. 2003/267 (kazancı).

¹⁴⁹ *Puppe*, GA 1978, 297.

¹⁵⁰ Siehe stellvertretend EGMR *Shabelnik ./. UA* Urt. v. 19.02.2009 § 59.

¹⁵¹ Vgl. BVerfG NJW 2013, 1058, 1069; BGHSt 42, 139, 152 f.

¹⁵² Vgl. Kap. 2, III.C.1.a)cc) und Kap. 3, III.C.1.b); Kap. 4, III.B.1.

¹⁵³ Siehe oben Kap. 4, III.B.1.a).

¹⁵⁴ BGH 3 StR 372/00 Urt. v. 21.02.2001, HRRS-Datenbank Rn. 23.

als auch der KGH¹⁵⁵ bei der Definition der Folter im nationalen Recht die Rechtsprechung des EGMR sowie Art. 1 Abs. 1 der UN-Antifolterkonvention, welcher auch vom EGMR bei der Auslegung des Art. 3 EMRK herangezogen wird.¹⁵⁶

Bei näherer Betrachtung des Vergleichs lässt sich feststellen, dass der konventionsrechtliche Schutzzumfang gegenüber dem Aussagezwang über die oben genannten Vernehmungsmethoden hinaus teilweise auch Ermüdung und Drohung i.S.v. § 136a dStPO und § 148 tStPO von 2004 umfasst. Anhaltspunkte über die konventionsrechtlich nach Art. 3 EMRK verbotene Ermüdung enthält das Urteil des EGMR im Fall *Mader*, in dem der Beschuldigte einem dauerhaften und nächtlichen Verhör mit Nahrungsentzug von zwei Tagen und 19 Stunden unterzogen worden war.¹⁵⁷ Zwar ist die Intensität der Ermüdung in diesem Fall im Vergleich zu den eben genannten Vorschriften relativ hoch.¹⁵⁸ In seiner neuen Rechtsprechung zeigt der EGMR allerdings die Bereitschaft, die Eingangsschwelle des Art. 3 EMRK zu senken.¹⁵⁹ Die Intensitätsfrage stellt sich außerdem bei der Drohung, die sowohl der EGMR als auch die deutschen Gerichte im Fall *Gäfgen* jeweils als psychische Folter i.S.v. Art. 3 EMRK¹⁶⁰ oder Drohung mit einer unzulässigen Maßnahme i.S.v. § 136a Satz 3 dStPO als unzulässig erachteten.¹⁶¹ Zu einem voneinander eindeutig abweichenden Ergebnis führt diese Frage bei der Zulässigkeit der Anwendung des sogenannten projektiven Persönlichkeitstests eines Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung zur Erlangung seines Tatwissens. Während der EGMR hierbei die Eingangsschwelle des Art. 3 EMRK nicht als überschritten erachtet,¹⁶² lässt sich seine Unzulässigkeit im deutschen Recht nach § 136a Abs. 1 dStPO feststellen, weil der Beschuldigte auch hier zum Objekt einer Informationsabschöpfung gemacht wird.¹⁶³

Wie bereits oben ausführlich dargelegt, ist die Rechtsprechung des EGMR hinsichtlich der konventionsrechtlich verbotenen Vernehmungsmethoden nach Art. 3 EMRK nicht nur unter dem Aspekt der hohen Eingangsschwelle unhaltbar. Die Kritik der vorliegenden Arbeit richtet sich vielmehr im Wesentlichen gegen das Vorgehen des EGMR, die Frage der Vernehmungsmethoden weitgehend im Rahmen des an strenge Tatbestandsmerkmale gebundenen Folter- und Misshandlungsverbots des Art. 3 EMRK zu erörtern.¹⁶⁴

¹⁵⁵ YCGK Urt. v. 15.10.2002 E. 2002/8-191 K. 2002/362 (kazanci).

¹⁵⁶ EGMR *Belousov* ./ UA Urt. v. 07.11.2013 § 61.

¹⁵⁷ EGMR *Mader* ./ HR Urt. v. 21.06.2011 §§ 105 ff.

¹⁵⁸ Vgl. BGHR StPO § 136a Abs. 1 Ermüdung 3; *Kaymaz*, YD 4/1994, 562.

¹⁵⁹ Siehe EGMR *Lenev* ./ BG Urt. v. 04.12.2012 § 116.

¹⁶⁰ EGMR *Gäfgen* ./ DE Urt. v. 01.07.2010 §§ 94 ff.

¹⁶¹ LG Frankfurt RA 2003, 712 = StV 2003, 327.

¹⁶² EGMR *Jager* ./ NL ZE v. 14.03.2000 § 3 Law.

¹⁶³ Vgl. oben Kap. 3, III.C.5.

¹⁶⁴ Vgl. oben Kap. 2, III.C.1.a)ee).

2. Freiwilligkeit eines Geständnisses

Erfreulich ist daher die Freiwilligkeitslehre des EGMR, die er aus Art. 6 Abs. 1 EMRK ableitet. Diese ist allerdings relativ jung und hat auch inhaltlich noch keine scharfen Konturen gewonnen.¹⁶⁵ Dennoch ist bemerkenswert, dass der Gerichtshof den angeblichen Drogen- und Alkoholeinfluss auf den Beschuldigten im Rahmen der Freiwilligkeit des Geständnisses erörtert.¹⁶⁶ Im deutschen Recht wird ein solcher Einfluss als Ausnutzung eines durch Verabreichung von Mitteln i.S.v. § 136a Abs. 1 Satz 1 dStPO herbeigeführten Zustands gewertet, auch wenn ein Zutun von Ermittlungsorganen fehlt; dies hat eine unzulässige Beeinträchtigung der Willensfreiheit zur Folge.¹⁶⁷

Die Vorzüge dieser Rechtsprechung gegenüber § 136a dStPO und § 138 tStPO von 2004 bestehen darin, dass sie eine Gesamtbetrachtung von bedenklichen Umständen einer polizeilichen Vernehmung vornimmt, von denen jede allein für sich jedenfalls nicht die Voraussetzungen der ausdrücklich in den Vorschriften genannten unzulässigen Vernehmungsmethoden erfüllt.¹⁶⁸ Zwar wird aus den beiden Vorschriften auch eine Generalklausel abgeleitet, die jede Willensbeeinträchtigung des Beschuldigten untersagt¹⁶⁹ (vgl. § 148 Abs. 1 Satz 1 tStPO von 2004) und dadurch die Freiwilligkeitslehre des EGMR grundsätzlich zu umfassen vermag. Weder im deutschen noch im türkischen Recht sind allerdings bis jetzt Umstände einer polizeilichen Vernehmung erarbeitet worden, die bei einer Gesamtbetrachtung die Freiwilligkeit eines polizeilichen Geständnisses infrage stellen. Die Konkretisierung der beiden Vorschriften ist im Wesentlichen durch die Erörterung der hier explizit genannten Methoden begrenzt.

Dies bedeutet allerdings nicht zwangsläufig, dass der konkrete Schutzzumfang der konventionsrechtlichen Aussagefreiheit unter dem Aspekt der Freiwilligkeitslehre über das deutsche und türkische Recht hinausgeht. Denn viele Unregelmäßigkeiten, auf die der EGMR bei der Feststellung eines i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK unfreiwilligen Geständnisses in seiner bis dato erfolgten Rechtsprechung hingewiesen hat, werden jedenfalls im deutschen Recht in der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Rahmen des Rechts auf einen Verteidigerbeistand gem. §§ 136 Abs. 1 Satz 3, 140, 140 Abs. 3 dStPO berücksichtigt.¹⁷⁰ Allerdings ist auch hier ein differenzierender Vergleich erforderlich. Die unterlassene Hilfe zur Konsultation eines Verteidigers nach dem ausdrücklich erklärten Willen des Beschuldigten, die vom EGMR als ein bedenklicher und zur Unfreiwilligkeit des polizeilichen Geständnisses

¹⁶⁵ Vgl. oben Kap. 2, III.C.1.b).

¹⁶⁶ EGMR *Dvorski* ./ *HR* Ur. v. 28.11.2013 §§ 102 f.

¹⁶⁷ Siehe OLG Stuttgart Beschl. v. 28.04.2009 – 2 Ss 747/08 = BeckRS 2009, 86318.

¹⁶⁸ Vgl. oben Kap. 2, III.C.1.b)bb).

¹⁶⁹ Siehe etwa SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 35.

¹⁷⁰ Siehe oben Kap. 4, III.B.3.

führender Umstand betrachtet wurde,¹⁷¹ verletzt zwar nach dem BGH das Verteidigerkonsultationsrecht nach § 136 Abs. 1 Satz 3 dStPO.¹⁷² In den übrigen Fällen von Unzulänglichkeiten bei der Konsultation eines Verteidigerbeistands ist aber jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob die teilweise strenge Rechtsprechung des BGH der Gesamtbetrachtungslehre des EGMR standhält. Auf das Verhältnis dieser Rechtsprechung zum Verteidigerbeistandsrecht nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK wird unten erneut eingegangen.¹⁷³ An dieser Stelle ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Gesamtbetrachtungslehre des EGMR auch für „kleine“ Unregelmäßigkeiten bei der polizeilichen Vernehmung zugänglich ist (etwa bei der fragwürdigen Beordnung eines sogenannten „genehmen“ Pflichtverteidigers¹⁷⁴), welchen man nicht mit der geringfügigen Schwere des Verstoßes oder dem Umstand begegnen kann, dass der Beschuldigte sein Schweigerecht doch kannte und die Aussage jederzeit hätte verweigern können.¹⁷⁵ Denn ein solches Vorgehen ist unmissverständlich darauf gerichtet, den Beschuldigten zu selbstbelastenden Äußerungen zu veranlassen.

Es lässt sich somit feststellen, dass die einzelnen Umstände, die im Rahmen der in der Sache noch nicht etablierten und daher nicht mit aller Deutlichkeit berechenbaren Gesamtbetrachtungslehre Berücksichtigung finden, ernst zu nehmen und mit Vorsicht und Sorgfalt zu bewerten sind, um eine reibungslose Annäherung an die Erfordernisse eines fairen Verfahrens nach Art. 6 Abs. 1 EMRK zu ermöglichen. Für das türkische Recht in seiner derzeitigen Anwendung durch die höchstrichterliche Rechtsprechung gilt dagegen, dass es endlich anfangen muss, die Rechtsverstöße bei der polizeilichen Vernehmung nach §§ 147 ff. tStPO von 2004 im Strafverfahren gegen den Beschuldigten überhaupt in die Betrachtung einzubeziehen und gegebenenfalls prozessrechtlich zu ahnden. Da dies fehlt,¹⁷⁶ erfüllt es auch die Erfordernisse der Freiwilligkeitslehre des EGMR nicht. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass der Gerichtshof in seiner kürzlich ergangenen Rechtsprechung im Fall *Yuriy Volkov* Bereitschaft gezeigt hat, eine Ermittlungspflicht für nationale Gerichte als prozessuale Schutzvorkehrung der konventionsrechtlichen Selbstbelastungsfreiheit zu fordern, wenn die Freiwilligkeit des polizeilichen Geständnisses des Beschuldigten infrage steht.¹⁷⁷ Die prozessuale Erweiterung des konventionsrechtlichen Schutzzumfangs der Aussagefreiheit verdient in Anbetracht der unverständlichen Passivität der türkischen Rechtsprechung große Zustimmung.

¹⁷¹ EGMR *Pavlenko* ./ *RU* Ur. v. 01.04.2010 § 107; EGMR *Martin* ./ *EE* Ur. v. 30.05.2013 § 90.

¹⁷² BGHSt 42, 15 ff.

¹⁷³ Siehe unten Kap. 5, V.D.

¹⁷⁴ Vgl. EGMR *Martin* ./ *EE* Ur. v. 30.05.2013 § 90.

¹⁷⁵ Vgl. BGHSt 42, 170 ff.

¹⁷⁶ Siehe oben Kap. 4, III.A.

¹⁷⁷ EGMR *Yuriy Volkov* ./ *UA* Ur. v. 19.12.2013 § 69 f.

3. Mittelbarer Zwang

Analysiert man die drei Rechtsordnungen, so lässt sich als Gemeinsamkeit feststellen, dass die Aussagefreiheit den Beschuldigten bei der polizeilichen Befragung nicht vor jedem Zwang schützt bzw. nicht als absolut zu verstehen ist. Gemeint ist hiermit also keine faktische, sondern eher eine rechtlich definierbare und somit relative Willensfreiheit.¹⁷⁸ Der Beschuldigte kann zulässigerweise einer polizeilichen Vernehmung unterzogen werden, bei der ihm die Fortbewegungsfreiheit entzogen ist (vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK, § 127 dStPO, § 90 tStPO von 2004). Der Gerichtshof macht in diesem Zusammenhang darauf aufmerksam, dass der Freiheitsentzug einer Person missbräuchlich ist, wenn er ohne Vorliegen eines angemessenen Verdachts, also konventionswidrig i.S.v. Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK, gezielt und zweckentfremdet zur Erlangung eines Geständnisses herangezogen wird.¹⁷⁹ Zu diesem Ergebnis kommt man auch im deutschen Recht bei der Auslegung des ausdrücklich in § 136a Abs. 1 Satz 2 dStPO genannten Zwangs, der nach dieser Vorschrift nur zulässig ist, wenn das Strafverfahren dies vorsieht.¹⁸⁰ Im türkischen Recht besteht darüber keine Klarheit, auch wenn § 148 Abs. 1 Satz 2 tStPO von 2004 ebenfalls ein entsprechendes Zwangsverbot enthält und für eine solche Auslegung geeignet ist.

4. Rechtstatsächlichkeit

Auch im Übrigen ist in der Rechtstatsächlichkeit des Polizeigewahrsams noch nicht geklärt, inwiefern die türkischen Ermittlungsorgane nach der Abschaffung krasser Folter- und Misshandlungsmethoden die Aussagefreiheit des Beschuldigten nach Art. 38 Abs. 5 tVerf. § 147, 148 tStPO von 2004 berücksichtigen werden. Hält man sich vor Augen, dass in der höchstrichterlichen Rechtsprechung kaum eine rechtliche Kontrolle der Rechtsverstöße im Polizeigewahrsam besteht und die Ermittlungsorgane die jahrelange Praxis der Aussageerpressung innerhalb des kurzen Zeitraums von gut zehn Jahren nach der Abschaffung der genannten brutalen Methoden noch nicht vollständig aufgegeben haben,¹⁸¹ so liegt es nahe, dass der tatsächliche Schutz eines Beschuldigten vor dem Aussagezwang bei der polizeilichen Vernehmung im Vergleich zu der Rechtstatsächlichkeit in Deutschland¹⁸² relativ gering ist. Dennoch lässt sich in Anbetracht der aktuellen Berichte über die Umstände einer polizeilichen Befragung feststellen, dass in der Rechtstatsächlichkeit die Erfordernisse des Art. 3 EMRK abgesehen von Einzelfällen eingehalten werden.¹⁸³

¹⁷⁸ Siehe etwa *Esser*, StraFo 2003, 341; *Bosch*, S. 124 f.; *Yenisey*, CHD 4/2007, 44 f.

¹⁷⁹ EGMR *Brogan und andere ./. GB* Ur. v. 29.11.1998 § 53; EGMR *John Murray ./. GB* Ur. v. 28.10.1994 §§ 55 ff.

¹⁸⁰ BGH NStZ 1995, 606 f.

¹⁸¹ Siehe etwa CPT-Bericht über den Türkei-besuch v. 04. bis 17.06.2009, Rn. 14 ff., 24.

¹⁸² Siehe oben Kap. 3, III.A.

¹⁸³ CPT-Bericht über den Türkei-besuch v. 07. bis 14.12.2005, Rn. 16 ff.

C. Rechtlicher Zwang

1. Unmittelbarer rechtlicher Zwang

In den drei Rechtsordnungen ist es verboten, das Schweigen bzw. die Aussageverweigerung eines Beschuldigten unter Strafe zu stellen.¹⁸⁴ Da er, anders als ein Zeuge, keine Aussagepflicht hat, darf er im deutschen (siehe §§ 48 Abs. 1 und 70 dStPO) und türkischen (§§ 53 Abs. 1 lit. a und 60 tStPO von 2004) Recht außerdem keinem unmittelbaren rechtlichen Zwangsmittel, etwa der Beugehaft oder einem Ordnungsgeld, ausgesetzt werden. Dasselbe lässt sich a fortiori aus der Rechtsprechung des EGMR ableiten, die bereits die Auferlegung einer strafbewährten Aussage- und Eidespflicht auf einen konventionswidrig von den nationalen Ermittlungsorganen für einen Zeugen gehaltenen Beschuldigten als Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK betrachtet.¹⁸⁵ Auch eine Aussage- oder Wahrheitspflicht in Gestalt einer *lex imperfecta* würde die Selbstbelastungsfreiheit in den drei Rechtsordnungen verletzen, weil diese dem Beschuldigten das Schweigerecht gewähren (vgl. § 136 Abs. 1 Satz 2 dStPO und § 147 Abs. 1 lit. e tStPO von 2004).¹⁸⁶ Im deutschen¹⁸⁷ und türkischen¹⁸⁸ Recht ist ferner grundsätzlich anerkannt, dass eine Falschaussage des Beschuldigten nicht strafbar ist, solange er durch eine solche Selbstbegünstigung kein neues Unrecht begeht.¹⁸⁹ Der Gerichtshof hat sich mit dieser Frage nicht unmittelbar befasst. Parallele Überlegungen hat er jedoch bei der außerstrafrechtlichen Geltung der konventionsrechtlichen Selbstbelastungsfreiheit angenommen.¹⁹⁰ Im türkischen Recht ist allerdings unklar, ob sich der Beschuldigte, der nach § 50 Abs. 1 lit. c tStPO von 2004 unter Umständen als Zeuge in eigener Sache angehört wird, einer Falschaussage gem. § 272 Abs. 1 und 2 tStGB von 2004 schuldig machen kann.¹⁹¹

Nach dem EGMR darf darüber hinaus das Fernbleiben von einer Beschuldigtenvernehmung seitens der Ermittlungsbehörden nicht bestraft werden.¹⁹² Während

¹⁸⁴ EGMR *Heaney und McGuinness* ./ *IE* Urt. v. 21.12.2000 §§ 51 ff.; von *Arnim*, GS für Blumenwitz, S. 281 f.; AYM Entsch. v. 20.06.2011 E. 2010/52 K. 2011/113, R.G. v. 15.10.2011 – 28085.

¹⁸⁵ EGMR *Brusco* ./ *FR* Urt. v. 14.01.2010 §§ 47 ff.

¹⁸⁶ EGMR *Jalloh* ./ *DE* Urt. v. 11.07.2006 § 110.

¹⁸⁷ Vgl. BVerwG NJW 1968, 858; *Bosch*, S. 186.

¹⁸⁸ *Şahin*, *Ceza Muhakemesi*, S. 161; von einer wohl weiterreichenden zulässigen Selbstbegünstigung ausgehend etwa YCGK Urt. v. 16.06.2009 E. 2008/4. MD-178 K. 2009/159 (kazancı).

¹⁸⁹ Siehe oben Kap. 3, III.D.1; Kap. 4, III.C.1.

¹⁹⁰ EGMR *Allen* ./ *GB* ZE v. 10.09.2002 § 1 Recht; EGMR *Van Vondel* ./ *NL* ZE v. 23.03.2006 § 1. Recht.

¹⁹¹ Vgl. 4. YCD Urt. v. 06.05.2002 E. 2002/5840 K. 2002/7908, YKD 6/2003, S. 988; *Tezcan/Erдем/Önok*, S. 992.

¹⁹² EGMR *Shannon* ./ *GB* Urt. v. 04.10.2005 §§ 38 ff.

das deutsche Recht dieser konventionsrechtlichen Anforderung dadurch entspricht, dass der Beschuldigte keine Pflicht hat, zu einer polizeilichen Vernehmung zu erscheinen,¹⁹³ wird eine solche Pflicht im türkischen Recht durchaus angenommen, wobei das Fernbleiben keine Straftat darstellt.¹⁹⁴ Dadurch erfüllt es den Mindeststandard der EMRK.

2. Mittelbarer rechtlicher Zwang

a) Rechtliche Aspekte

Es besteht in den drei Rechtsordnungen Einigkeit darüber, dass der Beschuldigte durch die nachteilige Verwertung seines Aussageverhaltens einem mittelbaren rechtlichen Zwang ausgesetzt wird.¹⁹⁵ Die Frage, ob dies einen gerechtfertigten Eingriff in seine Aussagefreiheit darstellt oder nicht, wird allerdings unterschiedlich und differenziert beantwortet. So geht der EGMR ausdrücklich von einem engen Verständnis der Aussagefreiheit aus, nach dem ein Beschuldigter die Konsequenzen seines Schweigens etwa in Gestalt einer nachteiligen Verwertung zu tragen habe¹⁹⁶ und seinen Schutzbereich beim Aussagen verlasse.¹⁹⁷ Zu dem zweiten Teil des EGMR-Arguments gelangt die h.M. im deutschen Recht mit der Begründung, dass sich der Beschuldigte selbst zum Beweismittel mache, welches zu würdigen ist, wenn er sich zur Sache teilweise einlasse.¹⁹⁸

Im Gegensatz zum EGMR und der h.M. im deutschen Recht findet die Frage der Zulässigkeit einer nachteiligen Verwertung des Aussageverhaltens des Beschuldigten in der höchstrichterlichen Rechtsprechung in der Türkei kaum eine Erörterung.¹⁹⁹ Ausgenommen davon ist die Hervorhebung des aus dem osmanischen Recht tradierten Rechtssatzes, dass das Schweigen des Beschuldigten nicht mit einem Geständnis gleichzusetzen ist.²⁰⁰ Damit entspricht das türkische Recht der konventionsrechtlichen Anforderung, dass das Schweigen des Beschuldigten doch nicht allein oder hauptsächlich als Grundlage seiner Verurteilung herangezogen werden darf. Dies würde nämlich einen unmittelbar rechtlichen Zwang darstellen,

¹⁹³ *Dahs*, S. 205 Rn. 287.

¹⁹⁴ *Şahin*, Gazi Şerhi, S. 405.

¹⁹⁵ EGMR *John Murray* ./ *GB* Urt. v. 08.02.1996 §§ 48 ff.; BVerfG NStZ 1995, 555; *Eryılmaz*, S. 125.

¹⁹⁶ EGMR *Tomlinson* ./ *GB* ZE v. 28.08.2001 § Recht.

¹⁹⁷ EGMR *Shukla* ./ *GB* ZE v. 16.06.2009 § Recht.

¹⁹⁸ BGH NStZ 2000, 495; hierzu siehe auch IK-EMRK-Kühne, Art. 6 Rn. 450; *Salditt*, FS für Hamm, S. 598; *Roberts/Zuckerman*, S. 542.

¹⁹⁹ Siehe oben Kap. 4, III.C.2.

²⁰⁰ YCGK Urt. v. 19.04.1993, 6-81/110 in: *Mollamahmutoğlu/Savaş*, § 135, S. 765; vgl. *Çolak*, YD 3/1999, 328, der in diesem Zusammenhang bemerkenswerterweise auf den Grundsatz des kanonischen Rechts „Qui tacet consentire videtur“ verweist: „Wer schweigt, scheint zuzustimmen.“

welcher den Wesensgehalt des Schweigerechts nach Art. 6 Abs. 1 EMRK zerstören würde.²⁰¹ Allerdings hält der türkische Kassationsgerichtshof diesen Satz offenbar in Strafverfahren gegen Terrorverdächtige nicht ein und betrachtet ihre politisch motivierten und in der Sache mit dem Tatvorwurf nicht zusammenhängenden Äußerungen als Schuldindiz.²⁰²

Die h.M. im deutschen Recht betrachtet neben einer solchen Heranziehung des vollständigen Schweigens des Beschuldigten auch jeden anderen nachteiligen Schluss hieraus als eine ungerechtfertigte Einschränkung des Schweigerechts, weil seine Ausübung ansonsten ins Leere laufen und der Schutz ausgehöhlt würde.²⁰³ Dabei geht sie offenkundig über den konventionsrechtlichen Schutzzumfang der Aussagefreiheit hinaus,²⁰⁴ nach dem das vollständige Schweigen einem Beschuldigten unter Einhaltung einiger Voraussetzungen doch nachteilig verwertet werden darf.²⁰⁵ Dies gilt auch für die nach dem EGMR unbedenkliche nachteilige Verwertung des zeitweisen Schweigens,²⁰⁶ die nach der h.M. im deutschen Recht eine zeitliche Ausübung des Schweigerechts unmöglich macht und daher unzulässig ist.²⁰⁷

b) Grenzen der Beweiswürdigung

In den drei Rechtsordnungen ist anerkannt, dass die Zulässigkeit der nachteiligen Verwertung eines bestimmten Aussageverhaltens des Beschuldigten prinzipiell auf die freie Beweiswürdigung zurückzuführen ist,²⁰⁸ auch wenn sie ihre Grenzen, wie eben ausgeführt, unterschiedlich ziehen. Unterschiedlich sind ebenfalls die Anforderungen an eine nachteilige Verwertung und die dazu herangezogenen Erfahrungssätze, wobei die diesbezügliche Rechtsprechung des türkischen Kassationsgerichtshofs keine ausdrücklichen Vorgaben enthält und teilweise von sehr fragwürdigen Grundannahmen ausgeht, die auf das Motiv des Beschuldigten bei einem bestimmen Aussageverhalten schließen sollen.

So ist es erstaunlich, dass der KGH bereits das teil- oder zeitweise Schweigen des Beschuldigten sowie den Widerruf seines polizeilichen Geständnisses als schuldrelevantes Verhalten dahingehend betrachtet, der Strafe zu entkommen.²⁰⁹

²⁰¹ EGMR *John Murray* ./ GB Ur t. v. 08.02.1996 §§ 48 ff.

²⁰² YCGK Ur t. v. 17.04.1995 E. 1995/9-94 K. 1995/117 (kazancı).

²⁰³ BVerfG StV 1995, 506; *Aselmann*, S. 73 ff.

²⁰⁴ IK-EMRK-*Kühne*, Art. 6 Rn. 449; *Schlauri*, S. 364 f.; *Matt*, GA 2006, 327 f.; vgl. *Guder*, S. 223.

²⁰⁵ Siehe etwa EGMR *John Murray* ./ GB Ur t. v. 08.02.1996 §§ 51 ff.

²⁰⁶ EGMR *Fox* ./ GB ZE v. 09.11.1999 § Recht.

²⁰⁷ BGH StV 1988, 328.

²⁰⁸ EGMR *Sorokins und Sorokina* ./ LT Ur t. v. 28.05.2013 § 110; BVerfG NJW 2005, 1641 f.; BGH NStZ 2000, 495; *Eryilmaz*, S. 124.

²⁰⁹ Vgl. 7. YCD Entsch. v. 21.02.2007 E. 2006/6604 K. 2007/1023 (kazancı); YCGK Ur t. v. 08.07.2003 E. 2003/9-191 K. 2003/213 (kazancı).

Diesem Vorgehen liegt wohl der auch in der Literatur verbreitete Gedanke zugrunde, dass ein Schuldiger stets schweigen oder den Tatvorwurf schlichtweg abstreiten wird, während sich ein Unschuldiger zur Sache einlassen und im Regelfall ein Alibi haben wird.²¹⁰ Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass der KGH ein sogenanntes umdeutendes Geständnis des Beschuldigten bereits darin sieht, dass er die ihn belastenden Verdachtsmomente zu seinen Gunsten „umdeutet“ und seine Schuld vollständig abstreitet,²¹¹ während er seiner Alibibehauptung, die seine Verstrickung in die Tat nicht vollständig bestreitet, jedoch seine Schuld durch Vortrag eines materiellrechtlichen Entschuldigungsgrundes erheblich vermindert, unter Berücksichtigung des Zweifelsgrundsatzes bedingungslos Glauben schenkt, wenn diese vom Gericht nicht zu widerlegen sei.²¹² Nicht nur bleiben die Gründe für eine solche Begünstigung des aussagenden Beschuldigten, die ersichtlich für Missbräuche offen ist, in der Rechtsprechung des KGH unklar, sondern ebenso die Begründung der Rechtsauffassung, dass in Strafverfahren gegen Terrorverdächtige allein der Widerruf des polizeilichen Geständnisses die Schuld des Beschuldigten indiziert.²¹³

Mit diesen Erfahrungssätzen bleibt die Rechtsprechung des KGH eindeutig hinter den Anforderungen der EMRK zurück.²¹⁴ Zwar nimmt auch der EGMR an, dass der Gedanke nicht völlig falsch sei, dass unschuldige Personen im Regelfall mit der Polizei zum Zweck der Aufklärung der Tat kooperieren. Er schließt allerdings im Gegensatz zum KGH nicht aus, dass auch diese einen Grund haben können, bei der polizeilichen Vernehmung zu schweigen.²¹⁵ Die h.M. im deutschen Recht ist dagegen beim Erkenntniswert des Schweigens vorsichtiger als der EGMR.²¹⁶ Sie stellt überhaupt die Existenz des im türkischen Recht gängigen und vom EGMR teilweise zugestimmten und soeben genannten Erfahrungssatzes infrage und verweist auf weitere mögliche Motive des Schweigens, die schuld irrelevant sein können.²¹⁷ Eine Pflicht des Beschuldigten zur Offenlegung seiner Motive hält sie ebenfalls für unzulässig, weil der Beschuldigte das Recht auf völliges Schweigen hat.²¹⁸ Auch hier unterscheidet sich die EGMR-Rechtsprechung vom deutschen Recht, weil sie etwa die Aufforderung des nationalen Rechts, das Verteidigeranraten als Grund des

²¹⁰ *Tosun*, S. 753.

²¹¹ So etwa stellvertretend 5. YCD Entsch. v. 08.11.2001 E. 2001/587 K. 2001/6701 (hukuktürk).

²¹² Siehe etwa stellvertretend YCGK Urt. v. 11.10.2011 E. 2011/1-175 K. 2011/210 (kazancı).

²¹³ YCGK Urt. v. 08.07.2003 E. 2003/9-191 K. 2003/213 (kazancı).

²¹⁴ So etwa ausdrücklich festgestellt durch EGMR *Getiren* ./ *TR* Urt. v. 22.07.2008 §§ 126 ff.

²¹⁵ EGMR *Averill* ./ *GB* Urt. v. 06.06.2000 § 49.

²¹⁶ SK-StPO-*Paeffgen* Art. 6 Rn. 83.

²¹⁷ Hierzu ausführlich siehe etwa *Aselmann*, S. 67 f. und S. 75.

²¹⁸ SK-StPO-*Rogall*, Vor. § 133 ff. Rn. 198; *Meyer-Göfner*, § 261 Rn. 16.

Schweigens des Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung durch Offenlegung des Inhalts seines Gesprächs mit dem Verteidiger glaubhaft zu machen, als konventionsrechtlich unbedenklich betrachtet.²¹⁹ Anzumerken ist allerdings, dass die Rechtsprechung des EGMR einschließlich des genannten Erfahrungssatzes über eine Motivforschung weiter klärungsbedürftig ist, zumal er diese im Fall *Adetoro* geändert zu haben scheint.²²⁰ Unverkennbar ist im Übrigen auch hier der Einfluss des englischen Rechts auf das Gesamtkonzept des EGMR bezüglich der nachteiligen Verwertung eines Aussageverhaltens des Beschuldigten.²²¹

Die Frage des Ausschlusses schuldirelevanter Motive stellt sich im deutschen Recht erst dann, wenn es um die nachteilige Verwertung des teilweisen Schweigens geht. Diese setzt nach der h.M. im deutschen Recht außerdem voraus, dass die Beantwortung der verweigerter Frage vom Beschuldigten unter den Umständen des Einzelfalls zu erwarten sein muss.²²² Das Kriterium der Erwartbarkeit stellt auch eine konventionsrechtliche Anforderung dar, die der EGMR im Gegensatz zur h.M. im deutschen Recht auch bei der nachteiligen Verwertung des vollständigen und zeitweisen Schweigens berücksichtigt. Bei näherer Betrachtung hängt dies in der Spruchpraxis des EGMR mit dem dritten Kriterium eng zusammen, dass die Anklage gegen den Beschuldigten *prima facie* begründet sein muss.²²³ Sind all diese Voraussetzungen erfüllt, so dürfen nach dem EGMR nachteilige Schlussfolgerungen aus dem genannten Aussageverhalten des Beschuldigten gezogen werden, die mit einem „gesunden Menschenverstand“ vereinbar sind.²²⁴ Zwar werden die letztgenannten zwei Voraussetzungen bei der nachteiligen Verwertung des Teilschweigens im deutschen Recht nicht ausdrücklich erwähnt. Es ist allerdings davon auszugehen, dass diese im deutschen Recht, in dem der Zweifelgrundsatz gilt und die richterliche Beweiswürdigung die Denkgesetze einhalten muss, erfüllt werden müssen.²²⁵ In der Rechtsprechung des türkischen Kassationsgerichtshofs sind dagegen solche Kriterien überhaupt nicht bekannt.

²¹⁹ EGMR *Condron* ./ *GB* Urt. v. 02.05.2000 § 61.

²²⁰ EGMR *Adetoro* ./ *GB* Urt. v. 20.04.2010 § 51.

²²¹ IK-EMRK-Kühne, Art. 6 Rn. 449; hierzu siehe auch oben Kap. 2, III.D.2.b).

²²² BGHR StPO § 261 Aussageverhalten 22.

²²³ EGMR *John Murray* ./ *GB* Urt. v. 08.02.1996 § 51.

²²⁴ Ebd.

²²⁵ Vgl. BGHR StPO § 261 Einlassung 4; Volk, S. 315 Rn. 6; Roxin/Schünemann, S. 470 f. Rn. 26 f.

IV. Umgehungsverbot

Anders als das türkische Recht²²⁶ erkennen der EGMR und die höchstrichterliche Rechtsprechung in Deutschland ausdrücklich an, dass die Aussagefreiheit des Beschuldigten vor der Umgehung durch verdeckte Abschöpfungsmethoden zu schützen ist. Zugleich unterstreicht man in den beiden Rechtsordnungen, dass verdeckte Ermittlungsmaßnahmen rechstaatlich erforderlich sind, um eine wirksame Verbrechensbekämpfung zu betreiben. Die Reichweite des ebenfalls als erforderlich betrachteten Umgehungsschutzes bestimmt sich folglich nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit,²²⁷ wobei die dadurch festgelegten Grenzen einer verdeckten Abschöpfung in den beiden Rechtsordnungen weitgehend übereinstimmen.

A. Tatprovokation

Ausgenommen davon ist die Tatprovokation. Während der EGMR hierbei grundsätzlich nur die Infiltration des Umfelds eines bereits Verdächtigten zulässt, bei der die Einflussnahme auf seine Willensfreiheit durch gewisse Täuschungen nicht auszuschließen ist,²²⁸ fordert der BGH für die Annahme einer unzulässigen Tatprovokation eine stärkere Einwirkung auf den Betroffenen.²²⁹ Gemeinsam ist den beiden Rechtsordnungen, dass die Aussagefreiheit des Beschuldigten im Fall einer Tatprovokation nicht ausdrücklich thematisiert wird und lediglich einen indirekten Schutz enthält, obwohl sie auch bei der Veranlassung eines Verdächtigten zur Begehung einer Straftat tangiert werden kann.²³⁰

B. Aushorchungsfälle

Einen klaren Fall der Verletzung des Umgehungsschutzes stellt dagegen die Aushorchung eines inhaftierten Beschuldigten dar, welche sowohl nach dem EGMR als auch nach dem BGH grundsätzlich eine Verletzung der Aussagefreiheit zur Folge hat. Eine große Annäherung der Rechtsprechung des BGH an die Kriterien des EGMR, die er für die Annahme einer solchen Verletzung im Fall *Allan* feststellte,²³¹ ist in BGHSt 52, 11 ff.²³² ausdrücklich erfolgt. Entscheidend ist dabei

²²⁶ Siehe oben Kap. 4, IV.C.3.

²²⁷ EGMR *Teixeira de Castro* ./ PT Ur t. v. 09.06.1998 § 36; *Gaede/Buermeyer*, HRRS 6/2008, 281; BGHSt 42, 139 ff.

²²⁸ So etwa EGMR *Lüdi* ./ CH Ur t. v. 15.06.1992 § 39 f.

²²⁹ BGHSt 45, 331, 338; hierzu siehe auch *Gaede*, FS für Fezer, S. 31; *Esser/Gaede/Tsambikakis*, NSTZ 2011, 142 f.

²³⁰ *Lüderssen*, FS für Roxin, 363; *Roxin*, NSTZ 1995, 466.

²³¹ EGMR *Allan* ./ GB Ur t. v. 05.11.2002 § 51 f.

die Frage, ob die Aushorchung die funktionale Äquivalenz einer Beschuldigtenvernehmung darstellt und dem Betroffenen dabei durch Ausübung eines psychologischen Drucks selbstbelastende Äußerungen entlockt worden sind. In BGHSt 55, 138 ff. nahm die Rechtsprechung sogar eine „unfaire Vernachlässigung der Selbstbelastungsfreiheit“ unter solchen Umständen an, die von dem Fall *Allan* jedenfalls dahingehend abweichen, dass der Beschuldigte vor der verdeckten Befragung formell nicht vernommen worden war und von seinem Schweigerecht dementsprechend keinen Gebrauch gemacht hatte.²³³

C. Abhörfälle

Der Einsatz einer im Auftrag der Ermittlungsorgane agierenden Privatperson auf einen sich auf freiem Fuß befindlichen Beschuldigten, um ihm eine sogenannte „Abhörfälle“ zu stellen, erfüllt sowohl nach dem EGMR als auch nach dem BGH die obengenannten *Allan*-Kriterien nicht.²³⁴ Der Gerichtshof betrachtet im Fall *Bykov* sogar schwerwiegende Täuschungen des Beschuldigten als ungeeignet, um das Vorliegen einer Druckausübung in der erforderlichen Intensität anzunehmen.²³⁵ Der BGH hat zuletzt in NSTZ 2011, 596 unter Berücksichtigung der beiden genannten Fälle die erwähnte Zulässigkeit bestätigt.

D. Abhören durch aktive Täuschung

In Anbetracht der strengen *Allan*-Kriterien überrascht es nicht, dass der EGMR auch die räumliche Abhörung eines Beschuldigten, die etwa wie im Fall *Wood* erst durch gewisse vorbereitende Maßnahmen der Ermittlungsorgane zustande gebracht wird, konventionsrechtlich als unerheblich erachtet.²³⁶ Im Fall *Lewis* erkannte er zwar an, dass die Vertraulichkeit der Kommunikation zwischen einem Ehepaar bei einer räumlichen Abhörung zu berücksichtigen ist. Die Konkretisierung der *Allan*-Kriterien dahingehend, dass der Beschuldigte dort durch das verdeckte Vorgehen der Ermittlungsorgane „aus dem Konzept“ gebracht worden sei, macht allerdings erneut klar, dass die Schwere der erforderlichen Druckausübung auch durch den Verstoß gegen das genannte Beachtungsgebot nicht erreicht wird.²³⁷ Der Besucher-

²³² Vgl. *Gaede*, StV 2003, 262; *Eidam*, S. 68 f.

²³³ Vgl. LK-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 934.

²³⁴ Vgl. EGMR *Heglas* ./ CZ Ur. v. 01.03.2007 §§ 89 ff.; EGMR *Choudhary* ./ GB ZE v. 04.05.1999 § 2 Recht.

²³⁵ EGMR *Bykov* ./ RU Ur. v. 10.03.2009 § 102.

²³⁶ EGMR *Wood* ./ GB ZE v. 20.01.2004 § A 2. Recht.

²³⁷ EGMR *Lewis* ./ GB ZE v. 08.07.2003 § 2 Recht.

raumfall in BGHSt 53, 294 ff. enthielt im Vergleich zu den Fällen *Lewis* und *Wood* weitreichende Täuschungsmomente, die unter Berücksichtigung der gezielten Ausnutzung des Aussagedrucks, der aus dem natürlichen Kommunikationsbedürfnis des inhaftierten Beschuldigten mit seiner Ehefrau hervorging, der Schwere des „Würdeverlust-Konzepts“ nahe kamen, jedoch wohl nicht ausreichten. Daher ist es zutreffend, dass der BGH eine Verletzung des allgemeinen Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK feststellte.

V. Ergänzende Schutzrechte

Die Informationsrechte und das Recht auf den Verteidigerbeistand zum Schutz der Aussagefreiheit eines Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung erfordern in allen drei Rechtsordnungen zunächst, dass der Begriff des Beschuldigten sowie der „Vernehmung“ geklärt wird (vgl. § 136 Abs. 1 dStPO und § 147 tStPO von 2004).²³⁸

A. Beschuldigtenstatus

1. Im Allgemeinen

Während die Klärung dieser Begriffe im deutschen Strafverfahrensrecht insbesondere aufgrund der prozessualen Folge von Rechtsverstößen bei der polizeilichen Vernehmung eines Beschuldigten eine breite Erörterung findet, bei der eine weitgehende Einigkeit in der Rechtsprechung und Literatur besteht,²³⁹ hat sich der EGMR mit diesem Thema erst in seiner jüngeren Rechtsprechung – mit einer überraschenden Ausführlichkeit – befasst.²⁴⁰ Im türkischen Strafverfahren wird dies jedenfalls in der Spruchpraxis des türkischen Kassationsgerichtshofs kaum behandelt, weil der KGH die genannten Rechtsverstöße im Regelfall mit keiner prozessualen Folge ahndet, etwa einem Verwertungsverbot für die dadurch erlangten Beschuldigtenaussagen.²⁴¹ Gleichwohl definiert § 2 Abs. 1 lit. a tStPO von 2004 den Begriff des Beschuldigten dahingehend, dass dieser diejenige Person ist, die im Ermittlungsverfahren unter Tatverdacht steht. Allerdings besteht auch in der Literatur keine Klarheit über die Bedeutung dieser Definition, die sich weitgehend auf

²³⁸ Vgl. EGMR *Aleksandr Zaichenko* ./ *RU* Ur. v. 18.02.2010 §§ 42 ff.; BGHSt 45, 367 ff.

²³⁹ Stellvertretend *Roxin*, FS für Schöch, S. 823.

²⁴⁰ EGMR *Bandaletov* ./ *UA* Ur. v. 31.10.2013 § 56; EGMR *Yuriy Volkov* ./ *UA* Ur. v. 19.12.2013 § 66.

²⁴¹ Siehe etwa YCGK Ur. v. 03.10.2000 E. 2000/1-151 K. 2000/174 (legalbank); das Gegenvotum in I. YCD Entsch. v. 10.03.2008 E. 2007/6461 K. 2008/1790 (kazanci).

das deutsche Strafverfahrensrecht bezieht.²⁴² Bereits dadurch bleibt das türkische Recht hinter den Anforderungen der EMRK zurück, die nun zweifelsohne eine konkrete Auseinandersetzung mit diesen Begriffen verlangen.

2. Allgemeine Beschuldigtentheorie

Den Status des Beschuldigten i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK erhält eine Person nach der gefestigten Rechtsprechung des EGMR, wenn ihr die Beschuldigung offiziell mitgeteilt wird.²⁴³ Ähnlich nimmt man im deutschen Strafverfahrensrecht an, dass der Beschuldigte die Person ist, gegen die das Ermittlungsverfahren als eine solche betrieben wird.²⁴⁴ Diese Definition greift im Vergleich zu der erstgenannten in der Sache vor, weil sie auf den subjektiven Verfolgungswillen der Ermittlungsorgane abstellt und keine offizielle Mitteilung verlangt. Allerdings ist es sowohl durch den EGMR als auch die h.M. in Deutschland anerkannt, dass einer missbräuchlichen Ausübung dieser Befugnis der Ermittlungsorgane entgegenzuwirken ist.²⁴⁵ Daher kann der Beschuldigtenstatus nach dem EGMR auch beim Unterbleiben der genannten Mitteilung und nach der h.M. in Deutschland beim nicht feststellbaren subjektiven Verfolgungswillen angenommen werden, wenn die Ermittlungsorgane Maßnahmen ergreifen, die nach dem EGMR die Rechtsstellung des Betroffenen wesentlich beeinträchtigen und nach der h.M. in Deutschland erkennbar darauf abzielen, gegen den Beschuldigten wegen der Begehung einer Straftat vorzugehen.²⁴⁶ Auffällig ist der Unterschied zwischen den beiden Definitionen insofern, als der EGMR diese wohl zum Schutze der Beschuldigtenrechte vornimmt, während die h.M. im deutschen Recht weiterhin die Feststellung eines gegebenen Verfolgungswillens der Ermittlungsorgane im Visier hat.²⁴⁷ Die Frage, ob dies konkrete Auswirkungen auf die Erlangung des Beschuldigtenstatus hat, lässt sich nicht abstrakt beurteilen. In der Tat sind auch die beiden letztgenannten Definitionen ihrerseits konkretisierungsbedürftig, denn sie beschreiben den Zeitpunkt eines finalen Ermittlungsaktes und sagen nichts über seine Vorstufen aus, in denen der Beschuldigtenstatus noch nicht eingetreten ist. So ist etwa in beiden Rechtsordnungen anerkannt, dass die Mitnahme einer Person auf die Polizeistation oder ihre Befragung nicht automatisch den konkludenten Verfolgungswillen der Ermittlungsorgane belegen, weil sie sich nicht nur an einen Beschuldigten, sondern auch an einen Zeugen richten können.²⁴⁸

²⁴² Siehe etwa *Centel/Zafer*, S. 136; *Ünver/Hakeri*, I. Band, S. 277 ff.

²⁴³ EGMR *Malkov* ./ *ES* Ur. v. 04.02.2010 § 56.

²⁴⁴ BGH-*Nack* Ur. v. 30.01.2001 – 1 StR 454/00; BVerfG NJW 1996, 3072.

²⁴⁵ Vgl. EGMR *Brusco* ./ *FR* Ur. v. 14.01.2010 §§ 47 ff.; BGHSt 38, 214 ff.

²⁴⁶ Vgl. EGMR *Brusco* ./ *FR* Ur. v. 14.01.2010 §§ 47 ff.; BGHSt 38, 214 ff.

²⁴⁷ Hierzu siehe auch *Brunhöber*, ZIS 12/2010, 764 f.

²⁴⁸ Vgl. EGMR *Smolik* ./ *UA* Ur. v. 19.01.2012 §§ 49 ff.; EGMR *Bandaletov* ./ *UA* Ur. v. 31.10.2013 §§ 59 ff.; BGH NSZ-RR 2004, 378 f.; BGHSt 45, 367, 371 f.

3. Abgrenzung

Die Konkretisierung erfolgt in beiden Rechtsordnungen durch die Abgrenzung des Beschuldigtenstatus von anderen Aussagepersonen, die in einem Ermittlungsverfahren ebenfalls befragt werden. Führt man sich vor Augen, dass das Verfahren erst durch das Vorliegen eines gewissen Tatverdachts eingeleitet wird, so entsteht durch seine Personifizierung zunächst der Status des Verdächtigten. Die h.M. in Deutschland unterstreicht ausdrücklich, dass dieser mit dem Beschuldigten nicht zu verwechseln ist und die Annahme des Beschuldigtenstatus nicht automatisch erfolgen kann.²⁴⁹ Zwar gibt es eine solche Klarstellung in der Rechtsprechung des EGMR bis jetzt nicht; bei näherem Hinsehen ergibt sich allerdings, dass auch der EGMR nicht jeden personifizierten Verdacht für die Begründung des Beschuldigtenstatus i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK als hinreichend betrachtet (dazu sogleich detaillierter). Außer einem einfachen Verdächtigten richtet sich die Befragung in einem Ermittlungsverfahren auch an Drittpersonen, die nach der h.M. in Deutschland im Rahmen einer sogenannten „informativischen Befragung“ oder einer Zeugenvernehmung nach ihrem möglichen Tatwissen befragt werden können.²⁵⁰ Auch eine Analyse der Rechtsprechung des EGMR ergibt, dass die Bejahung des Beschuldigtenstatus im Regelfall durch eine Abgrenzung zu solchen Drittpersonen erfolgt. So hat der Gerichtshof etwa im Fall *Smolik* festgestellt, dass die Polizei keinen Grund dafür hatte, ihn bei seiner Befragung zu Hause in Anwesenheit seiner Mutter überhaupt zu verdächtigen.²⁵¹

4. Intensität des Verdachts

Den materiellen Maßstab für die eben mehrfach betonte Abgrenzung macht in beiden Rechtsordnungen bei näherer Betrachtung eine qualifizierte Stärke des Tatverdachts aus. Während der EGMR den Beschuldigtenstatus bereits dann annimmt, wenn die Ermittlungsorgane „einen plausiblen Grund“ für die Verdächtigung des Betroffenen hinsichtlich der Verwicklung in eine Straftat erkennen,²⁵² ist die erforderliche Schwere des Verdachts nach der h.M. in Deutschland erst dann erfüllt, wenn den Ermittlungsorganen „hinreichend gesicherte Erkenntnisse hinsichtlich Tat und Täter“ vorliegen.²⁵³ Dementsprechend will die deutsche Rechtsordnung die Bejahung des Beschuldigtenstatus – etwa bei Tötungsdelikten oder Trunkenheit im Verkehr – hinauszögern, wenn es noch an einem Tatmotiv fehlt oder wenn nicht

²⁴⁹ BGH-Nack Urt. v. 30.01.2001 – 1 StR 454/00; *Beulke*, S. 69 Rn. 111; *Rogall*, NSTZ 1997, 400; *Mäder*, S. 98.

²⁵⁰ BGHSt 45, 367 ff.

²⁵¹ EGMR *Smolik* ./ UA Urt. v. 19.01.2012 §§ 49 ff.

²⁵² EGMR *Bandaletov* ./ UA Urt. v. 31.10.2013 § 56.

²⁵³ BGHSt 51, 367, 371.

ausgeschlossen ist, dass der Alkoholgeruch im Auto nicht unbedingt mit der Fahrereigenschaft des Befragten einhergeht.²⁵⁴

Vergleicht man die beiden Maßstäbe, so fällt auf, dass die h.M. in Deutschland höhere Anforderungen an die Annahme eines für die Bejahung des Beschuldigtenstatus hinreichenden Verdachts stellt. Denn sie räumt den Ermittlungsorganen die Befugnis ein, die vorliegenden Erkenntnisse, wie bei den eben genannten zwei Beispielen, weiter zu vertiefen, während der EGMR die Plausibilität der Täterschaft anhand vorliegender Erkenntnisse ausreichen lässt. Wohl aus diesem Grunde nahm der EGMR im Fall *Yuriy Volkov* ohne Weiteres den Beschuldigtenstatus des auf die Polizeistation verbrachten Betroffenen an, weil gegen ihn belastende Aussagen seines späteren Mitbeschuldigten vorlagen.²⁵⁵

5. Schutz der Aussagefreiheit

Der Grund für einen solchen beschuldigtenfreundlichen Ansatz des EGMR liegt wohl darin, dass der Gerichtshof dadurch eine möglichst frühe und somit wirksame Ausübung der Beschuldigtenrechte bei der polizeilichen Befragung, im konkreten Fall das Recht auf Verteidigerbeistand, ermöglichen will, dessen Ausübung nach der eingangs aufgeführten Definition des EGMR die Rechtsstellung des Betroffenen wesentlich beeinträchtigen kann. Der Gedanke der wahrscheinlichen Gefährdung eines Beschuldigtenrechts zeigt sich insbesondere im Fall *Aleksandr Zaichenko*, in dem der Gerichtshof zur Konkretisierung des genauen Zeitpunkts der erforderlichen Belehrung des Betroffenen über seine konventionsrechtliche Selbstbelastungsfreiheit auf den Umstand abstellte, dass er durch die Beantwortung jeder weiteren Frage Gefahr lief, sich zu belasten, als man zwei verdächtige Kanister in seinem Auto auffand, deren Herkunft er offenkundig nicht nachweisen konnte.²⁵⁶

Auch im deutschen Strafverfahrensrecht wird ein zweckorientierter Ansatz bei der Annahme des Beschuldigtenstatus etwa vom OLG Karlsruhe befürwortet.²⁵⁷ Soweit ersichtlich, ist der BGH darauf bis jetzt nicht eingegangen und führte in seiner jüngsten Rechtsprechung – abgesehen von den oben genannten Fällen der Annahme des Beschuldigtenstatus – lediglich an, dass auch aus der konkreten Gestaltung einer Zeugenvernehmung, bei der es u.a. auf die Sicht des Vernommenen ankommt, der Beschuldigtenstatus entnommen werden kann.²⁵⁸

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass der EGMR bei der Begründung des Beschuldigtenstatus, auch wenn seine Rechtsprechung sehr neu und noch nicht

²⁵⁴ Vgl. BGH NStZ-RR 2012, 49 f.; NStZ-RR 2004, 378 f.; BayObLG NZV, 2003, 435 f.

²⁵⁵ EGMR *Yuriy Volkov* ./ UA Ur. v. 19.12.2013 § 66 f.

²⁵⁶ EGMR *Aleksandr Zaichenko* ./ RU Ur. v. 18.02.2010 §§ 42 ff.

²⁵⁷ OLG Karlsruhe NZV 1994, 123.

²⁵⁸ BGHSt 51, 367, 373.

gefestigt ist, wohl keine strengen Anforderungen stellt und der BGH gut beraten wäre, in Zukunft die weitere Entwicklung der Rechtsprechung des EGMR sorgfältig zu verfolgen.

B. Vernehmungsbegriff

1. Im Allgemeinen

Im Gegensatz zum Beschuldigtenbegriff enthält die Rechtsprechung des EGMR kaum Vorgaben zum Vernehmungsbegriff, der im deutschen und türkischen Recht neben dem Beschuldigtenstatus die zweite Voraussetzung für die Geltung der einfachgesetzlich verankerten Aussagefreiheit darstellt (vgl. §§ 136, 136a dStPO und §§ 147, 148 tStPO von 2004).²⁵⁹ Dies ist darauf zurückzuführen, dass Art. 6 Abs. 1 EMRK die Geltung des Rechts des Beschuldigten auf ein faires Verfahren im Gegensatz zur Voraussetzung einer bereits „angeklagten“ Person nicht an das Vorliegen einer Vernehmung knüpft (siehe außerdem Art. 6 Abs. 3. lit. a und lit. c EMRK). Dennoch hat der Gerichtshof etwa bei der Konkretisierung des Rechts auf einen Verteidigerbeistand im Ermittlungsverfahren nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK als Beginn seiner Geltung „the first interrogation of a suspect by the police“ gesetzt.²⁶⁰ Dieser Beginn warf in einigen Entscheidungen die Frage auf, was unter einer Vernehmung in diesem Sinne zu verstehen ist. Diese beantwortet der Gerichtshof nicht abstrakt, sondern macht lediglich unter den konkreten Umständen des Falles darauf aufmerksam, dass dieses Recht des Beschuldigten durch eine sogenannte informelle Vernehmung nicht umgangen werden darf und jedes Gespräch zwischen einem inhaftierten Verdächtigten und einem Polizeibeamten eine Vernehmung ist.²⁶¹ Eine weitere Auseinandersetzung mit dem Begriff der Vernehmung ist in seiner Spruchpraxis nicht ersichtlich, zumal das Verteidigerkonsultationsrecht nach der abweichenden Rechtsprechung einiger Kammern mit der Ingewahrsamnahme des Beschuldigten beginnt (hierzu unten detaillierter). Auch die Statuierung einer konventionsrechtlichen Pflicht für Ermittlungsorgane im Fall *Aleksandr Zaichenko* im Jahre 2011, einen Beschuldigten bei einer Vernehmung über seine Aussagefreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK zu belehren, hat dazu noch nicht geführt.²⁶²

Im Übrigen hat die nun angenommene Belehrungspflicht bei einer Vernehmung in der Rechtsprechung des EGMR ebenso wenig die Frage aufgeworfen, ob diese Pflicht auch bei der verdeckten Befragung des Beschuldigten gilt, welche nach der

²⁵⁹ Siehe etwa BGH NStZ 2011, 596, 597; BGHSt 52, 11, 15.

²⁶⁰ EGMR *Salduz* ./ TR Ur t. v. 27.11.2008 § 55.

²⁶¹ EGMR *Titarenko* ./ UA Ur t. v. 20.09.2012 § 87.

²⁶² EGMR *Aleksandr Zaichenko* ./ RU Ur t. v. 18.02.2010 §§ 42 ff.

letzten Rechtsprechung des EGMR im Fall *Bykov* aus dem Jahre 2009 nur im Fall der Ausübung eines psychologischen Aussagedrucks unzulässig ist.²⁶³

2. Formeller Vernehmungsbegriff

Im deutschen Strafverfahrensrecht besteht dagegen Klarheit darüber, dass der dStPO das Leitbild einer Vernehmung zugrunde liegt, in welcher der Vernehmungsbeamte gegenüber dem Vernommenen in seiner amtlichen Eigenschaft auftritt und nach seinem Tatwissen fragt.²⁶⁴ Die oben gestellte Frage lässt sich in Anbetracht eines solchen formellen Vernehmungsbegriffs leicht verneinen.²⁶⁵ Allerdings nimmt die h.M. im deutschen Recht eine analoge Anwendung des § 136a dStPO vor, um eine Umgehung der Anwendung der dort genannten unzulässigen Vernehmungsmethoden vorzubeugen, wobei sich der Umgehungsschutz bei der verdeckten Befragung eines Beschuldigten insbesondere im Wege der Annäherung an die EGMR-Rechtsprechung nicht mehr an dieser Vorschrift, sondern weitgehend am Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit orientiert.²⁶⁶ Dagegen stellt sich im türkischen Strafverfahrensrecht die Frage des Vernehmungsbegriffs nicht, weil dieses jedenfalls in der höchstrichterlichen Rechtsprechung einen Umgehungsschutz überhaupt nicht kennt.²⁶⁷ Die tStPO von 2004 geht in § 2 Abs. 1 lit. g von einem formellen Vernehmungsbegriff aus.²⁶⁸ Das eigentliche Problem bezüglich des Vernehmungsbegriffs besteht in der Polizeipraxis, die unter diesem Begriff – abgesehen von der amtlichen und sich unmittelbar an den Beschuldigten richtenden Informationserhebung – einen formalistischen Vorgang versteht, der nur im Vernehmungsraum nach gesondertem Beginn durch den Vernehmungsbeamten in einem bestimmten Formular protokolliert wird. Dadurch umgeht man nicht nur die Belehrungspflichten, sondern auch das Recht auf einen Verteidigerbeistand nach § 147 Abs. 1 tStPO von 2004.²⁶⁹ Bedauerlicherweise hat der türkische Kassationsgerichtshof diese sehr gängige Praxis nie beanstandet.²⁷⁰ Dadurch erfüllt das türkische Strafverfahrensrecht das oben aufgeführte konventionsrechtliche Umgehungsverbot nicht, wie etwa die Inanspruchnahme des Rechts auf einen Verteidigerbeistand nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK durch eine „informelle“ Vernehmung

²⁶³ EGMR *Bykov* / . RU Urt. v. 10.03.2009 § 102.

²⁶⁴ BGH NStZ 2011, 596 f.

²⁶⁵ BGHSt 52, 11, 15.

²⁶⁶ Ebd.; siehe auch SK-StPO-Rogall, § 136a Rn. 27.

²⁶⁷ Siehe oben Kap. 4, IV.C.3.

²⁶⁸ Hiernach liegt eine Vernehmung vor, wenn ein Beschuldigter über die Straftat, die den Gegenstand des Ermittlungsverfahrens bildet, durch die Polizeibeamten oder den Staatsanwalt befragt wird.

²⁶⁹ Hierzu siehe CPT-Bericht über den Türkeibesuch vom 16. bis 29.03.2004, Rn. 27; *Kocaoğlu*, ABD 1/2011, 44.

²⁷⁰ Siehe etwa YCGK Urt. v. 23.09.2003 E. 2003/10-205 K. 2003/219 (kazancı); 11. YCD Entsch. v. 01.10.2002 E. 2002/6108 K. 2002/7542 (kazancı).

eines inhaftierten Beschuldigten durch einen Polizeibeamten zu verhindern. Zu diesem Ergebnis gelangt auch die h.M. im deutschen Recht, die bei den sogenannten „Vorgesprächen“ die Einhaltung des § 136 dStPO fordert.²⁷¹

C. Informationsrechte

1. Belehrung über Beschuldigungen

Im Gegensatz zur EMRK sehen das deutsche und das türkische Strafverfahrensrecht in § 163a Abs. 4 Satz 1 dStPO und § 147 Abs. 1 lit. b tStPO ausdrücklich vor, dass ein Beschuldigter bei seiner polizeilichen Vernehmung darüber zu belehren ist, welche Tat ihm zur Last gelegt wird. Auf die genaue rechtliche Bezeichnung verzichten beide Vorschriften.²⁷² Der grundlegende Unterschied zwischen der Gewährung dieses Rechts in beiden Rechtsordnungen liegt darin, dass auch dieses Beschuldigtenrecht in der Rechtsprechung des türkischen Kassationsgerichtshofs unter der oben mehrfach erwähnten chronischen Nichtbeachtung leidet.²⁷³

Einen sekundären Schutz erhält der Beschuldigte bei der polizeilichen Vernehmung seitens der EMRK durch die allgemeine Unterrichtungspflicht nach Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK, die nach dem EGMR auch bei der polizeilichen Vernehmung gilt.²⁷⁴ Diese unterscheidet sich bereits nach ihrem Wortlaut von den oben genannten Belehrungspflichten und sieht nicht nur die Unterrichtung über den Grund der gegen ihn erhobenen Beschuldigungen vor, sondern auch über ihre Art – und zwar in allen Einzelheiten. Außerdem fordert die Konventionsbestimmung, dass die Unterrichtung innerhalb möglichst kurzer Frist und in einer dem Beschuldigten verständlichen Sprache vorgenommen wird. Die Auslegung dieser Konventionsbestimmung unter Berücksichtigung der sogenannten Gesamtbetrachtungslehre des EGMR führt allerdings zu einem praktischen Bedeutungsverlust, weil die zeitlichen Verstöße hiergegen bei der polizeilichen Vernehmung nachträglich geheilt werden können.²⁷⁵ Daher werden die zeitlichen und sprachlichen Erfordernisse des Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK im deutschen Recht jedenfalls durch die ausführlichen Unterrichtungspflichten bei Verhaftung, vorläufiger Festnahme und Festhaltung zur Identitätsfeststellung (vgl. §§ 114a, 127 Abs. 4, 127b Abs. 2 und 163c Abs. 1 Satz 3 dStPO) erfüllt. Diese gehen im Übrigen im Hinblick auf die Ausführlichkeit und Form der Unterrichtung über den auch in der Rechtsprechung des EGMR anerkannten Schutzzumfang des Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK hinaus, der keine schriftliche Unter-

²⁷¹ LR-StPO-Gleiß, § 136a Rn. 16; Artkämper/Schilling, S. 50.

²⁷² Für den Wortlaut dieser Vorschriften siehe Anhang: Gesetzestexte.

²⁷³ Hierzu siehe etwa Kaymaz, YD 23/1997, 293.

²⁷⁴ EGMR *Kamasinski* ./ AT Urt. v. 19.12.1989 §§ 79–81.

²⁷⁵ EGMR *Mattoccia* ./ IT Urt. v. 25.07.2000 §§ 65 ff.

richtung fordert.²⁷⁶ Die tStPO von 2004 enthält im Gegensatz zu den genannten Vorschriften der dStPO keine entsprechenden ausführlichen Unterrichtungspflichten für Personen, denen die Freiheit durch die Strafverfolgungsorgane entzogen ist.

Schließlich liegt nach dem EGMR eine Verletzung des Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK nicht vor, wenn der Beschuldigte im Fall einer unterlassenen Belehrung kein tatsächliches Informationsdefizit hatte, etwa weil er unter den gegebenen Umständen wissen musste, worum es sich bei seiner polizeilichen Vernehmung handelte.²⁷⁷ Zu demselben Ergebnis kommt der BGH unter Berücksichtigung des Schutzzwecks des § 136 Abs. 1 Satz 1 dStPO dadurch, dass er einen Verstoß hiergegen annimmt, wenn durch die unterlassene Unterrichtung auf das Aussageverhalten des Beschuldigten Einfluss genommen wurde.²⁷⁸

2. Belehrung über die Aussagefreiheit

In den drei Rechtsordnungen gilt gleichermaßen, dass ein Beschuldigter bei seiner polizeilichen Vernehmung über die Aussagefreiheit belehrt werden muss (vgl. § 136 Abs. 1 Satz 2, § 163a Abs. 4 dStPO sowie § 147 Abs. 1 lit. e tStPO von 2004).²⁷⁹ Der EGMR und der BGH erkennen an, dass er sich aufgrund besonderer Umstände einer polizeilichen Vernehmung in einer kritischen Lage befindet, in der er sich ohne eine ausdrückliche Belehrung über sein Recht zum Schweigen unbedacht belasten kann, was nach dem EGMR ein ungültiger Verzicht auf die Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK²⁸⁰ und nach dem BGH eine Verkürzung seiner Aussagefreiheit nach § 136 Abs. 1 Satz 2 dStPO bedeutet.²⁸¹ Diese Aspekte der Belehrungspflicht des § 147 Abs. 1 lit. e tStPO sind dem türkischen Kassationsgerichtshof offensichtlich nicht bekannt, der ohne Rücksichtnahme auf ihre tatsächliche Einhaltung alle dokumentierten Aussagen eines Beschuldigten bei seiner eigenen Beweiswürdigung im Revisionsverfahren verwertet.²⁸² Außerdem erfahren sie in der Polizeipraxis nicht zuletzt wegen des engen „förmlichen“ Vernehmungsverständnisses keine wirksame Anwendung.²⁸³ Aus diesen Gründen erfüllt das türkische Strafverfahrensrecht die konventionsrechtliche Vorgabe der Belehrung des Beschuldigten über seine Aussagefreiheit bei der polizeilichen Vernehmung nicht.

²⁷⁶ Siehe etwa EGMR *Poninski* ./ PL ZE v. 10.02.2000 § 2 Recht.

²⁷⁷ EGMR *Erdem und andere* ./ TR ZE v. 14.12.2000 § 2 Recht.

²⁷⁸ BGH 1 StR 623/11 Beschl. v. 06.03.2012, HRRS 2012 Nr. 423, Rn. 32 ff.

²⁷⁹ Siehe auch EGMR *Aleksandr Zaichenko* ./ RU Ur. v. 18.02.2010 §§ 42 ff.

²⁸⁰ Ebd.

²⁸¹ BGHSt 38, 214, 221.

²⁸² Siehe etwa YCGK Ur. v. 23.09.2003 E. 2003/10-205 K. 2003/219 (kazanci); 11. YCD Entsch. v. 01.10.2002 E. 2002/6108 K. 2002/7542 (kazanci).

²⁸³ Hierzu siehe stellvertretend *Kocaoğlu*, ABD 1/2011, 44.

3. Belehrung über das Verteidigerkonsultationsrecht

Es ist in der Rechtsprechung des EGMR unklar, ob Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK auch die Belehrung des Beschuldigten über sein Recht auf Verteidigerbeistand bei der polizeilichen Vernehmung fordert. Dies hat er lediglich unter den besonderen Umständen des Falles *Panovits* angenommen.²⁸⁴ Dagegen ist eine solche Belehrungspflicht in § 136 Abs. 1 Satz 2 dStPO sowie § 147 Abs. 3 lit. c tStPO von 2004 ausdrücklich vorgesehen. Darüber hinaus schreibt § 136 Abs. 1 Satz 3 dStPO seit kurzem vor, dass der Beschuldigte über die Möglichkeit einer Pflichtverteidigerbestellung nach § 140 Abs. 1 und 2, § 141 Abs. 2 und 3 dStPO belehrt wird. Dadurch ist die Rechtsprechung des BGH überholt, die eine solche Belehrung nur dann für erforderlich hielt, wenn der Beschuldigte seinen Willen zur Konsultation nach einem Verteidiger explizit zum Ausdruck brachte.²⁸⁵ Eine Belehrung über die Möglichkeit der Pflichtverteidigerbeordnung nach § 150 Abs. 2 und 3 tStPO von 2004 sieht dagegen die tStPO in § 147 Abs. 3 lit. c überhaupt nicht vor,²⁸⁶ wobei die Beordnung eines Pflichtverteidigers hiernach im Gegensatz zu § 141 Abs. 2 und 3 dStPO nicht an die Beantragung durch die Staatsanwaltschaft und die Zuzugung des Gerichts gebunden ist, sondern bei Vorliegen eines der in der Vorschrift genannten Fälle nach der Benachrichtigung der Ermittlungsorgane automatisch und durch die örtliche Anwaltskammer erfolgt (§ 5 Abs. 6 der Pflichtverteidigerverordnung).²⁸⁷ Der zweite Unterschied zwischen dem deutschen und türkischen Strafrechtsverfahrensrecht besteht darin, dass § 147 Abs. 1 lit. c tStPO von 2004 die ebenfalls von Amts wegen und durch die örtliche Anwaltskammer vorzunehmende Beordnung eines Rechtshilfeverteidigers vorsieht, wenn der Beschuldigte von sich aus erklärt, nicht instande zu sein, einen Verteidiger zu wählen, einen solchen Beistand jedoch in Anspruch nehmen will. Bemerkenswert ist allerdings auch hier, dass diese Vorschrift die Belehrung des Beschuldigten über die Beordnung des Rechtshilfeverteidigers weder vor der genannten Erklärung noch danach vorsieht. Diese Rechtslage ist vergleichbar mit der Rechtsprechung des ersten Strafsenats des BGH, der die Belehrung eines Beschuldigten über den anwaltlichen Notdienst nicht für erforderlich hält, wenn er keinen Wunsch nach einer Verteidigerkonsultation zum Ausdruck bringt.²⁸⁸ Die abweichende Rechtsprechung des fünften Senats des BGH fordert dagegen eine solche Belehrung, wenn dem Beschuldigten die Konsultation eines Verteidigers tatsächlich nicht gelingt.²⁸⁹

Schließlich muss erneut darauf hingewiesen werden, dass die konkrete Umsetzung der Belehrungspflichten der tStPO von 2004 in der Rechtstatsächlichkeit weiterhin

²⁸⁴ EGMR *Panovits* ./ CY Urt. v. 11.12.2008 §§ 67 ff.

²⁸⁵ Siehe etwa BGHSt 47, 233, 235; BGH NStZ 2002, 380.

²⁸⁶ Siehe Anhang: Gesetzestexte.

²⁸⁷ *Demirbaş*, Erman Armağan, S. 199.

²⁸⁸ BGHSt 42, 170, 172.

²⁸⁹ BGHSt 42, 15, 19 f.

problematisch ist, sei es aus mangelnder Kontrolle durch den türkischen Kassationsgerichtshofs oder aufgrund des mehrmals erwähnten Phänomens des „förmlichen“ Vernehmungsvständnisses in der Polizeipraxis.²⁹⁰ Daher ist davon auszugehen, dass das türkische Strafverfahrensrecht auch den Vorgaben des *Panovits*-Urteils des EGMR nicht entspricht.

D. Recht auf Verteidigerbeistand

1. Grundzüge der Regelung

Das Recht auf Verteidigerbeistand bei der polizeilichen Vernehmung wird in den drei Rechtsordnungen gemeinsam als eine wichtige Vorkehrung angesehen, damit der Beschuldigte sein Recht auf Aussagefreiheit wirksam durchsetzen kann (vgl. § 136 Abs. 1 Satz 3, § 163a Abs. 4 dStPO sowie § 147 Abs. 1 lit. c tStPO von 2004).²⁹¹ Trotz seiner grundlegenden Bedeutung kennt weder Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK noch die dStPO den Grundsatz, dass der Beschuldigte einen Anspruch darauf hat, bei der polizeilichen Vernehmung stets den Beistand eines Verteidigers zu erhalten. Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK gewährt nämlich nur das Recht auf die Konsultation eines Verteidigers seines Vertrauens und für den mittellosen Beschuldigten das Recht auf die Zuweisung eines unentgeltlichen Verteidigers, wenn dies im Interesse der Rechtspflege ist.²⁹² Ähnlich ist nur das erstgenannte Recht des Beschuldigten im deutschen Recht verfassungsrechtlich verankert, während ihm in weiteren Fällen ein Pflichtverteidiger erst im Rahmen der §§ 140 ff. dStPO zugutekommt.²⁹³ Der Gesetzgeber der tStPO von 2004 betonte dagegen bei den vorbereitenden Arbeiten die Bedeutung des eben erwähnten Grundsatzes und wollte diesen insbesondere durch die Einführung eines allgemeinen Rechts des Beschuldigten verwirklichen, auch bereits bei der polizeilichen Vernehmung auf sein ausdrückliches Verlangen den Beistand eines Rechtshilfeverteidigers zu erhalten.²⁹⁴ Eine entsprechende Entwicklung zur Ausdehnung des Rechts auf einen Verteidigerbeistand zeigt sich in letzter Zeit außerdem in der Rechtsprechung des EGMR, die über den Wortlaut des Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK hinaus die Zuweisung eines amtlichen Verteidigers nicht nur bei Mittellosigkeit des Beschuldigten, sondern auch in weiteren Fällen fordert.²⁹⁵ Im deutschen Strafverfahrensrecht wird dagegen die dStPO als

²⁹⁰ *Kocaoğlu*, ABD 1/2011, 44.

²⁹¹ Siehe auch EGMR *Salduz* ./ TR Ur t. v. 27.11.2008 § 55.

²⁹² EGMR *Tarasov* ./ UA Ur t. v. 31.10.2013 § 92; EGMR *Bandaletov* ./ UA Ur t. v. 31.10.2013 § 53.

²⁹³ BVerfG NJW 1978, 151.

²⁹⁴ Begründung des § 150, *Şahin*, Gazi Şerhi, S. 483.

²⁹⁵ Vgl. EGMR *Padalov* ./ BG Ur t. v. 10.08.2006 § 53 f.; EGMR *Talat Tunç* ./ TR Ur t. v. 27.03.2007 § 60 f.

reformbedürftig betrachtet, weil die geltenden Vorschriften über die Pflichtverteidigerbeordnung insbesondere dem unverteidigten Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung keine praktikable Ausübung des Rechts auf Verteidigerbeistand ermöglichen.²⁹⁶

Auch wenn das Recht auf Verteidigerbeistand in den drei Rechtsordnungen eine kontinuierliche Ausweitung erlebt, gilt es bei näherer Betrachtung insbesondere in der Rechtsprechung des EGMR und des BGH in vielen Fragen weiterhin als klärungsbedürftig und umstritten.²⁹⁷ Im türkischen Strafverfahrensrecht sind dem gut gemeinten Vorsatz des Gesetzgebers der tStPO von 2004 in der Polizeipraxis sowie in der Rechtsprechung des Kassationsgerichtshofs keine Taten gefolgt.²⁹⁸ Die beachtlichen Garantien der tStPO von 2004 hinsichtlich des Rechts auf Verteidigerbeistand bei der polizeilichen Vernehmung, auf die noch unten einzugehen sein wird, bleiben somit in der Rechtstatsächlichkeit im Vergleich zu der Rechtsunsicherheit in der Rechtsprechung des EGMR und des BGH weitgehend unwirksam.²⁹⁹ Wie oben mehrmals erwähnt, stellt auch hier insbesondere die gängige Praxis der sogenannten informellen Vernehmung diese Garantien auf den Kopf³⁰⁰ und ebnet den Weg zu weiteren Verurteilungen der Türkei in Straßburg, die bereits jetzt schon zahlreich sind.³⁰¹

2. Zeitpunkt

Im Einzelnen hat ein Beschuldiger in den drei Rechtsordnungen das Recht, den Beistand eines Verteidigers vor seiner polizeilichen Vernehmung zu erhalten (vgl. § 136 Abs. 1 Satz 2 dStPO, § 147 Abs. 1 lit. c tStPO von 2004), wobei der EGMR den Beginn dieses Rechts teilweise schon an seine Ingewahrsamnahme knüpft.³⁰² Dies fordert auch das CPT und verweist im Hinblick auf die Praxis in Deutschland und die Türkei darauf, dass die Verzögerung der Gewährung des Verteidigerbei-

²⁹⁶ Siehe etwa LR-StPO-Gleiß, § 136 Rn. 44; Roxin/Schünemann, S. 125 Rn. 42 ff.; Kilian, Notdienst, S. 153.

²⁹⁷ So etwa der umstrittene konkrete Zeitpunkt des erforderlichen Verteidigerzugangs, hierzu siehe EGMR *Salduz* ./ TR Urt. v. 27.11.2008 § 55; EGMR *Dayanan* ./ TR Urt. v. 13.10.2009 § 32; im deutschen Recht etwa die unklare Reichweite der Befugnis der Staatsanwaltschaft bei der Bestellung eines Pflichtverteidigers gem. §§ 140 Abs. 1 und 2, 141 Abs. 3 Satz 2 StPO bereits bei der polizeilichen Vernehmung, dazu siehe LR-StPO-Gleiß, § 136 Rn. 42; SK-StPO-Rogall, § 136 Rn. 50.

²⁹⁸ Siehe oben Kap. 4, V.B.1 und 2.

²⁹⁹ Ebd.

³⁰⁰ Ebd.

³⁰¹ Siehe etwa EGMR *Salduz* ./ TR Urt. v. 27.11.2008 §§ 55 ff.; EGMR *Fatma Tunç* ./ TR Urt. v. 13.10.2009 §§ 10 ff.; EGMR *Fidancı* ./ TR Urt. v. 17.01.2012 § 38 f.; EGMR *Dayanan* ./ TR Urt. v. 13.10.2009 §§ 32 ff.; EGMR *Şaman* ./ TR Urt. v. 05.04.2011 §§ 34 ff.

³⁰² Siehe etwa EGMR *Dayanan* ./ TR Urt. v. 13.10.2009 § 32.

standsrechts im Polizeigewahrsam bis zur ersten Vernehmung die Gefahr birgt, dieses als eine der wichtigsten Vorbeugungsmaßnahmen vor Folter und Misshandlungen geltende Recht in Form einer Durchführung eines sogenannten informellen Vorgesprächs oder einer Vernehmung zu umgehen.³⁰³ Auch der EGMR weist dem Recht auf Verteidigerbeistand im Polizeigewahrsam in seiner abweichenden Rechtsprechung weitere Schutzzwecke als die wirksame Ausübung der Aussagefreiheit zu und stellt dementsprechend die Verletzung des Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK ebenfalls fest, wenn der Beschuldigte sich im Polizeigewahrsam nicht belastet hat.³⁰⁴ Es gilt insofern für das deutsche und türkische Strafverfahren, die andauernde Entwicklung in der Rechtsprechung des EGMR wachsam zu verfolgen und u.a. der genannten Umgehungsgefahr, der es nach dem Gerichtshof vorzubeugen gilt, konsequente Rechnung zu tragen. Die beiden Rechtsordnungen übertreffen dagegen die konventionsrechtlichen Vorhaben dadurch eindeutig, dass sie keine Einschränkung des Rechts auf Verteidigerbeistand bei der polizeilichen Vernehmung vorsehen, was nach dem EGMR unter Einhaltung bestimmter Voraussetzungen gerechtfertigt werden kann.³⁰⁵ Eine faktische Einschränkung dieses Rechts in beiden Ländern kann allerdings an dieser Rechtsprechung nicht gemessen werden, weil die Gründe nach dem EGMR im nationalen Recht klar umschrieben sein müssen.³⁰⁶

3. Unterbrechungspflicht

Erklärt der Beschuldigte, die Konsultation eines Verteidigers zu Beginn der Vernehmung in Anspruch nehmen zu wollen, so verlangen der EGMR und die höchstgerichtliche Rechtsprechung in Deutschland, dass die Vernehmung abgebrochen und der Zugang zum Verteidiger gewährt wird.³⁰⁷ Ein Vernehmungsverbot hat dies allerdings in beiden Rechtsordnungen nicht zur Folge, wobei über das weitere Vorgehen der Ermittlungsorgane, insbesondere ob sie bis zum Eintreffen des Verteidigers mit der Vernehmung innehalten müssen, keine Klarheit besteht.³⁰⁸ Dennoch scheint der EGMR striktere Anforderungen dahingehend zu stellen, dass die Ermittlungsorgane den Beschuldigten nicht zur Fortsetzung der Vernehmung veranlassen dürfen. Die bloße Erwiderung des Beschuldigten rechtfertigt nach dem EGMR die polizeiliche Veranlassung nicht. Er müsse darüber hinaus die Konsequenzen seiner Entscheidung, ohne eine vorherige Verteidigerkonsultation auszusagen, einsehen

³⁰³ CPT-Bericht über den Deutschlandbesuch v. 20.11. bis 02.12.2005, Rn. 23; CPT-Bericht über den Türkeiibesuch v. 07. bis 15.09.2003, Rn. 27.

³⁰⁴ Siehe etwa EGMR *Bandaletov* ./ UA Ur. v. 31.10.2013 §§ 66 ff.

³⁰⁵ Siehe stellvertretend EGMR *Salduz* ./ TR Ur. v. 27.11.2008 § 54.

³⁰⁶ Ebd.

³⁰⁷ Beispielhaft EGMR *Pishchalnikov* ./ RU Ur. v. 24.09.2009 §§ 78 ff.; BGH NJW 2013, 2770; NJW 2006, 1010.

³⁰⁸ EGMR *Pishchalnikov* ./ RU Ur. v. 24.09.2009 §§ 78 ff.; BGH NJW 2013, 2770; NJW 2006, 1010.

können.³⁰⁹ Insbesondere das letztgenannte Einsichtserfordernis kann durch die Rechtsprechung des BGH kaum eingehalten werden, die die Anwendung der sogenannten kriminalistischen List unter der Schwelle des § 136a dStPO hier als zulässig betrachtet.³¹⁰ Der EGMR betont aber, dass ein Verzicht auf das Recht auf Verteidigerbeistand bei der polizeilichen Vernehmung nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK freiwillig, mithin ohne Anwendung von Gewalt, Drohung oder Täuschung sein muss.³¹¹ Dagegen steht die höchstrichterliche Rechtsprechung in Deutschland mit den Vorgaben des EGMR im Einklang, dass die Unterbrechungspflicht die Entgegennahme spontaner Äußerung nicht verbietet.³¹² Präzisere Anforderungen stellt der dritte Strafsenat des BGH, wenn es um die Frage geht, unter welchen Umständen die Ermittlungsorgane zur Fortsetzung der abgebrochenen Vernehmung über die Maßstäben des § 136a dStPO hinaus dem Beschuldigten Fragen stellen können.³¹³ Auch seine Rechtsprechung, dass dem Beschuldigten nach einigen spontanen Äußerungen erst dann Nachfragen gestellt werden dürfen, nachdem er qualifiziert über die Fortsetzung der Vernehmung belehrt wurde, enthält klare Vorgaben, die mit der oben genannten Grundhaltung des EGMR völlig übereinstimmen.³¹⁴ Anzumerken ist jedoch, dass der EGMR bis jetzt eine solch detaillierte Rechtsprechung nicht entwickelt hat, wobei die Rechtsprechung der einzelnen Strafsenate des BGH über die Unterbrechungspflicht ebenfalls nicht als abschließend geklärt gilt. Sie ist sehr kasuistisch und teilweise umstritten.³¹⁵

4. Hilfspflicht

Umstritten ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung in Deutschland ferner die Frage, welche Hilfspflicht die Ermittlungsorgane haben, damit es dem Beschuldigten gelingt, die Konsultation eines Verteidigers tatsächlich zu erhalten.³¹⁶ Bei näherer Betrachtung droht auch hier, dass die Straßburger Vorgaben nicht erfüllt werden. Dies gilt primär für die strenge Rechtsprechung des ersten Strafsenats, die auf der Grundannahme zu basieren scheint, dass der Beschuldigte im Fall von Schwierigkeiten bei der tatsächlichen Konsultation eines Verteidigers durch die Ausübung seines Aussageverweigerungsrechts die Ermittlungsorgane zu Hilfe veranlassen möge.³¹⁷ Diese Auffassung verkennt nicht nur die Eigenständigkeit der beiden Rechte, die auch der EGMR in seiner Rechtsprechung unterstrichen hat,

³⁰⁹ EGMR *Pishchalnikov* ./ *RU* Urt. v. 24.09.2009 §§ 78 ff.

³¹⁰ BGH NJW 1992, 2904 f.; hierzu siehe auch *Beulke*, *NStZ* 1996, 259.

³¹¹ EGMR *Galstyan* ./ *AM* Urt. v. 15.11.2007 § 91.

³¹² Vgl. EGMR *Pishchalnikov* ./ *RU* Urt. v. 24.09.2009 § 77 f.

³¹³ BGH NJW 1992, 2904 f.

³¹⁴ BGH NJW 2013, 2770.

³¹⁵ Hierzu siehe *Roxin*, *FS* für Schöch, S. 826.

³¹⁶ Vgl. hierzu BGHSt 42, 15 ff.; BGHSt 42, 170 ff.

³¹⁷ BGHSt 42, 170, 174.

sondern bleibt weit hinter der konventionsrechtlich gebotenen Hilfspflicht. Denn diese macht nach dem EGMR etwa erforderlich, den Beschuldigten über die Nichterreichbarkeit des Verteidigers zu informieren und ihm die Möglichkeit zu bieten, einen zweiten Verteidiger zu konsultieren.³¹⁸ Mit dieser Rechtsprechung stimmt folglich eher die Ansicht des fünften Strafsenats überein, die ein ernsthaftes Bemühen der Ermittlungsorgane fordert.³¹⁹ Kritisch wird dies allerdings, wenn der Senat die Belehrung des Beschuldigten über die gescheiterte Kontaktaufnahme nicht für erforderlich hält.³²⁰ Auch hier gilt es, die weitgehend beschuldigtenfreundliche Richtung der EGMR-Rechtsprechung, auch wenn sie im Einzelnen noch nicht gänzlich klar ist, weitestgehend zu berücksichtigen. Das türkische Strafverfahrensrecht verfehlt dies vollständig, weil die höchstrichterliche Rechtsprechung im Gegensatz zum deutschen Strafverfahrensrecht überhaupt keine Unterbrechungs- und Hilfspflicht kennt.³²¹

5. Anwesenheitsrecht

Ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers ist in der Rechtsprechung des EGMR bis jetzt nicht klar anerkannt,³²² wobei sich der EGMR zuletzt im Fall *Navone* stark dafür ausgesprochen hat. Zieht man in Betracht, dass der EGMR bei der Verletzung des Rechts auf Verteidigerbeistand bei der polizeilichen Vernehmung nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK insbesondere dem Umstand Rechnung trug,³²³ dass das nationale Recht ein solches Recht nicht vorsah, so droht auch hier, dass das deutsche Strafverfahren die konventionsrechtlichen Vorgaben nicht erfüllt, weil es ebenfalls ein solches Recht nicht ausdrücklich vorschreibt. Auch wenn man die Auffassung vertritt, dass der Beschuldigte die Anwesenheit des Verteidigers faktisch durch die Ausübung des Aussageverweigerungsrechts erzwingen kann, ist es bedenklich, ob das eine hinreichende Garantie darstellt oder doch, wie das CPT festgestellt hat, lediglich sehr theoretisch bleibt.³²⁴ Insofern ist auch hier erforderlich, die weitere Entwicklung der EGMR-Rechtsprechung insbesondere innerhalb der einzelnen Kammern im Auge zu behalten. Die Richtung ist auch hier klar, die Ausübung des Verteidigerbeistandsrechts wirksamer zu gestalten. Insbesondere in Anbetracht der bestehenden Gesetzeslücke scheint es aber derzeit in Deutschland unmöglich zu sein,

³¹⁸ EGMR *Pishchalnikov* ./ *RU* Ur. v. 24.09.2009 § 74 f.; EGMR *Pavlenko* ./ *RU* Ur. v. 01.04.2010 § 107.

³¹⁹ BGHSt 42, 15, 19 f.

³²⁰ BGH NStZ 2006, 115.

³²¹ Siehe etwa 1. YCD Entsch. v. 11.05.2005 E. 2004/4786 K. 2005/1232 (kazancı); dagegen die Literatur, etwa *Çınar*, YD 23/1997, 266 f.

³²² Vgl. EGMR *Niculescu* ./ *RO* Ur. v. 25.06.2013 § 117 f.; EGMR *Panovits* ./ *CY* Ur. v. 11.12.2008 § 67; EGMR *Sebalj* ./ *HR* Ur. v. 28.06.2011 § 256 f.

³²³ EGMR *Navone und andere* ./ *FR* Ur. v. 24.10.2013 §§ 78 ff.

³²⁴ CPT-Bericht über den Deutschlandbesuch v. 14 bis 26.04.1996, Rn. 20.

dieses in der höchstrichterlichen Rechtsprechung kaum thematisierte Recht auf die Anwesenheit des Verteidigers bei der polizeilichen Vernehmung zu gewährleisten.

Im türkischen Recht ist das Anwesenheitsrecht des Verteidigers in § 147 Abs. 1 lit. c tStPO von 2004 ausdrücklich verankert. Hat der Beschuldigte bei der polizeilichen Vernehmung den Zugang zu einem Verteidiger erhalten, so stehen Letzterem die Befugnisse bei der Ausübung seines Beistands, die in § 23 Abs. 1 lit. d der Verordnung über Festnahme, Gewahrsam und Aussageaufnahme genannt sind, zur Verfügung. Allerdings hat der KGH bis jetzt weder diese Befugnisse konkretisiert³²⁵ noch die prozessualen Folgen von Verstößen dagegen festgelegt.

6. Recht auf einen unentgeltlichen Verteidiger

a) Bestellung eines Pflichtverteidigers

Der EGMR fordert nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK ausdrücklich, dem unverteidigten Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung einen Verteidiger von Amts wegen zuzuweisen, wenn ihn eine lebenslange Haftstrafe droht³²⁶ oder der Tatvorwurf auf Mord lautet.³²⁷ Insofern besteht einen Unterschied zur Beordnung eines Pflichtverteidigers im deutschen Recht, die gem. §§ 140 Abs. 1 und 2, 141 Abs. 3 dStPO im Regelfall bei einem Verbrechen auf Antrag der Staatsanwaltschaft durch das Gericht veranlasst wird. Da dieser Antrag in der Praxis erst mit der Anklageerhebung gestellt wird,³²⁸ kann das deutsche Strafverfahrensrecht in einzelnen Fällen die derzeit in der Rechtsprechung des EGMR anerkannten konventionsrechtlichen Vorgaben verfehlen. Die Unstimmigkeit zwischen dem deutschen Strafverfahrensrecht und dem EGMR besteht daher nicht im Hinblick auf die Schwere der Straftat, die in § 140 Abs. 1 Nr. 2 dStPO bereits beim Vorliegen eines jeden Verbrechens bejaht wird. Sie liegt eher daran, dass die Notwendigkeit der Mitwirkung eines Pflichtverteidigers bei der polizeilichen Vernehmung nach § 141 Abs. 3 Satz 1 dStPO im Gegensatz zum EGMR in der Praxis nicht anerkannt wird. Dasselbe gilt hinsichtlich der Polizeipraxis in der Türkei, die u.a. durch eine sogenannte informelle Vernehmung auch das Recht auf eine nach § 150 Abs. 2 und 3 tStPO von 2004 obligatorische Pflichtverteidigerbeordnung aushöhlt.³²⁹ Im Übrigen stimmt § 150 Abs. 3 tStPO im Hinblick auf die Schwere der Straftat mit der bereits ausgeführten Rechtsprechung des EGMR überein, wenn er diese daran knüpft, dass der gegen den Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung erhobene Tatvorwurf eine Straftat darstellen muss, deren Strafuntergrenze mehr als fünf

³²⁵ Hierzu siehe etwa *Demirbaş*, Erman Armağani, S. 215; *Genel*, 15/2003, 51; *Koca*, AÜEHFD 1/1999, 81 f.

³²⁶ So etwa EGMR *Leonid Lazerenko ./. UA* Ur. v. 28.10.2010 § 56 f.

³²⁷ EGMR *Yuriy Volkov ./. UA* Ur. v. 19.12.2013 §§ 61 ff.

³²⁸ *Wohlert*, StV 2007, 376; *Teuter*, StV 2005, 224.

³²⁹ Siehe etwa CPT über den Türkeibesuch v. 04. bis 17.06.2009, Rn. 21 f.

Jahre Haftstrafe erfordert. Dadurch schränkt diese Vorschrift zwar die Fälle einer Pflichtverteidigerbeordnung bei der polizeilichen Vernehmung im Vergleich zum Verbrechenserfordernis des § 140 Abs. 1 Nr. 2 dStPO in beachtlicher Weise ein. Sie enthält allerdings eine wichtige Garantie für den Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung, weil die Beordnung im Gegensatz zu § 141 Abs. 3 Satz 1 dStPO von Amts wegen und obligatorisch vorzunehmen ist.

b) Bestellung eines Rechtshilfeverteidigers

Ein weiterer konzeptioneller Unterschied zwischen beiden Rechtsordnungen besteht darin, dass der Beschuldigte bei der polizeilichen Vernehmung nach §§ 147 Abs. 1 lit. c, 150 Abs. 1 tStPO von 2004 den Anspruch auf einen Rechtshilfeverteidiger hat, wenn er selbst nicht imstande ist, einen Verteidiger zu wählen. Eine solche Institution kennt dagegen die dStPO nicht. Der BGH fordert dennoch, die Mittellosigkeit des Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung im Fall des Tatverdachts wegen eines Verbrechens zu berücksichtigen. Unterliege der ausdrücklich nach einer Verteidigerkonsultation verlangende Beschuldigte dem Irrtum, ihm werde dies wegen seiner Mittellosigkeit nicht gelingen, so sei dieser durch die Belehrung auszuräumen, dass er einen Verteidiger seiner Wahl wählen oder einen durch den Anwaltsnotdienst erreichen kann, welcher im Nachhinein zum Pflichtverteidiger nach §§ 140 dStPO ernannt wird (vgl. § 136 Abs. 1 Satz 3 dStPO).³³⁰ Anzumerken ist jedoch, dass weder §§ 147 Abs. 1 lit. c, 150 Abs. 1 tStPO von 2004 noch die Rechtsprechung des EGMR für den Anspruch auf einen unentgeltlichen Verteidiger im Gegensatz zu dem Text des Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK unbedingt die Mittellosigkeit des Beschuldigten voraussetzen. Nicht geklärt ist allerdings in der Rechtsprechung des EGMR die Frage, wann Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK, der im Gegensatz zu den §§ 147 Abs. 1 lit. c, 150 Abs. 1 tStPO von 2004 keinen uneingeschränkten Anspruch auf einen Rechtshilfeverteidiger verankert, dem Beschuldigten einen solchen Anspruch gewährt.³³¹ Diesbezügliche klare Vorgaben enthält seine Rechtsprechung auch dann nicht, wenn sie den Ermittlungsorganen die Pflicht auferlegt, etwa im Fall einer gescheiterten Kontaktaufnahme dem Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung einen Verteidiger aus der örtlichen Anwaltskammer zu bestellen.³³² Denn solche Anforderungen des Gerichtshofs sind bis jetzt einzelfallbezogen geblieben.

³³⁰ BGH NStZ 2006, 237.

³³¹ Vgl. EGMR *Galstyan ./. AM* Ur. v. 15.11.2007 § 91; EGMR *Beale ./. GB* ZE v. 12.10.2004 § Recht.

³³² Vgl. EGMR *Pishchalnikov ./. RU* Ur. v. 24.09.2009 § 74 f.; EGMR *Pavlenko ./. RU* Ur. v. 01.04.2010 § 107.

c) Anwaltlicher Notdienst

Parallele Garantien enthält auch die höchstrichterliche Rechtsprechung in Deutschland, nach der der Beschuldigte unter Umständen über die Möglichkeit eines Anwaltsnotdienstes zu belehren ist.³³³ Der kasuistische und nicht gefestigte Charakter der EGMR-Rechtsprechung bezüglich der Bestellung eines Rechtshilfeverteidigers macht es allerdings unmöglich, einen genaueren Vergleich mit der Rechtsprechung des BGH vorzunehmen. Der BGH würde dennoch gut daran tun, seine Rechtsprechung dahingehend zu überdenken, dass die Verstöße gegen die Pflichtverteidigerbeordnung nach §§ 140 ff. dStPO kein Verwertungsverbot begründen.³³⁴ Denn der EGMR berücksichtigt bei der Annahme eines konventionsrechtlichen Verwertungsverbots wegen des Verstoßes gegen das Recht auf einen Verteidigerbeistand nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK nicht dem Umstand, ob dieser konkret das Recht auf einen unentgeltlichen Verteidigerbeistand verletzte.³³⁵ Abgesehen davon liegt nach der Rechtsprechung des EGMR bereits darin eine Konventionsverletzung, wenn dem Beschuldigten der Zugang zu einem Verteidiger bei der polizeilichen Vernehmung nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK bloß nicht gewährt wurde, wobei sie innerhalb der einzelnen Kammern umstritten ist.³³⁶

Mit keinen konventionsrechtlichen Vorgaben ist die Rechtsprechung des türkischen Kassationsgerichtshofs vereinbar, die die Verletzung des Rechts auf einen Verteidigerbeistand gem. § 147 Abs. 1 lit. c tStPO von 2004 überhaupt nicht prüft und das ausdrückliche Verwertungsverbot des § 148 Abs. 4 tStPO von 2004 für solche Aussagen nicht anwendet, die bei der polizeilichen Vernehmung ohne Anwesenheit eines Verteidigers erlangt worden sind.³³⁷

VI. Beweisverwertungsverbote

A. Grundlagen

Im Gegensatz zur EMRK und der dStPO verankert § 217 Abs. 2 tStPO von 2004 ein allgemeines Beweisverwertungsverbot für alle rechtswidrig erlangten Beweise. Während der Gerichtshof einzelne Verwertungsverbote aus dem Recht auf ein faires

³³³ Hierzu siehe etwa BGHSt 42, 15, 21 ff.; BGHSt 42, 170, 172.

³³⁴ BGH NJW 2002, 977 f.

³³⁵ Vgl. EGMR *Pishchalnikov ./. RU* Ur. v. 24.09.2009 § 84; EGMR *Karadağ ./. TR* Ur. v. 29.06.2010 §§ 46 ff.

³³⁶ Vgl. EGMR *Dayanan ./. TR* Ur. v. 13.10.2009 § 32 f.; EGMR *Gonta ./. RO* Ur. v. 01.10.2013 § 67; EGMR *Smolik ./. UA* Ur. v. 19.01.2012 § 56.

³³⁷ Vgl. YCGK Ur. v. 15.06.2010 E. 2010/11-128 K. 2010/153 (kazanci).

Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK ableitet,³³⁸ werden im deutschen Strafverfahrensrecht verschiedene Theorien angeführt, um die Annahme eines Verwertungsverbots zu begründen.³³⁹ Bei näherer Betrachtung gehen die beiden letztgenannten Rechtsordnungen von einer Abwägungslehre aus, bei der grundsätzlich die Natur des Rechtsverstoßes und die Schwere der aufzuklärenden Straftat berücksichtigt werden.³⁴⁰ Das allgemeine Beweisverwertungsverbot des § 217 Abs. 2 tStPO mit der Nr. 5271, das auch in Art. 38 Abs. 6 tVerf. verankert ist, erweist sich dagegen in Anbetracht der unverständlichen Rechtsprechung des türkischen Kassationsgerichtshofs³⁴¹ lediglich als eine Norm von pädagogischer Natur, um verbreiteten Verstößen gegen das Strafverfahrensrecht in der Praxis der Ermittlungsorgane insbesondere gegen Anwendung von Folter und Misshandlungen vorzubeugen.³⁴² Denn der KGH hat bis jetzt keine Beweislehre durch die Auslegung der genannten Vorschriften begründet.³⁴³

B. Verstöße gegen die Selbstbelastungsfreiheit

Im Hinblick auf Verstöße gegen die Selbstbelastungsfreiheit hat der EGMR ein absolutes Verwertungsverbot ausdrücklich nicht angenommen.³⁴⁴ Dies gilt erst recht bei Verstößen gegen das Umgehungsverbot und die Schutzrechte als weitere Garantien der Selbstbelastungsfreiheit in der EMRK. Im deutschen Recht ist dagegen ein allgemeines Verwertungsverbot verfassungsrechtlich anerkannt, solange der Verstoß ihren Kerngehalt, nämlich den Schutz vor Zwangsanwendung, berührt hat (vgl. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG).³⁴⁵ Eine solche Auslegung lässt sich außerdem im türkischen Recht dem verfassungsrechtlichen Verbot des Selbstbelastungszwangs nach Art. 38 Abs. 5 tVerf. entnehmen. Diese ist jedoch bis jetzt in der höchstrichterlichen Rechtsprechung völlig ausgeblieben, wie im Einzelnen noch unten darzulegen sein wird.

³³⁸ EGMR *Martin* ./ *EE* Urt. v. 30.05.2013 § 81; *Weigend*, FS für Tak, S. 331.

³³⁹ Hierzu siehe etwa *Eisenberg*, S. 121 ff.

³⁴⁰ BVerfG Beschl. v. 30.06.2005 – 2 BvR 1502/04; BGHSt 31, 304, 307 f.

³⁴¹ Vgl. Kap. 4, VI.A.3.

³⁴² Vgl. Kap. 4, II.A.3.c)bb).

³⁴³ Vgl. *Kühne/Öztürk*, Das deutsche Recht als Exportgut, S. 40.

³⁴⁴ *Von Arnim*, GS für Blumenwitz, S. 272; LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 950.

³⁴⁵ BVerfG NJW 1981, 1431; StV 1995, 505.

C. Einzelne Verwertungsverbote

1. Verwertungsverbote bei Verstößen gegen das Verbot eines Aussagezwangs

a) Unmittelbarer tatsächlicher Zwang

aa) Folter und Misshandlungen

Aussagen, die unter Folter oder Misshandlungen i.S.v. Art. 3 EMRK erlangt worden sind, dürfen nach der Rechtsprechung des EGMR³⁴⁶ sowie Art. 15 der UN-Antifolterkonvention i.V.m. §§ 136a Abs. 3 dStPO, § 148 Abs. 3 tStPO von 2004 in einem Strafverfahren nicht verwertet werden. Im Gegensatz zur höchstrichterlichen Rechtsprechung in Deutschland wird allerdings die genannte Vorschrift in der Türkei durch den Kassationsgerichtshof, wie bereits oben dargestellt, völlig ignoriert. Schaut man nämlich dessen Spruchpraxis genauer an, so lässt sich feststellen, dass der KGH ein erzwungenes Geständnis des Beschuldigten durchaus verwertet – sei es durch Folter oder andere Zwangsmethoden erlangt –, solange seine Wahrheit durch weitere Beweise bestätigt werden kann.³⁴⁷ Damit verstößt er gegen die eindeutige Rechtsprechung des EGMR, wonach es beim konventionsrechtlich erforderlichen Verwertungsverbot für die genannten Aussagen weder auf ihren Beweiswert noch auf ihr Gewicht bei der Begründung der Verurteilung des Beschuldigten ankommt.³⁴⁸ Dementsprechend ergingen in Straßburg mehrere Verurteilungen gegen die Türkei wegen Verwertung solcher Aussagen.³⁴⁹

Das konventionsrechtliche Verwertungsverbot gilt nach der Rechtsprechung des EGMR außerdem ohne Rücksicht darauf, von wem die fraglichen Aussagen stammen und durch wen sie erlangt worden sind. Solche Aussagen dürfen in einem Strafverfahren schlichtweg nicht verwertet werden.³⁵⁰ Eine solche Drittwirkung nimmt der BGH nur hinsichtlich des Verwertungsverbots für Folterbeweise nach Art. 15 UN-Antifolterkonvention an. Er verneint jedoch eine Fernwirkung dieses Verbots dahingehend, dass die fraglichen Aussagen über einen Konsularbeamten als Zeugen ins Strafverfahren eingeführt werden.³⁵¹ Dadurch gerät er allerdings

³⁴⁶ Siehe stellvertretend EGMR *Yusuf Gezer* ./ TR Ur t. v. 01.12.2009 §§ 40 ff.

³⁴⁷ YCGK Ur t. v. 11.11.2003 E. 2003/6-212 K. 2003/267 (kazancı); YCGK Ur t. v. 22.06.2010 E. 2010/9-108 K. 2010/157 (kazancı).

³⁴⁸ EGMR *Gäfen* ./ DE Ur t. v. 01.07.2010 § 166.

³⁴⁹ EGMR *Göçmen* ./ TR Ur t. v. 17.10.2006 §§ 67 ff.; EGMR *Sacettin Yıldız* ./ TR Ur t. v. 05.06.2007 §§ 48 ff.; EGMR *Yusuf Gezer* ./ TR Ur t. v. 01.12.2009 §§ 40 ff.; vgl. EGMR *Söylemez* ./ TR Ur t. v. 21.09.2006 §§ 122 ff.; EGMR *Hacı Özen* ./ TR Ur t. v. 12.04.2007 §§ 97 ff.; hierzu siehe auch *Grabenwarter*, NJW 2010, 3129; *Peukert*, 23. Strafverteidigertag, S. 56.

³⁵⁰ EGMR *El Haski* ./ BE Ur t. v. 25.09.2012 §§ 85 ff.

³⁵¹ BGH NJW 2011, 1523, 1524.

nicht nur mit der genannten Rechtsprechung des EGMR in Widerspruch, sondern auch mit dem Grundgedanken des Art. 15 der UN-Antifolterkonvention. Auch seine Berufung auf das Urteil im Fall *Gäfgen* stellt für eine solche Fernwirkung kein zutreffendes Argument dar, weil der EGMR in dem genannten Urteil eine Fernwirkung des konventionsrechtlichen Verwertungsverbots nicht in einem vergleichbaren Fall verneint. Die Verneinung bezog sich nämlich erstens auf die Sachbeweise, die durch ein Geständnis erlangt worden waren; zweitens war es unter Verstoß gegen eine unmenschliche Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK erzwungen worden; und drittens waren die kontaminierten Sachbeweise im konkreten Fall für die Verurteilung des Beschuldigten nicht tragend.³⁵²

In Anbetracht dieser Rechtsprechung, die im Übrigen auch unter Berücksichtigung der vom EGMR anerkannten Grundsätze zur konventionswidrigen Verwendung eines im Sinne des Art. 3 EMRK erzwungenen Beweismittels nicht haltbar ist,³⁵³ ist für die höchstrichterliche Rechtsprechung in Deutschland Vorsicht geboten, eine Fernwirkung für die unter Verstoß gegen Art. 3 EMRK erlangten Beweise generell infrage zu stellen.³⁵⁴

bb) Weitere unzulässige Vernehmungsmethoden

Die Beweisverwertungsverbote von § 136a Abs. 3 dStPO sowie § 148 Abs. 3 tStPO von 2004 gehen über die oben dargestellte Rechtsprechung des EGMR hinaus und umfassen auch Aussagen, die, abgesehen von Folter und Misshandlungen i.S.v. Art. 3 EMRK, durch andere in diesen Vorschriften genannte Methoden erlangt worden sind. Zwar hat der Gerichtshof auch die Verwertung eines sogenannten unfreiwilligen Geständnisses im Fall *Yaremko* als einen Verstoß gegen die konventionsrechtliche Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK betrachtet. Dieses Beweisverwertungsverbot scheint allerdings noch keine festen Konturen zu haben, weil er die Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK außerdem darauf stützte, dass das fragliche Geständnis den tragenden Beweis gegen den Beschuldigten darstellte, welches durch keine weiteren Beweise bestätigt worden war, und dass das Tatgericht versäumte, seine entsprechenden Beschwerden zu ermitteln.³⁵⁵ Insofern greift das konventionsrechtliche Beweisverwertungsverbot für ein sogenanntes unfreiwilliges Geständnis im Vergleich zu § 136a Abs. 3 dStPO, § 148 Abs. 3 tStPO von 2004 zu kurz.

³⁵² EGMR *Gäfgen* ./ DE Ur. v. 01.07.2010 § 179.

³⁵³ Hierzu grundlegend EGMR *Othman* ./ GB Ur. v. 17.01.2012 § 264.

³⁵⁴ So auch im Ergebnis LR-StPO-Esser, Art. 6 Rn. 957; ders., NSiZ 2008, 662; Weisend, FS für Tak, S. 335.

³⁵⁵ EGMR *Yaremko* ./ UA Ur. v. 12.06.2008 §§ 79 ff.

cc) Kausalität – qualifizierte Belehrung

Im Hinblick auf die Kausalitätsfrage lässt sich in der Rechtsprechung des EGMR kein Erfordernis einer sogenannten qualifizierten Belehrung des Beschuldigten über die Unverwertbarkeit seiner konventionswidrig erlangten Aussagen feststellen.³⁵⁶ Die verneinende Haltung des BGH widerspricht daher der Konvention nicht.³⁵⁷ Für das türkische Recht stellt sich diese Frage nicht, weil es grundsätzlich an anerkannten Verwertungsverböten fehlt.

dd) Nachweis

Im Vergleich zu den hohen Anforderungen des Art. 3 EMRK³⁵⁸ bietet das im deutschen Strafverfahrensrecht anerkannte Freibeweisverfahren einem Beschuldigten eine günstigere Position, um die Verstöße gegen § 136a dStPO nachzuweisen.³⁵⁹ Der Gerichtshof macht jedoch von seiner strikten Rechtsprechung eine Ausnahme, wenn die fragliche Verletzung des Art. 3 EMRK in einem Nichtvertragsstaat zustande kam, der im Hinblick auf das Folter- und Misshandlungsverbot i.S.v. Art. 3 EMRK über ein zweifelhaftes Justizsystem verfügt. Hierbei reicht es als Nachweis, dass eine reale Gefahr der Anwendung solcher Methoden besteht.³⁶⁰ Dieser Maßstab kommt in der Sache dem Freibeweisverfahren sehr nahe und gebietet der Rechtsprechung in Deutschland, beim Nachweis im Ausland begangener Verletzungen des Art. 3 EMRK den allgemein bekannten Umständen des fraglichen Justizsystems mehr Beachtung zu schenken als bis dato geschehen.³⁶¹

Im Übrigen spricht nichts dagegen, dass der EGMR diese Rechtsprechung auch auf Vertragsstaaten mit einem ähnlichen Justizsystem überträgt, was er jedoch in seiner vergangenen Spruchpraxis nicht getan hat. So lässt sich in Anbetracht der systematischen und verbreiteten Anwendung von Folter- und Misshandlungen im Polizeigewahrsam in der Türkei bis Anfang der 2000er-Jahre feststellen,³⁶² dass das gesamte Justizsystem einschließlich des die Verwertung solcher Geständnisse weitgehend zubilligenden Kassationsgerichtshofs für solche fundamentalen Menschenrechtsverstöße eine Verantwortung trug.³⁶³ Es war daher erforderlich, den

³⁵⁶ Vgl. EGMR *Harutyunyan* ./ AM Ur t. v. 28.06.2007 §§ 64 ff.; EGMR *Gägen* ./ DE Ur t. v. 01.07.2010 § 171 f.; EGMR *Alchagin* ./ RU Ur t. v. 17.01.2012 § 73.

³⁵⁷ BGHSt 35, 328, 332 f.

³⁵⁸ Hierzu siehe etwa EGMR *Emirhan Yıldız und andere* ./ TR Ur t. v. 05.12.2006 § 46; EGMR *Fikret Çetin* ./ TR Ur t. v. 13.10.2009 § 25.

³⁵⁹ BGH 4 StR 84/04 Ur t. v. 16.09.2004, HRRS 2004 Nr. 904.

³⁶⁰ EGMR *El Haski* ./ BE Ur t. v. 25.09.2012 §§ 85 ff.

³⁶¹ Vgl. BGH NJW 2011, 1523 f.

³⁶² CPT-Bericht über den Türkei besuch v. 09. bis 21.09.1990, Rn. 89; CPT-Bericht über den Türkei besuch v. 02. bis 14.09.2001, Rn. 20 ff. und 146; vgl. UN-Antifolterkomitee Bericht v. 30.06.2009 CAT/C/TUR/3 Rn. 4.

³⁶³ *Dinç*, TBBD 1988, 57; *Tanör*, S. 27 f.; *Toroslu*, Topçuođlu Armađanı, S. 56.

oben genannten Maßstab der realen Gefahr auch auf die Fälle in der Türkei zu übertragen, bis ein klares Umdenken in der Polizeipraxis und in der Rechtsprechung erfolgte. Während dies für die erstere nach der sogenannten Null-Toleranz-Politik wohl zu bejahen ist, kann das für den türkischen Kassationsgerichtshof nicht behauptet werden, der weiterhin mit einer nicht nachvollziehbaren Haltung Beschwerden über die Anwendung eines Aussagezwangs gegenübersteht.³⁶⁴ Allein dadurch verstößt der KGH gegen die konventionsrechtliche Ermittlungspflicht,³⁶⁵ die vom EGMR kürzlich im Rahmen des Art. 6 Abs. 1 EMRK anerkannt wurde. Sie tritt ein, wenn den nationalen Gerichten über die Freiwilligkeit eines Geständnisses im Verfahren Zweifel kommen.³⁶⁶

b) Unmittelbarer rechtlicher Zwang

Aussagen, die von einem Beschuldigten durch die Anwendung eines unmittelbar rechtlichen Zwangs erlangt worden sind, sind nach der ausdrücklichen Rechtsprechung des EGMR unverwertbar.³⁶⁷ Zwar ist ein entsprechender Fall in der höchstrichterlichen Rechtsprechung von Deutschland und der Türkei, soweit ersichtlich, nicht bekannt. Ein solches Verwertungsverbot ist allerdings verfassungsrechtlich in den beiden Rechtsordnungen erforderlich.³⁶⁸

2. Verwertungsverbote bei Verstößen gegen das Umgehungsverbot

Im Fall einer unzulässigen Tatprovokation verlangt der EGMR von den nationalen Gerichten, eine angemessene prozessuale Abhilfemaßnahme zu treffen. Die Annahme eines Beweisverwertungsverbots für alle Beweise, die durch die unzulässige Tatprovokation erlangt worden sind, markiert dabei nach dem EGMR die Mindestgrenze geeigneter Maßnahmen.³⁶⁹ Die gefestigte Rechtsprechung des BGH, die im Fall einer unzulässigen Tatprovokation weiterhin auf der sogenannten Strafzumessungslösung besteht und ein Beweisverwertungsverbot ablehnt,³⁷⁰ ist daher eindeutig mit dieser konventionsrechtlichen Vorgabe unvereinbar.³⁷¹ Dies

³⁶⁴ Siehe etwa YCGK Entsch. v. 05.04.1993 E. 1993/6-50 K. 1993/79 (kazancı); 1. YCD Entsch. v. 11.11.1998 E. 1998/2883 K. 1998/3440 (kararevi); 1. YCD Entsch. v. 22.02.1999 E. 1998/4155 K. 1999/426 (kararevi).

³⁶⁵ Hierzu siehe bereits EGMR *Hulki Güneş* ./ TR ZE v. 02.07.2013 § 91.

³⁶⁶ EGMR *Yuriy Volkov* ./ UA Ur t. v. 19.12.2013 § 69 f.

³⁶⁷ EGMR *Brusco* ./ FR Ur t. v. 14.01.2010 §§ 47 ff.

³⁶⁸ Vgl. Kap. 3, VI.B und Kap. 4, VI.B.3.

³⁶⁹ Siehe etwa EGMR *Khudobin* ./ RU Ur t. v. 26.10.2006 § 133; EGMR *Ramanauskas* ./ LT Ur t. v. 05.02.2008 § 60.

³⁷⁰ BGH NJW 1984, 2302.

³⁷¹ Ebenso SK-StPO-Paeffgen Art. 6 Rn. 86; *Meyer-Ladewig*, Art. 6 Rn. 161; *Zerbes*, S. 87; *Gaede*, FS für Fezer, S. 31; *Esser/Gaede/Tsambikakis*, NStZ 2011, 142 f.; vgl. *Renzi-kowski*, Fair Trial, S. 110 ff.

gilt jedoch im Hinblick auf das konventionsrechtliche Beweisverwertungsverbot für solche Aussagen nicht, die durch eine unzulässige verdeckte Befragung des Beschuldigten erlangt worden sind. Der BGH berücksichtigt hierbei im Gegensatz zum EGMR³⁷² im Übrigen nicht, ob die fraglichen Aussagen für seine Verurteilung das tragende Beweismittel waren oder nicht.³⁷³

Das türkische Strafverfahrensrecht bleibt im Hinblick auf die Verstöße gegen das Umgehungsverbot völlig hinter den konventionsrechtlichen Vorgaben zurück, weil es ein solches Verbot nicht kennt.³⁷⁴

3. Verwertungsverbote bei Verstößen gegen Informationsrechte

a) Unterlassene Belehrung über die Aussagefreiheit oder das Verteidigerbeistandsrecht

Ein Verwertungsverbot ist nach dem Urteil des EGMR im Fall *Aleksandr Zaichenkov*³⁷⁵ und der gefestigten Rechtsprechung des BGH³⁷⁶ für Aussagen des Beschuldigten erforderlich, die er ohne eine Belehrung über seine Aussagefreiheit bei der polizeilichen Vernehmung gem. Art. 6 Abs. 1 EMRK sowie § 136 Abs. 1 Satz 2 dStPO gemacht hat. Die unterlassene Belehrung über das Recht auf Verteidigerbeistand bei der polizeilichen Vernehmung gem. § 136 Abs. 1 Satz 2 dStPO hat in der Rechtsprechung des BGH noch nicht zu einem klaren Verwertungsverbot geführt.³⁷⁷ Ein solches Verbot lässt sich dagegen aus der Entscheidung des EGMR im Fall *Panovits* ableiten, wobei es dabei unklar ist, inwiefern weitere Unzulänglichkeiten des Einzelfalls bei der polizeilichen Vernehmung die Feststellung der Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK beeinflusst haben.³⁷⁸ Gleichwohl kann diese Entscheidung als konventionsrechtliches Warnsignal aufgefasst werden, die unterlassene Belehrung über das Verteidigerbeistandsrecht bei der polizeilichen Vernehmung nicht als einen geringfügigen Rechtsverstoß anzusehen.³⁷⁹

Für die Nichterfüllung weiterer Belehrungspflichten, die der EGMR im Rahmen der Hilfspflicht bei der Konsultation eines Verteidigers im Polizeigewahrsam fordert, lässt sich aus der Rechtsprechung des EGMR kein Beweisverwertungsverbot entnehmen. So betrachtet der Gerichtshof im Fall *Dvorski* die unterlassene Belehrung des Beschuldigten darüber, dass seine Familie für ihn bereits einen Verteidiger

³⁷² EGMR *Allan* ./ *GB* Ur. v. 05.11.2002 §§ 50–52.

³⁷³ BGHSt 52, 11 ff.; 55, 138 ff.

³⁷⁴ Siehe oben Kap. 4, VI.C.2.

³⁷⁵ EGMR *Aleksandr Zaichenko* ./ *RU* Ur. v. 18.02.2010 § 59 f.

³⁷⁶ Siehe die Grundsatzentscheidung BGHSt 38, 214 ff.

³⁷⁷ Siehe etwa BGH NStZ 1997, 609 f.

³⁷⁸ EGMR *Panovits* ./ *CY* Ur. v. 11.12.2008 §§ 84 ff.

³⁷⁹ Vgl. BGH NStZ 1997, 609 f.

beauftragt hatte, als nicht hinreichend dafür, überhaupt eine Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK zu begründen.³⁸⁰ Auch die bisherige Rechtsprechung des ersten und fünften Strafsenats des BGH hat der unterlassenen Belehrung eines Beschuldigten über die Möglichkeit einer Pflichtverteidigerbestellung gem. §§ 140 Abs. 1 und 2, 141 Abs. 3 dStPO sowie über den Anwaltsnotdienst kein hinreichendes Gewicht beigemessen, um ein Beweisverwertungsverbot wegen dieser Verstöße anzunehmen.³⁸¹ Eine abweichende Auffassung lässt sich in einer kürzlich ergangenen Entscheidung des dritten Senats feststellen, wobei auch hier das Verwertungsverbot auf die Verkettung mehrerer Unzulänglichkeiten einschließlich seiner unterlassenen qualifizierten Belehrung über gescheiterte Kontaktaufnahmen mit dem Verteidiger zurückzuführen war.³⁸² Schließlich hat die neu eingeführte Belehrungspflicht über die Möglichkeit einer Pflichtverteidigerbestellung bei der polizeilichen Vernehmung nach § 136 Abs. 1 Satz 3 dStPO die Auffassung bestärkt, dass die Belehrungspflichten über das Verteidigerkonsultationsrecht bei der polizeilichen Vernehmung kein geringfügiges Gewicht haben.

Im türkischen Recht ist ein Verwertungsverbot bei Verstößen gegen Belehrungspflichten des § 147 Abs. 1 tStPO von 2004 in der höchstrichterlichen Rechtsprechung trotz der ausdrücklichen Einwände der Literatur³⁸³ nicht anerkannt. Dadurch wird zumindest der konventionsrechtlichen Anforderung im Urteil von *Aleksandr Zaichenkov* nicht Genüge getan.

b) Formelle Voraussetzungen eines Beweisverwertungsverbots

Im Vergleich zur Rechtsprechung des EGMR verlangt der BGH bei der Annahme eines Beweisverwertungsverbots wegen unterlassener Belehrungspflichten des § 136 Abs. 1 dStPO, dass der Beschuldigte sein Recht auf Schweigen oder Verteidigerbeistand bei der polizeilichen Vernehmung nicht kannte.³⁸⁴ Von einem solchen Erfordernis ist jedenfalls im Urteil von *Aleksandr Zaichenkov* keine Rede. Auch die Betonung, dass der Beschuldigte ohne eine Belehrung über seine konventionsrechtliche Aussagefreiheit die Konsequenzen seiner Befragung nicht angemessen verstanden hätte, lässt erahnen, dass es dem Gerichtshof nicht um die Kenntnis des Beschuldigten über die Aussagefreiheit als solche ging. Vielmehr scheint er Wert darauf legen, dass ihm die Belehrung klar gemacht hätte, dass er sich nun belaste.³⁸⁵ Im Gegensatz dazu fand er die Kenntnis des Beschuldigten über die Aussagefreiheit im Fall *Navone* offenkundig unbeachtlich, um die Verletzung des

³⁸⁰ EGMR *Dvorski* ./ HR Urt. v. 28.11.2013 §§ 93 ff.

³⁸¹ BGHSt 42, 15, 21 ff.; BGHSt 42, 170, 174.

³⁸² BGH NJW 2013, 2271.

³⁸³ Siehe etwa *Öztürk*, SÜHFD 4/1994, 40; *İpekçioğlu*, AÜHFD 57/2008, 68; *Kunter/Yenisey/Nuhoğlu*, S. 1459; *Centel/Zafer*, S. 219.

³⁸⁴ BGH NJW 2004, 3051, 3056 f.

³⁸⁵ EGMR *Aleksandr Zaichenko* ./ RU Urt. v. 18.02.2010 §§ 52 ff.

Art. 6 Abs. 1 EMRK zu verneinen. Allerdings führte er die Verletzung bereits auf die mangelnde Regelung einer Belehrungspflicht über das Schweigerecht bei der polizeilichen Vernehmung im nationalen Recht zurück.³⁸⁶

In Anbetracht dieser Rechtsprechung des EGMR bedarf die Voraussetzung der fehlenden Kenntnis des Schweigerechts im deutschen Strafverfahrensrecht jedenfalls einer Auslegung in dem genannten Sinne des EGMR. Auch die zweite formelle Voraussetzung, nämlich der Widerspruch zur Verwertung in der Hauptverhandlung,³⁸⁷ hat keine Entsprechung in den genannten Entscheidungen des Gerichtshofs. Zwar übt er in Fragen eines Beweisverwertungsverbots eine gewisse Zurückhaltung aus und ist dazu geneigt, die Besonderheiten des nationalrechtlichen Beweisaufnahmeverfahrens in seinen Entscheidungen zugunsten von Vertragsstaaten zu berücksichtigen.³⁸⁸ Die Widerspruchsvoraussetzung schränkt allerdings das auch konventionsrechtlich ableitbare Verwertungsverbot nicht unerheblich ein. Daher muss sie als ein nationales Phänomen im Vergleich zu konventionsrechtlichen Vorgaben neu überdacht werden.

4. Verwertungsverbote bei Verstößen gegen das Verteidigerkonsultationsrecht

Die gefestigte Rechtsprechung des EGMR verlangt seit dem Urteil im Fall *Salduz* von 2008 bei der Verweigerung des Verteidigerbeistandsrechts im Polizeigewahrsam nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK ein klares Verwertungsverbot.³⁸⁹ Ein solches Beweisverwertungsverbot ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung in Deutschland längst anerkannt.³⁹⁰ Die Rechtsprechung des fünften Strafsenats fordert darüber hinaus auch dann die Annahme eines Verwertungsverbots, wenn das Verteidigerbeistandsrecht bei der polizeilichen Vernehmung durch Unterlassung der gebotenen Hilfspflicht wirksam unterlaufen wurde.³⁹¹ Eine solche differenzierte Rechtsprechung lässt sich dagegen beim EGMR nicht feststellen.³⁹²

Im türkischen Recht verbietet § 148 Abs. 4 tStPO von 2004 die Verwertung von Beschuldigtenaussagen generell, die ohne Anwesenheit eines Verteidigers bei der polizeilichen Vernehmung gemacht worden sind. Diese Vorschrift ist allerdings in der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht angewandt worden.³⁹³

³⁸⁶ EGMR *Navone und andere* ./ FR Ur t. v. 24.10.2013 § 10 und §§ 74 ff.

³⁸⁷ BGHSt 38, 214, 225 f.

³⁸⁸ Vgl. *Krausbeck*, S. 50; *Gaede*, JR 2009, 494.

³⁸⁹ EGMR *Salduz* ./ TR Ur t. v. 27.11.2008 § 55; siehe auch EGMR *Martin* ./ EE Ur t. v. 30.05.2013 § 97.

³⁹⁰ BGHSt 38, 372, 374 = NJW 1993, 338.

³⁹¹ BGHSt 42, 15, 21 f.

³⁹² BGHSt 42, 15, 21 f.

³⁹³ Vgl. YCGK Ur t. v. 15.06.2010 E. 2010/11-128 K. 2010/153 (kazanci).

VII. Schlussbetrachtung

Die Untersuchungsergebnisse der vorliegenden Arbeit zeigen, dass die positiv-rechtliche und rechtstatsächliche Gestaltung der Rechtsstellung des Beschuldigten als Beweismittel gegen sich selbst unmittelbar mit philosophischen Überlegungen zur Strafgerechtigkeit, ihrer konzeptionellen Umsetzung innerhalb der Rechtstheorie sowie der rechtsdogmatischen Erfassung der bestehenden Normen verknüpft sind. So hat das metaphysische Gerechtigkeitsverständnis im Osmanischen Reich teilweise dazu geführt, dass dem Beschuldigten bei bestimmten Straftaten im diesseitigen Strafverfahren die absolute Selbstbelastungsfreiheit eingeräumt wurde. Auch in der Zeit des nachmetaphysischen juristischen Denkens lassen sich im türkischen Recht Rekurse auf eine jenseitige Gerechtigkeit feststellen, um „letzte“ Bedenken, dass der Beschuldigte durch Berufung auf die Selbstbelastungsfreiheit der Strafgerechtigkeit entkommen könne und seine Schuld dadurch ungesühnt bliebe, auszuräumen.

Mit Verweis auf die moralisch-sittlich zu verstehende Persönlichkeitsentfaltung wird der Gedanke der absoluten Gerechtigkeit sowohl in der Türkei als auch in Deutschland allerdings auch verwendet, um ein subjektives Recht des Beschuldigten auf die Selbstbelastungsfreiheit abzustreiten, da dieser für sein Fehlverhalten einzustehen habe. Dies findet allerdings bei der ethischen Auslegung des Grundgesetzes in Deutschland kein Gehör. Stattdessen wird zum einen der Selbsterhaltungstrieb eines jeden Menschen ohne moralische Bewertung anerkannt. Zum anderen erhebt die Würdegarantie ihn zu einem mit Willensfreiheit ausgestatteten Subjekt des prozessualen Geschehens. Die schutzwürdige Persönlichkeitsentfaltung besteht nach der h.M. in Deutschland (im Gegensatz zu der von der Minderheit betonten moralisch-sittlichen Persönlichkeitsentfaltung) grundsätzlich in der Eigenverantwortlichkeit des Beschuldigten.

Im türkischen Recht hat, nachdem die Idee des metaphysischen Ursprungs des Rechts verworfen wurde, die individuelle Persönlichkeit noch keine ähnliche Aufwertung im gelebten Verfassungsrecht erfahren. Die moralisch-sittlichen Zwischenrufe der Literatur sind mit dem positiven Verfassungsrecht, das die Selbstbelastungsfreiheit aus dem Ausland als apriorisch gutes Recht rezipiert hat, nicht vereinbar. Um die sich daraus ergebende Diskrepanz zwischen positivem und gelebtem Recht entschärfen, bedarf es Anstrengungen zu einer eigenständigen Entwicklung eines freien bürgerlichen Rechtsverständnisses in der Türkei, an dem es bislang noch fehlt.

Der EGMR hat entsprechende freiheitsrechtliche Präferenzen zur Begründung der Selbstbelastungsfreiheit für die gesamteuropäische *public order* – jedenfalls offen – nicht zum Ausdruck gebracht. Stattdessen beschränkt sich der Gerichtshof auf die Betonung der fairen Ausgestaltung der strafrechtlichen Streitbeilegung in einem demokratischen Rechtsstaat und lässt den Aspekt der materiellen Gerechtigkeit und des Persönlichkeitsschutzes unangetastet. Dennoch bringt die Fairness einen Wert zum

Ausdruck, der die Behandlung des Beschuldigten durch die mit Zwangsbefugnissen ausgestatteten Strafverfolgungsorgane mäßigend reguliert. Insofern stellt der Fairnessaspekt den „mittleren Weg“ dar, um zwischen der ethisch starken Stellung des Beschuldigten und der moralisch schwachen zu vermitteln. Dass die prozessrechtlichen Konzepte zur Erlangung der Wahrheit, auf die ein gerechter Schuldspruch gestützt werden kann, ungeachtet der Überlegungen zu Gerechtigkeit und Persönlichkeitsschutz, die Rechtsstellung eines Beschuldigten als Beweismittel unmittelbar beeinflussen bzw. bestimmen können, ist historisch betrachtet eine altbewährte Erkenntnis. Dies ließ sich im Rahmen der vorliegenden Arbeit mehrmals anhand der strengen Beweisregeln des osmanischen Rechts nach der klassischen Lehre, des mittelalterlichen Inquisitionsverfahrens und der Einführung der freien richterlichen Beweiswürdigung durch den französischen *Code d'instruction criminelle* feststellen. Allerdings sind beweisrechtliche Beurteilungen über den Stellenwert des Beschuldigten als Beweismittel bei der Wahrheitsfindung zweiseitig und basieren auf schwer verifizierbaren Erkenntnissen. Sie können etwa, wie im osmanischen Recht, nach der klassischen Lehre dahingehend radikal sein, dass ihm eine absolute Geständnisfreiheit gewährt wird, um jeden Zweifel an dem Wahrheitsgehalt seiner Aussagen zu zerstreuen. Die gegenteilige Schärfe kennt das rein inquisitorische Strafprozessrecht, in dem jedes erdenkliche Erpressungsmittel erlaubt ist, um den Beschuldigten zur Aussage der „Wahrheit“ zu bringen. Der Streit zwischen den beiden prozessualen Wahrheitskonzepten wurde im Zug der freiheitsrechtlichen Neuausrichtung von Staaten nach dem Vorbild eines liberalen Rechtsstaats argumentativ weitgehend beigelegt. Es gibt dennoch hin und wieder Verführungsmomente zu einer Aussageerpressung, denen sich auch die „etablierten Rechtsstaaten“ nicht entziehen können. Ob man tatsächlich gewillt ist, auf die Aussageerpressung zu verzichten, kann, wie in der jüngsten Geschichte der Türkei, lange Zeit unklar bleiben – bis die Brutalität und das Außerkontrollegerate der Mittel der Aussageerpressung zu einer moralisch-ethischen Krise und einem großen Gesichtsverlust führen und eine Gesellschaft wachrütteln, um endlich den politischen Willen zu fassen, solche abscheulichen Methoden ein für alle Mal abzuschaffen.

Den moralischen Druck auf die ethische Stütze der Selbstbelastungsfreiheit hat die Rationalisierung des Beweisrechts zum einen mit der Einführung der freien richterlichen Beweiswürdigung gemildert. Denn der Beschuldigte ist nun im Strafverfahren nicht nur mit einer spezifischen Aussageform, sondern mit seinem ganzen Aussageverhalten für die Wahrheitsfindung heranzuziehen. Zum anderen hat die Erweiterung der zulässigen Beweismittel auf Sachbeweise die Kardinalstellung des Geständnisses abgeschwächt. Diese beweisrechtliche Wandlung warf gleichzeitig rechtsdogmatisch durchaus schwierige Fragen auf. Zu befassen hat man sich im ersten Schritt nicht mehr mit der Geständnisfreiheit, sondern mit der Aussagefreiheit des Beschuldigten und im zweiten Schritt mit seiner Mitwirkungsfreiheit bei der Erhebung von Sachbeweisen. Hinzu kamen die zunehmenden verdeckten Ermittlungen, um das Tatwissen des Beschuldigten außerhalb einer regulären offenen

Vernehmung abzuschöpfen und dieses durch neue technische Mittel bzw. Zeugen- oder Urkundsbeweise in das Verfahren einzuführen. Schließlich ist aus der Frage der Zulässigkeit eines erzwungenen Geständnisses nach der beweisrechtlichen Liberalisierung die seiner Verwertbarkeit geworden. Denn erstens lässt sich sein Beweiswert durch die nun zulässigen Indizienbeweise beurteilen. Und zweitens kann ein „fragwürdiges“ Geständnis durchaus einer Verurteilung zugrunde gelegt werden, wenn sein Inhalt durch die sogenannten „Nebenbeweise“ bestätigt wird. Unterschiedliche Kombinationen der Verwertbarkeit, die sich aus Beweiswert und Gewichtung eines erzwungenen Geständnisses ergeben, lassen sich im türkischen Recht sehr anschaulich in der Entscheidungspraxis des türkischen Kassationsgerichtshofs feststellen. Zwar stellen sich diese Fragen der Verwertbarkeit für die EMRK und das deutsche Recht nicht, für den Gerichtshof und den BGH scheint es dennoch schwierig zu sein, die Selbstbelastung des Beschuldigten über die Verwertung derjenigen Sachbeweise für rechtswidrig zu erklären, die durch seine erzwungenen Aussagen erlangt wurden.

Zur Lösung der neuen Sachprobleme greift man die oben genannten, auch historisch belegten Überlegungen zur Selbstbelastungsfreiheit erneut auf, um hieraus für die verfassungsrechtliche Auslegung der Selbstbelastungsfreiheit allgemeine Zwecke abzuleiten und rechtsdogmatisch schlüssige und für alle Funktionen des Beschuldigten als Beweismittel geltende einheitliche Konzepte zu entwerfen. Das Ergebnis, das von der h.M. geteilt wird, ist im Gegensatz zur historischen Geständnisfreiheit ein differenzierendes Verständnis der Selbstbelastungsfreiheit, weil die herangezogenen Bewertungsmaßstäbe den Beschuldigten nie in die Lage versetzen, sich als Beweismittel vollständig der Strafverfolgung zu entziehen. Das wirft wiederum Abgrenzungsfragen auf, die in einzelnen Fällen nicht leicht zu beantworten sind.

Die vorliegende Arbeit hat sich mit der Mitwirkungsfreiheit in den untersuchten Rechtsordnungen nur insoweit befasst, als dies zur Darlegung bzw. Prüfung des Gesamtverständnisses der Selbstbelastungsfreiheit erforderlich war. Im Besonderen stand jedoch die Rechtsstellung des Beschuldigten als Aussageperson bei der polizeilichen Befragung im Vordergrund. Die Untersuchungen haben belegt, dass sich das zeitgenössische Verständnis von der Aussagefreiheit strukturell und funktional in vier unterschiedliche Schutzbereiche gliedern lässt: Schutz vor Aussagezwang, Umgehungsverbot, Ergänzende Schutzrechte und Beweisverwertungsverbote. Die Ergebnisse der Untersuchungen wurden oben ausführlich dargelegt und anschließend rechtsvergleichend analysiert. An dieser Stelle werden sie nicht erneut zusammengefasst, weil dies bereits am Ende eines jeden Kapitels erfolgt ist.

Zur Konkretisierung des Schutzes vor Zwang konnte vorliegend durch Auswertung rechtsvergleichender Erkenntnisse eine einheitliche Definition von Zwang entwickelt und die Reichweite dieses Schutzes anhand der einzelnen Merkmale der Definition untersucht werden. Etwa konnte die nachteilige Verwertung des Aussageverhaltens eines Beschuldigten bei der richterlichen Beweiswürdigung als eine

Form des rechtlichen Aussagezwangs weiterhin unter den altbewährten Kernschutzbereich subsumiert werden.

Hinsichtlich der verdeckten Abschöpfungsmethoden des Tatwissens wurde festgestellt, dass die Aussagefreiheit des Beschuldigten im Vergleich zu den Vorteilen einer offenen Vernehmung durch ein Umgehungsverbot geschützt wird. Allerdings wird ein generelles Verbot solcher Methoden nicht angenommen. Tatsächlich ist die Umgehung der Aussagefreiheit in den drei Rechtsordnungen nicht so weit verbreitet, dass diese Methoden flächendeckend und regulär-vorrangig die offene Vernehmung des Beschuldigten ersetzt hätten. Sie werden bei ihrer derzeitigen Anwendung in einzelnen Fällen und durch bestimmte Ermittlungsschwierigkeiten begründet eingesetzt. Bei der Grenzziehung spielt bei näherer Betrachtung der historisch hergeleitete Aspekt, keinen Zwang auszuüben, weiterhin eine Rolle, auch wenn das Zwangsverbot funktional verstanden wird und eine psychische Druckausübung umfasst. Der zweite Aspekt, nämlich die Garantien einer regulären Beschuldigtenvernehmung, tritt dagegen völlig in den Hintergrund, wenn die Gewichtung, so wie in der EMRK und im deutschen Recht, auf dem ersten liegt.

In der Tat sind die genannten Garantien für eine wirksame Ausübung der Aussagefreiheit bei einer offenen Vernehmung von großer Bedeutung. Die vorliegende Arbeit hat sie daher als Ergänzende Schutzrechte in Informations- und Beistandsrechte eingliedert und ihre unmittelbaren sowie mittelbaren Zusammenhänge mit der Aussagefreiheit in den untersuchten Rechtsordnungen herausgearbeitet. Eine rechtsvergleichende Betrachtung gelangt zu der Erkenntnis, dass diese Schutzrechte zunehmend unmittelbar mit der Aussagefreiheit in Verbindung gebracht werden.

Die vierte Ausprägung des Schutzes der Aussagefreiheit besteht prozessrechtlich in der Nichtverwertbarkeit von Beweisen, die aus den Verstößen gegen dieses Recht in seinen oben genannten drei Aspekten resultieren. Während die Annahme eines Verwertungsverbots im Strafverfahren gegen den Beschuldigten zum Teil bereits in der Anerkennung der *Selbstbelastungsfreiheit* enthalten ist, lässt sich bei näherer Betrachtung zum Teil auch ein differenzierendes Vorgehen feststellen, und zwar insbesondere bei Verstößen gegen die „neuen Aspekte“ der Aussagefreiheit, nämlich das Umgehungsverbot und die Ergänzenden Schutzrechte.

Gesetzestexte

Auszüge aus der EMRK

Offizielle deutsche Übersetzung
Stand: 01. Juni 2010, BGBl. 2010 II S. 1198

Artikel 3 Verbot der Folter

Niemand darf der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe unterworfen werden.

Artikel 5 Recht auf Freiheit und Sicherheit

(1) Jede Person hat das Recht auf Freiheit und Sicherheit. Die Freiheit darf nur in den folgenden Fällen und nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden:

...

- c) rechtmäßige Festnahme oder Freiheitsentziehung zur Vorführung vor die zuständige Gerichtsbehörde, wenn hinreichender Verdacht besteht, dass die betreffende Person eine Straftat begangen hat, oder wenn begründeter Anlass zu der Annahme besteht, dass es notwendig ist, sie an der Begehung einer Straftat oder an der Flucht nach Begehung einer solchen zu hindern;

...

(2) Jeder festgenommenen Person muss innerhalb möglichst kurzer Frist in einer ihr verständlichen Sprache mitgeteilt werden, welches die Gründe für ihre Festnahme sind und welche Beschuldigungen gegen sie erhoben werden.

...

Artikel 6 Recht auf ein faires Verfahren

(1) Jede Person hat ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Das Urteil muss öffentlich verkündet werden; Presse und Öffentlichkeit können jedoch während des ganzen oder eines Teiles des Verfahrens ausgeschlossen werden, wenn dies im Interesse der Moral, der öffentlichen Ordnung oder der nationalen Sicherheit in einer demokratischen Gesellschaft liegt, wenn die Interessen von Jugendlichen oder der Schutz des Privatlebens der Prozessparteien es verlangen oder – soweit das Gericht es für unbedingt erforderlich hält – wenn unter besonderen Umständen eine öffentliche Verhandlung die Interessen der Rechtspflege beeinträchtigen würde.

(2) Jede Person, die einer Straftat angeklagt ist, gilt bis zum gesetzlichen Beweis ihrer Schuld als unschuldig.

- (3) Jede angeklagte Person hat mindestens folgende Rechte:
- a) innerhalb möglichst kurzer Frist in einer ihr verständlichen Sprache in allen Einzelheiten über Art und Grund der gegen sie erhobenen Beschuldigung unterrichtet zu werden;
 - b) ausreichende Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung ihrer Verteidigung zu haben;
 - c) sich selbst zu verteidigen, sich durch einen Verteidiger ihrer Wahl verteidigen zu lassen oder, falls ihr die Mittel zur Bezahlung fehlen, unentgeltlich den Beistand eines Verteidigers zu erhalten, wenn dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist;
 - d) Fragen an Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen und die Ladung und Vernehmung von Entlastungszeugen unter denselben Bedingungen zu erwirken, wie sie für Belastungszeugen gelten;
 - e) unentgeltliche Unterstützung durch einen Dolmetscher zu erhalten, wenn sie die Verhandlungssprache des Gerichts nicht versteht oder spricht.

Artikel 8

Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens

- (1) Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz.
- (2) Eine Behörde darf in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

Artikel 10

Freiheit der Meinungsäußerung

- (1) Jede Person hat das Recht auf freie Meinungsäußerung. Dieses Recht schließt die Meinungsfreiheit und die Freiheit ein, Informationen und Ideen ohne behördliche Eingriffe und ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen zu empfangen und weiterzugeben. Dieser Artikel hindert die Staaten nicht, für Hörfunk-, Fernseh- oder Kinounternehmen eine Genehmigung vorzuschreiben.
- (2) Die Ausübung dieser Freiheiten ist mit Pflichten und Verantwortung verbunden; sie kann daher Formvorschriften, Bedingungen, Einschränkungen oder Strafdrohungen unterworfen werden, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind für die nationale Sicherheit, die territoriale Unversehrtheit oder die öffentliche Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der Ordnung oder zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral, zum Schutz des guten Rufes oder der Rechte anderer, zur Verhinderung der Verbreitung vertraulicher Informationen oder zur Wahrung der Autorität und der Unparteilichkeit der Rechtsprechung.

Auszüge aus dem IPBPR

Offizielle deutsche Übersetzung, BGBl. 1973 II S. 1553

Artikel 14

(1) Alle Menschen sind vor Gericht gleich. Jedermann hat Anspruch darauf, dass über eine gegen ihn erhobene strafrechtliche Anklage oder seine zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen durch ein zuständiges, unabhängiges, unparteiisches und auf Gesetz beruhendes Gericht in billiger Weise und öffentlich verhandelt wird. Aus Gründen der Sittlichkeit, der öffentlichen Ordnung (ordre public) oder der nationalen Sicherheit in einer demokratischen Gesellschaft oder wenn es im Interesse des Privatlebens der Parteien erforderlich ist oder – soweit dies nach Auffassung des Gerichts unbedingt erforderlich ist – unter besonderen Umständen, in denen die Öffentlichkeit des Verfahrens die Interessen der Gerechtigkeit beeinträchtigen würde, können Presse und Öffentlichkeit während der ganzen oder eines Teils der Verhandlung ausgeschlossen werden; jedes Urteil in einer Straf- oder Zivilsache ist jedoch öffentlich zu verkünden, sofern nicht die Interessen Jugendlicher dem entgegenstehen oder das Verfahren Ehestreitigkeiten oder die Vormundschaft über Kinder betrifft.

(2) Jeder wegen einer strafbaren Handlung Angeklagte hat Anspruch darauf, bis zu dem im gesetzlichen Verfahren erbrachten Nachweis seiner Schuld als unschuldig zu gelten.

(3) Jeder wegen einer strafbaren Handlung Angeklagte hat in gleicher Weise im Verfahren Anspruch auf folgende Mindestgarantien:

- a) Er ist unverzüglich und im einzelnen in einer ihm verständlichen Sprache über Art und Grund der gegen ihn erhobenen Anklage zu unterrichten;
- b) er muss hinreichend Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung seiner Verteidigung und zum Verkehr mit einem Verteidiger seiner Wahl haben;
- c) es muss ohne unangemessene Verzögerung ein Urteil gegen ihn ergehen;
- d) er hat das Recht, bei der Verhandlung anwesend zu sein und sich selbst zu verteidigen oder durch einen Verteidiger seiner Wahl verteidigen zu lassen; falls er keinen Verteidiger hat, ist er über das Recht, einen Verteidiger in Anspruch zu nehmen, zu unterrichten; fehlen ihm die Mittel zur Bezahlung eines Verteidigers, so ist ihm ein Verteidiger unentgeltlich zu bestellen, wenn dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist;
- e) er darf Fragen an die Belastungszeugen stellen oder stellen lassen und das Erscheinen und die Vernehmung der Entlastungszeugen unter den für die Belastungszeugen geltenden Bedingungen erwirken;
- f) er kann die unentgeltliche Beiziehung eines Dolmetschers verlangen, wenn er die Verhandlungssprache des Gerichts nicht versteht oder spricht;
- g) er darf nicht gezwungen werden, gegen sich selbst als Zeuge auszusagen oder sich schuldig zu bekennen.

(4) Gegen Jugendliche ist das Verfahren in einer Weise zu führen, die ihrem Alter entspricht und ihre Wiedereingliederung in die Gesellschaft fördert.

(5) Jeder, der wegen einer strafbaren Handlung verurteilt worden ist, hat das Recht, das Urteil entsprechend dem Gesetz durch ein höheres Gericht nachprüfen zu lassen.

(6) Ist jemand wegen einer strafbaren Handlung rechtskräftig verurteilt und ist das Urteil später aufgehoben oder der Verurteilte begnadigt worden, weil eine neue oder eine neu bekannt gewordene Tatsache schlüssig beweist, dass ein Fehlurteil vorlag, so ist derjenige, der aufgrund eines solchen Urteils eine Strafe verbüßt hat, entsprechend dem Gesetz zu entschädigen, sofern nicht nachgewiesen wird, dass das nicht rechtzeitige Bekanntwerden der betreffenden Tatsache ganz oder teilweise ihm zuzuschreiben ist.

(7) Niemand darf wegen einer strafbaren Handlung, wegen der er bereits nach dem Gesetz und dem Strafverfahrensrecht des jeweiligen Landes rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, erneut verfolgt oder bestraft werden.

Auszüge aus der UN-Antifolterkonvention

Übereinkommen gegen Folter
und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe
vom 10. Dezember 1984, BGBl. 1990 II S. 246

Artikel 1

(1) Im Sinne dieses Übereinkommens bezeichnet der Ausdruck „Folter“ jede Handlung, durch die einer Person vorsätzlich große körperliche oder seelische Schmerzen oder Leiden zugefügt werden, zum Beispiel um von ihr oder einem Dritten eine Aussage oder ein Geständnis zu erlangen, um sie für eine tatsächlich oder mutmaßlich von ihr oder einem Dritten begangene Tat zu bestrafen oder um sie oder einen Dritten einzuschüchtern oder zu nötigen, oder aus einem anderen, auf irgendeiner Art von Diskriminierung beruhenden Grund, wenn diese Schmerzen oder Leiden von einem Angehörigen des öffentlichen Dienstes oder einer anderen in amtlicher Eigenschaft handelnden Person, auf deren Veranlassung oder mit deren ausdrücklichem oder stillschweigendem Einverständnis verursacht werden. Der Ausdruck umfasst nicht Schmerzen oder Leiden, die sich lediglich aus gesetzlich zulässigen Sanktionen ergeben, dazu gehören oder damit verbunden sind.

...

Artikel 15

Jeder Vertragsstaat trägt dafür Sorge, dass Aussagen, die nachweislich durch Folter herbeigeführt worden sind, nicht als Beweis in einem Verfahren verwendet werden, es sei denn gegen eine der Folter angeklagte Person als Beweis dafür, dass die Aussage gemacht wurde.

Auszüge aus dem Grundgesetz

Artikel 1

(1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.

...

Artikel 2

(1) Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.

...

Auszüge aus der dStPO

§ 55 [Aussageverweigerungsrecht]

- (1) Jeder Zeuge kann die Auskunft auf solche Fragen verweigern, deren Beantwortung ihm selbst oder einem der in § 52 Abs. 1 bezeichneten Angehörigen die Gefahr zuziehen würde, wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden.
- (2) Der Zeuge ist über sein Recht zur Verweigerung der Auskunft zu belehren.

§ 81a [Körperliche Untersuchung; Blutprobe]

- (1) Eine körperliche Untersuchung des Beschuldigten darf zur Feststellung von Tatsachen angeordnet werden, die für das Verfahren von Bedeutung sind. Zu diesem Zweck sind Entnahmen von Blutproben und andere körperliche Eingriffe, die von einem Arzt nach den Regeln der ärztlichen Kunst zu Untersuchungszwecken vorgenommen werden, ohne Einwilligung des Beschuldigten zulässig, wenn kein Nachteil für seine Gesundheit zu befürchten ist.
- (2) Die Anordnung steht dem Richter, bei Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung auch der Staatsanwaltschaft und ihren Ermittlungspersonen (§ 152 des Gerichtsverfassungsgesetzes) zu.

...

§ 95 [Herausgabepflicht]

- (1) Wer einen Gegenstand der vorbezeichneten Art in seinem Gewahrsam hat, ist verpflichtet, ihn auf Erfordern vorzulegen und auszuliefern.
- (2) Im Falle der Weigerung können gegen ihn die in § 70 bestimmten Ordnungs- und Zwangsmittel festgesetzt werden. Das gilt nicht bei Personen, die zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt sind.

§ 110a [Verdeckter Ermittler]

- (1) Verdeckte Ermittler dürfen zur Aufklärung von Straftaten eingesetzt werden, wenn zureichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß eine Straftat von erheblicher Bedeutung ...
- (2) Verdeckte Ermittler sind Beamte des Polizeidienstes, die unter einer ihnen verliehenen, auf Dauer angelegten, veränderten Identität (Legende) ermitteln. Sie dürfen unter der Legende am Rechtsverkehr teilnehmen.

...

§ 114a [Aushändigung des Haftbefehls]

Dem Beschuldigten ist bei der Verhaftung eine Abschrift des Haftbefehls auszuhändigen; beherrscht er die deutsche Sprache nicht hinreichend, erhält er zudem eine Übersetzung in einer für ihn verständlichen Sprache. Ist die Aushändigung einer Abschrift und einer etwaigen Übersetzung nicht möglich, ist ihm unverzüglich in einer für ihn verständlichen Sprache mitzuteilen, welches die Gründe für die Verhaftung sind und welche Beschuldigungen gegen ihn erhoben werden. In diesem Fall ist die Aushändigung der Abschrift des Haftbefehls sowie einer etwaigen Übersetzung unverzüglich nachzuholen.

§ 114b [Belehrungspflicht]

(1) Der verhaftete Beschuldigte ist unverzüglich und schriftlich in einer für ihn verständlichen Sprache über seine Rechte zu belehren. Ist eine schriftliche Belehrung erkennbar nicht ausreichend, hat zudem eine mündliche Belehrung zu erfolgen. Entsprechend ist zu verfahren, wenn eine schriftliche Belehrung nicht möglich ist; sie soll jedoch nachgeholt werden, sofern dies in zumutbarer Weise möglich ist. Der Beschuldigte soll schriftlich bestätigen, dass er belehrt wurde; falls er sich weigert, ist dies zu dokumentieren.

(2) In der Belehrung nach Absatz 1 ist der Beschuldigte darauf hinzuweisen, dass er

1. unverzüglich, spätestens am Tag nach der Ergreifung, dem Gericht vorzuführen ist, das ihn zu vernehmen und über seine weitere Inhaftierung zu entscheiden hat,
2. das Recht hat, sich zur Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen,
3. zu seiner Entlastung einzelne Beweiserhebungen beantragen kann,
4. jederzeit, auch schon vor seiner Vernehmung, einen von ihm zu wählenden Verteidiger befragen kann,
- 4a. in den Fällen des § 140 Absatz 1 und 2 die Bestellung eines Verteidigers nach Maßgabe des § 141 Absatz 1 und 3 beanspruchen kann,
5. das Recht hat, die Untersuchung durch einen Arzt oder eine Ärztin seiner Wahl zu verlangen,
6. einen Angehörigen oder eine Person seines Vertrauens benachrichtigen kann, soweit der Zweck der Untersuchung dadurch nicht gefährdet wird,
7. nach Maßgabe des § 147 Absatz 7 beantragen kann, Auskünfte und Abschriften aus den Akten zu erhalten, soweit er keinen Verteidiger hat, und
8. bei Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft nach Vorführung vor den zuständigen Richter
 - a) eine Beschwerde gegen den Haftbefehl einlegen oder eine Haftprüfung (§ 117 Absatz 1 und 2) und eine mündliche Verhandlung (§ 118 Absatz 1 und 2) beantragen kann,
 - b) bei Unstatthaftigkeit der Beschwerde eine gerichtliche Entscheidung nach § 119 Absatz 5 beantragen kann und
 - c) gegen behördliche Entscheidungen und Maßnahmen im Untersuchungshaftvollzug eine gerichtliche Entscheidung nach § 119a Absatz 1 beantragen kann.

Der Beschuldigte ist auf das Akteneinsichtsrecht des Verteidigers nach § 147 hinzuweisen. Ein Beschuldigter, der der deutschen Sprache nicht hinreichend mächtig ist oder der hör- oder sprachbehindert ist, ist in einer ihm verständlichen Sprache darauf hinzuweisen, dass er nach Maßgabe des § 187 Absatz 1 bis 3 des Gerichtsverfassungsgesetzes für das gesamte Strafverfahren die unentgeltliche Hinzuziehung eines Dolmetschers oder Übersetzers beanspruchen kann. Ein ausländischer Staatsangehöriger ist darüber zu belehren, dass er die Unterrichtung der konsularischen Vertretung seines Heimatstaates verlangen und dieser Mitteilungen zukommen lassen kann.

§ 136 [Erste Vernehmung]

(1) Bei Beginn der ersten Vernehmung ist dem Beschuldigten zu eröffnen, welche Tat ihm zu Last gelegt wird und welche Strafvorschriften in Betracht kommen. Er ist darauf hinzuweisen, daß es ihm nach dem Gesetz freistehe, sich zu der Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen und jederzeit, auch schon vor seiner Vernehmung, einen von ihm zu wählenden Verteidiger zu befragen. Er ist ferner darüber zu belehren, daß er zu seiner Entlastung einzelne Beweiserhebungen beantragen und unter den Voraussetzungen des § 140 Absatz 1 und 2 die Bestellung eines Verteidigers nach Maßgabe des § 141 Absatz 1 und 3 beanspruchen kann. In geeigneten Fällen soll der Beschuldigte auch darauf,

dass er sich schriftlich äußern kann, sowie auf die Möglichkeit eines Täter-Opfer-Ausgleichs hingewiesen werden.

...

§ 136a [Verbotene Vernehmungsmethoden]

(1) Die Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung des Beschuldigten darf nicht beeinträchtigt werden durch Mißhandlung, durch Ermüdung, durch körperlichen Eingriff, durch Verabreichung von Mitteln, durch Quälerei, durch Täuschung oder durch Hypnose. Zwang darf nur angewandt werden, soweit das Strafverfahrensrecht dies zuläßt. Die Drohung mit einer nach seinen Vorschriften unzulässigen Maßnahme und das Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils sind verboten.

(2) Maßnahmen, die das Erinnerungsvermögen oder die Einsichtsfähigkeit des Beschuldigten beeinträchtigen, sind nicht gestattet.

(3) Das Verbot der Absätze 1 und 2 gilt ohne Rücksicht auf die Einwilligung des Beschuldigten. Aussagen, die unter Verletzung dieses Verbots zustande gekommen sind, dürfen auch dann nicht verwertet werden, wenn der Beschuldigte der Verwertung zustimmt.

§ 137 [Wahl eines Verteidigers]

(1) Der Beschuldigte kann sich in jeder Lage des Verfahrens des Beistandes eines Verteidigers bedienen. Die Zahl der gewählten Verteidiger darf drei nicht übersteigen.

...

§ 140 [Notwendige Verteidigung]

(1) Die Mitwirkung eines Verteidigers ist notwendig, wenn

1. die Hauptverhandlung im ersten Rechtszug vor dem Oberlandesgericht oder dem Landgericht stattfindet;
2. dem Beschuldigten ein Verbrechen zur Last gelegt wird;
3. das Verfahren zu einem Berufsverbot führen kann;
4. gegen einen Beschuldigten Untersuchungshaft nach den §§ 112, 112a oder einstweilige Unterbringung nach § 126a oder § 275a Absatz 6 vollstreckt wird;
5. der Beschuldigte sich mindestens drei Monate auf Grund richterlicher Anordnung oder mit richterlicher Genehmigung in einer Anstalt befunden hat und nicht mindestens zwei Wochen vor Beginn der Hauptverhandlung entlassen wird;
6. zur Vorbereitung eines Gutachtens über den psychischen Zustand des Beschuldigten seine Unterbringung nach § 81 in Frage kommt;
7. ein Sicherungsverfahren durchgeführt wird;
8. der bisherige Verteidiger durch eine Entscheidung von der Mitwirkung in dem Verfahren ausgeschlossen ist;
9. dem Verletzten nach den §§ 397a und 406g Absatz 3 und 4 ein Rechtsanwalt beigeordnet worden ist.

(2) In anderen Fällen bestellt der Vorsitzende auf Antrag oder von Amts wegen einen Verteidiger, wenn wegen der Schwere der Tat oder wegen der Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage die Mitwirkung eines Verteidigers geboten erscheint oder wenn ersichtlich ist, daß sich der Beschuldigte nicht selbst verteidigen kann. Dem Antrag eines hör- oder sprachbehinderten Beschuldigten ist zu entsprechen.

...

§ 141 [Bestellung eines Verteidigers]

- (1) In den Fällen des § 140 Abs. 1 Nr. 1 bis 3, 5 bis 9 und Abs. 2 wird dem Angeschuldigten, der noch keinen Verteidiger hat, ein Verteidiger bestellt, sobald er gemäß § 201 zur Erklärung über die Anklageschrift aufgefordert worden ist.
- (2) Ergibt sich erst später, daß ein Verteidiger notwendig ist, so wird er sofort bestellt.
- (3) Der Verteidiger kann auch schon während des Vorverfahrens bestellt werden. Die Staatsanwaltschaft beantragt dies, wenn nach ihrer Auffassung in dem gerichtlichen Verfahren die Mitwirkung eines Verteidigers nach § 140 Abs. 1 oder 2 notwendig sein wird. Nach dem Abschluß der Ermittlungen (§ 169a) ist er auf Antrag der Staatsanwaltschaft zu bestellen. Im Fall des § 140 Abs. 1 Nr. 4 wird der Verteidiger unverzüglich nach Beginn der Vollstreckung bestellt.
- (4) Über die Bestellung entscheidet der Vorsitzende des Gerichts, das für das Hauptverfahren zuständig oder bei dem das Verfahren anhängig ist, oder das Gericht, das für eine von der Staatsanwaltschaft gemäß § 162 Absatz 1 Satz 1 oder Satz 3 beantragte richterliche Vernehmung zuständig ist, wenn die Staatsanwaltschaft dies zur Beschleunigung des Verfahrens für erforderlich hält; im Fall des § 140 Absatz 1 Nummer 4 entscheidet das nach § 126 oder § 275a Absatz 6 zuständige Gericht.

§ 163a [Vernehmung des Beschuldigten]

- (1) Der Beschuldigte ist spätestens vor dem Abschluß der Ermittlungen zu vernehmen, es sei denn, daß das Verfahren zur Einstellung führt. § 58a Absatz 1 Satz 1, Absatz 2 und 3 sowie § 58b gelten entsprechend. In einfachen Sachen genügt es, daß ihm Gelegenheit gegeben wird, sich schriftlich zu äußern.
- (2) Beantragt der Beschuldigte zu seiner Entlastung die Aufnahme von Beweisen, so sind sie zu erheben, wenn sie von Bedeutung sind.
- (3) Der Beschuldigte ist verpflichtet, auf Ladung vor der Staatsanwaltschaft zu erscheinen. Die §§ 133 bis 136a und 168c Abs. 1 und 5 gelten entsprechend. Über die Rechtmäßigkeit der Vorführung entscheidet auf Antrag des Beschuldigten das nach § 162 zuständige Gericht. Die §§ 297 bis 300, 302, 306 bis 309, 311a und 473a gelten entsprechend. Die Entscheidung des Gerichts ist unanfechtbar.
- (4) Bei der ersten Vernehmung des Beschuldigten durch Beamte des Polizeidienstes ist dem Beschuldigten zu eröffnen, welche Tat ihm zur Last gelegt wird. Im Übrigen sind bei der Vernehmung des Beschuldigten durch Beamte des Polizeidienstes § 136 Abs. 1 Satz 2 bis 4, Abs. 2, 3 und § 136a anzuwenden.

...

§ 261 [Freie Beweiswürdigung]

Über das Ergebnis der Beweisaufnahme entscheidet das Gericht nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung.

Auszüge aus der tVerf 1982

Einschränkung von Grundrechten und -freiheiten

Art. 13

Jeder hat an seine Person gebundene, unantastbare, unübertragbare und unverzichtbare Grundrechte und -freiheiten.

Grundrechte und -freiheiten enthalten auch Aufgaben und Pflichten, die eine Person gegenüber der Gesellschaft, ihrer Familie und anderen Personen hat.

Unantastbarkeit der Person, ihr materielles und immaterielles Dasein

Art. 17

Jeder hat das Recht, sein materielles und immaterielles Dasein zu schützen und zu entwickeln.

...

Niemand darf gefoltert oder gequält werden. Niemand darf einer mit der Menschenwürde unvereinbaren Strafe oder Behandlung unterzogen werden.

...

Anspruch auf rechtliches Gehör

Art. 36

Jeder hat durch die Inanspruchnahme zulässiger Mittel und Wege vor justiziellen Instanzen als Kläger oder Beklagter das Recht auf Klage und Verteidigung sowie auf ein faires Verfahren.

...

Grundsätze über Straftaten und Strafen

Art. 38

...

Niemand darf als schuldig angesehen werden, bis seine Schuld durch ein Urteil festgestellt ist.

Niemand darf gezwungen werden, eine bezichtigende Aussage gegen sich selbst oder im Gesetz bestimmte Angehörige zu machen oder zu diesem Zweck einen Beweis vorzulegen. Gesetzeswidrig erlangte Befunde dürfen nicht als Beweis zugelassen werden.

...

Auszüge aus der tStPO von 2004

§ 2 Definitionen

(1) Bei der Anwendung dieses Gesetzes ist

- a) Beschuldigter: die in dem Ermittlungsverfahren unter Tatverdacht stehende Person,
- b) Angeklagter: die ab dem Beginn des Hauptverfahrens bis zur Rechtskraft des Urteils unter Tatverdacht stehende Person,

...

- e) Ermittlungsverfahren: die Phase, die ab der Kenntnisnahme der nach dem Gesetz zuständigen Instanzen von einem Tatverdacht bis zur Annahme der Anklageschrift andauert,
- f) Hauptverfahren: die Phase, die mit der Annahme der Anklageschrift beginnt und bis zur Rechtskraft des Urteils andauert,
- g) Aussageaufnahme: die Anhörung eines Beschuldigten durch die Polizeibeamten oder den Staatsanwalt über die Straftat, die den Gegenstand des Ermittlungsverfahrens bildet,
- h) Vernehmung: die Anhörung eines Beschuldigten oder Angeklagten durch den Richter oder das Gericht über die Straftat, die den Gegenstand des Ermittlungs- oder Hauptverfahrens bildet,

...

Körperliche Untersuchung des Beschuldigten oder des Angeklagten und Entnahme von Proben aus seinem Körper

(geändert durch § 2 des Gesetzes 5353 v. 25.05.2005)

§ 75

(1) Zur Beweiserlangung bei einer Straftat kann die forensische innerkörperliche Untersuchung eines Beschuldigten oder eines Angeklagten oder die Entnahme von Blut oder ähnlichen biologischen Proben wie Haaren, Speichel oder Nägel auf den Antrag des Staatsanwalts, des Verletzten oder von Amts wegen durch den Richter oder das Gericht oder vom Staatsanwalt selbst angeordnet werden, wenn Gefahr im Verzug ist. Die Entscheidung des Staatsanwalts wird innerhalb 24 Stunden dem Richter oder dem Gericht zur Bestätigung vorgelegt. Der Richter oder das Gericht trifft seine Entscheidung innerhalb 24 Stunden. Die nicht bestätigten Entscheidungen sind unwirksam und die dadurch erlangten Beweise unverwendbar.

...

Feststellung der physischen Identität

(geändert durch § 5 des Gesetzes 5353 v. 25.05.2005)

§ 81

(1) Für den Fall, dass die Feststellung der Identität eines Beschuldigten oder Angeklagten wegen einer Straftat, deren Strafobergrenze mehr als zwei Jahre Haftstrafe beträgt, erforderlich ist, werden auf Anordnung des Staatsanwalts Lichtbilder, Körperabmessungen, Finger- oder Abdrücke der Handinnenflächen und andere Merkmale an seinem Körper zur Erleichterung der Identifizierung sowie Stimm- oder Videoaufnahmen von ihm angefertigt und den Akten über die Strafverfolgung beigelegt.

Tatortbesichtigung

(geändert durch § 6 des Gesetzes 5353 v. 25.05.2005)

§ 85

(1) Der Staatsanwalt kann anordnen, dass der Beschuldigte, der über die ihm angelastete Straftat Angaben gemacht hat, den Tatort zeigt. ...

**Maßnahmen gegen Personen,
die die verlangten Gegenstände nicht herausgeben**
§ 124

(1) Die Person, die in § 123 bestimmte Sachen oder andere Vermögenswerte bei sich hat, ist verpflichtet, diese Sache auf Verlangen vorzulegen und zu übergeben.

(2) Im Falle der Weigerung sind auf den Besitzer der Sache die Bestimmungen des § 60 über Ordnungshaft anzuwenden. Allerdings sind Beschuldigte, Angeklagte sowie Zeugnisverweigerungsberechtigte hiervon ausgenommen.

Feststellung, Anhörung und Aufzeichnung der Kommunikation
(geändert durch § 12 des Gesetzes 6526 v. 21.02.2014)

...

(3) Die Kommunikation des Beschuldigten oder Angeklagten mit den Personen, die das Zeugnis verweigern können, darf nicht aufgezeichnet werden. Wird dieser Umstand nach der Aufzeichnung der Kommunikation festgestellt, so werden alle Aufnahmen sofort vernichtet.

Einsatz eines verdeckten Ermittlers
(geändert durch § 13 des Gesetzes 6526 v. 21.02.2014)
§ 139

(1) Ein öffentlicher Bediensteter kann als verdeckter Ermittler eingesetzt werden, wenn Gründe für einen auf konkreten Beweisen basierenden dringenden Tatverdacht für die Begehung der den Gegenstand des Ermittlungsverfahrens bildenden Straftat vorliegen und auf keine andere Weise ein Beweis erlangt werden kann. ...

(4) Der verdeckte Ermittler ist verpflichtet, jede Art von Untersuchungen der Organisationen, deren Aktivitäten zu beobachten sind, anzustellen und Beweise über die Straftaten zu sammeln, die im Rahmen der Aktivitäten dieser Organisationen begangen werden.

Überwachung durch technische Mittel
§ 140

(1) Aktivitäten eines Beschuldigten oder Angeklagten an öffentlichen Plätzen oder seiner Arbeitsstelle können durch technische Mittel überwacht, Stimm- oder Videoaufnahmen angefertigt werden.

...

Verlauf der Aussageaufnahme und Vernehmung
§ 147

(1) Bei der Aussageaufnahme und Vernehmung eines Beschuldigten oder eines Angeklagten werden folgende Bestimmungen eingehalten;

- a) seine Identität wird festgestellt. Er ist verpflichtet, die Fragen über seine Identität wahrheitsgemäß zu beantworten,
- b) er wird über die ihm vorgeworfene Tat unterrichtet,
- c) ihm wird mitgeteilt, dass er ein Recht auf Verteidigerwahl hat und den Beistand des Verteidigers in Anspruch nehmen und der Verteidiger bei seiner Aussageaufnahme und Vernehmung anwesend sein kann. Ist er nicht imstande, einen Verteidiger zu wäh-

- len und will er den Beistand eines Verteidigers in Anspruch nehmen, wird ihm ein Verteidiger aus der Anwaltskammer beigeordnet,
- d) von der Festnahme wird der Angehörige des Festgenommenen nach seiner Wahl sofort benachrichtigt, wobei die Bestimmung des § 95 unberührt bleibt,
 - e) er wird darüber belehrt, dass es sein gesetzliches Recht ist, die Aussage über die ihm zur Last gelegte Tat zu verweigern,
 - f) er wird daran erinnert, dass er zu seiner Entlastung die Sammlung konkreter Beweise beantragen kann, und ihm wird die Gelegenheit eingeräumt, vorliegende Verdachtsgründe gegen ihn zu beseitigen und ihn entlastende Tatsachen vorzutragen,
 - g) über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Aussageinhabers oder Vernommenen werden Informationen eingeholt,
 - h) bei der Aufzeichnung der Aussageaufnahme oder Vernehmung wird von technischen Möglichkeiten Gebrauch gemacht,
 - i) die Aussageaufnahme oder Vernehmung wird protokolliert. Im Protokoll ist Folgendes zu vermerken:
 - 1. Ort und Datum der Aussageaufnahme oder Vernehmung,
 - 2. Name und Bezeichnungen von Personen, die während der Aussageaufnahme oder Vernehmung anwesend sind, sowie die genaue Identität des Aussagenden oder Vernommenen,
 - 3. ob die oben genannten Handlungen während der Aussageaufnahme oder Vernehmung durchgeführt worden sind oder nicht; wenn nicht, die Gründe dafür,
 - 4. dass der Inhalt des Protokolls vom Aussagenden oder Vernommenen sowie seinem anwesenden Verteidiger gelesen und unterzeichnet worden ist,
 - 5. im Falle der Unterschriftsverweigerung die Gründe dafür.

Verbotene Methoden bei der Aussageaufnahme und Vernehmung

§ 148

- (1) Die Aussage eines Beschuldigten oder Angeklagten muss auf seinem freien Willen beruhen. Körperliche und psychische Eingriffe, die das verhindern, wie Misshandlung, Folter, Verabreichung von Medikamenten, Ermüdung, Täuschung, Zwang, Drohung oder Einsatz von etwaigen Geräten, sind untersagt.
- (2) Ein gesetzeswidriger Vorteil darf nicht versprochen werden.
- (3) Aussagen, die durch verbotene Methoden erlangt worden sind, dürfen auch dann nicht verwertet werden, wenn sie mit Einwilligung abgegeben worden sind.
- (4) Aussagen, die von der Polizei ohne Anwesenheit eines Verteidigers erlangt worden sind, dürfen einem Urteil nicht zugrunde gelegt werden, solange nicht ihre Wahrheit vom Beschuldigten vor einem Richter oder Gericht bestätigt worden ist.

Die Verteidigerwahl des Beschuldigten oder Angeklagten

§ 149

- (1) Der Beschuldigte oder der Angeklagte kann in jeder Phase des Ermittlungs- und Hauptverfahrens den Beistand eines oder mehrerer Verteidiger beanspruchen. Hat er einen gesetzlichen Vertreter, so kann auch dieser für ihn den Verteidiger wählen.
- (2) Bei der Aussageaufnahme im Ermittlungsverfahren dürfen höchstens drei Verteidiger anwesend sein.
- (3) Das Recht des Rechtsanwalts, sich in jeder Phase des Ermittlungs- und Hauptverfahrens mit dem Beschuldigten oder Angeklagten zu treffen, während der Aussageaufnahme oder Vernehmung bei ihm zu sein und ihm rechtlich beizustehen, darf nicht behindert oder eingeschränkt werden.

Beiordnung des Verteidigers

(geändert durch § 21 des Gesetzes 5560 v. 06.12.2006)

§ 150

- (1) Vom Beschuldigten oder Angeklagten wird verlangt, sich einen Verteidiger zu wählen. Erklärt der Beschuldigte oder der Angeklagte, nicht imstande zu sein, einen Verteidiger zu wählen, wird auf sein Verlangen ein Verteidiger beigeordnet.
- (2) Ist der unverteidigte Beschuldigte oder Angeklagte minderjährig, in einem Maße gebrechlich, dass er sich nicht verteidigen kann, oder taubstumm, so wird ihm ein Verteidiger ohne sein Verlangen beigeordnet.
- (3) Die Bestimmung im 2. Absatz wird im Ermittlungs- und Hauptverfahren wegen Straftaten angewendet, deren Strafuntergrenze bei mehr als fünf Jahren Haftstrafe liegt.
- (4) Die weiteren Angelegenheiten eines Pflichtverteidigers werden nach Einholung der Stellungnahme des Türkischen Anwaltsverbands durch eine Verordnung geregelt.

Befugnis zur Beweismwürdigung

§ 217

- (1) Der Richter kann seine Entscheidung nur auf Beweismittel stützen, die in der Hauptverhandlung eingebracht und in seiner Gegenwart erörtert worden sind. Diese Beweise werden aus der inneren Überzeugung des Richters frei gewürdigt.
- (2) Die angelastete Straftat kann durch jede Art von Beweisen nachgewiesen werden, die rechtmäßig erlangt worden sind.

Auszüge aus der Verordnung über Festnahme, Gewahrsam und Aussageaufnahme

Definitionen

§ 4

- (2) Informationsaufnahme bedeutet die Protokollierung und Anhörung von Anzeigerstat-ter, Geschädigten oder anderen Personen, die nicht unter dem Verdacht der Begehung einer Straftat stehen, zum Zwecke der Feststellung einer Straftat oder ihrer Aufklärung.

...

Festnahmeakt

§ 6

- (7) Der Festnahmeakt wird protokolliert. Im Protokoll ist klar zu vermerken, wegen welcher Straftat, unter welchen Bedingungen, an welchem Ort und um welche Zeit der Betroffene festgenommen wurde, wer die Festnahme durchgeführt hat, wer die Festnahme festgestellt hat und dass er über seine Rechte vollständig belehrt worden ist. Eine Abschrift dieses Protokolls wird ihm ausgehändigt. Außerdem wird das „Formular über Beschuldigten- und Angeklagtenrechte und Festnahme und Gewahrsamaufnahme“, das dieser Verordnung beigelegt ist, ausgestellt und eine Abschrift des Formulars gegen Unterschrift ausgehändigt. Dieses enthält die Angaben, dass die Rechte des Betroffenen schriftlich mitgeteilt worden sind und dass er diese verstanden hat.

Grundsätze der Aussageaufnahme

§ 23

(1) ...

d) Der Verteidiger darf nur rechtlichen Beistand leisten. Er darf bei der Aussageaufnahme des Beschuldigten die Fragen nicht direkt beantworten, die an den Beschuldigten gestellt wurden. Er darf keine Intervention vornehmen, die den Eindruck hinterlässt, dass er an die Stelle des Beschuldigten tritt. Der rechtliche Beistand bedeutet nicht, dass er den Sachverhalt verdunkeln darf. Er darf den Beschuldigten auf alle seine Rechte hinweisen. Jede Intervention des Verteidigers wird protokolliert.

Auszüge aus der Verordnung über das Verfahren und über Grundsätze der Verteidiger- und Vertreterbeordnung sowie ihre Kosten

Verteidiger- und Vertreterbeordnung

§ 5

(1) Der Beschuldigte oder Angeklagte wird aufgefordert, einen Verteidiger zu wählen. Erklärt er, dass er nicht imstande ist, einen Verteidiger zu wählen, wird die Anwaltskammer darum gebeten, ihm einen Verteidiger beizuordnen. Dabei ist er darüber zu belehren, dass die Bezahlung des beizuordnenden Verteidigers unter die Verfahrenskosten fällt, die im Falle seiner Verurteilung von ihm zurückerstattet werden.

(6) Die Verteidiger- oder Vertreterbeordnung wird bei der Anwaltskammer im Ermittlungsverfahren durch die Behörde, die die Aussageaufnahme durchführt, oder den vernehmenden Richter und im Hauptverfahren durch das Gericht beantragt.

Literaturverzeichnis

- Achenbach, Hans*, Polygraphie pro reo? NStZ 1984, 350–352.
- Anmerkung zum BGH Beschluss v. 16.03.1989 – 1 StR 608/88. StV 198, 515–517.
- Açık, Turan*, Yeminin İki Yüzü: Vicdanî ve Toplumsal Kanaat Arasında Osmanlı Bireyi. History Studies – International Journal of History 2/2013, S. 1–19.
- Akay, Veysel*, Folter und die türkische Gerichtsbarkeit. Frankfurt a.M. 2001.
- Akgündüz, Ahmed*, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı. Diyarbakır 1986.
- Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri. VIII Bände. Istanbul 1990.
 - Kanunnâmelerdeki Ceza Hukuku Hükümleri ve Şer'î Tahlili. İAD 1/1999, 1–16.
- Akilloğlu, Tekin*, İşkencenin, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Zalimce Davranışların ve Cezaların Önlenmesi. İHY 10-11/1988-1989.
- Ambos, Kai*, Internationales Strafrecht. 3. Aufl. München 2011.
- Die transnationale Verwertung von Folterbeweisen. StV 2009, 151–161.
 - Zum heutigen Verständnis von Akkusationsprinzip und -verfahren aus historischer Sicht. Jura 2008, 586–594.
 - Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und die Verfahrensrechte: Waffengleichheit, partizipatorisches Vorverfahren und Art. 6 EMRK. ZStW 115/2003, 583–637.
 - Europarechtliche Vorgaben für (das deutsche) Strafverfahren – Teil I. Zur Rechtsprechung des EGMR von 2000–2002. NStZ 2002, 628–633.
- Amelung, Knut*, Anmerkung zum BVerfG, Beschluss vom 18.08.1981 – 2 BvR 166/81. NStZ 1982, 38–40.
- Anayurt, Ömer*, Strazbourg İçtihatlarında Türk ve Fransız Hukuklarında Telefon Dinlemeleri. TBBD 4/1996, 523–536.
- Antoni, Michael*, in: Dieter Hömig/Karl-Heinz Seifert/Michael Antoni, Handkommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik. 10. Aufl. Baden-Baden 2013. [Zitiert: *Antoni, Hömig-GG*]
- Arıcan, Mehmet*, İfade Alma. In: TCK-CMK-Kabahatler Kanunu ve İlgili Yönetmeliklerin Uygulamalarının Değerlendirilmesi Semineri Tebliğleri. Ankara 2006, S. 283–296.
- Arndt, Adolf*, Das Schweigen vor Gericht. NJW 1966, 869–871.
- Artkämper, Heiko*, Beschuldigtenvernehmung und Belehrungspflicht. Anmerkung zum BGH Urt. v. 03.07.2007 – 1 StR 3/07. StRR 2007, 224–225.
- Artkämper, Heiko/Schilling, Karsten*, Vernehmung. Taktik, Psychologie, Recht. 1. Aufl. Hilden 2010.

- Artuk, M. Emin*, Alkohol und Rauschgift im islamischen Strafrecht. *Annales* 29/1983, 227–245.
- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidiünya, A. Caner*, Türk Ceza Kanunu Şerhi (5. Band). 2. Aufl. Ankara 2014.
- Aselmann, Maïke*, Die Selbstbelastungsfreiheit im Steuerrecht im Lichte der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. *NSZ* 2003, 71–75.
- Ashworth, Andrew*, Self-Incrimination in European Human Rights Law – A Pregnant Pragmatism? *Cardozo L. Rev* 2008, 751–774.
- Human Rights, Serious Crime and Criminal Procedure. London 2002.
- Ashworth, Andrew/Redmayne, Mike*, The Criminal Process. 4. Aufl. Oxford 2010.
- Atalay, İbrahim Orkun*, Osmanlı Ceza Yargılaması Usulü Hukuku Üzerinde Bir Deneme. *EÜHFD* 2007, 239–272.
- Atlıhan, Özen*, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde Adil Yargılanma Hakkının Temel unsuru olarak Masumiyet Karinesi. *AÜHFD* 8/2004, 291–328.
- Avcı, Mustafa*, Ceza Yargılaması Hukuku Tarihimizde Koruma Tedbirlerinden Tutuklama. *KHukA* 1/1998, 27–43.
- Aycı, Emrullah*, Kolluğun Güç Kullanma Yetkisi ve İşkence Yasağı. *YD* 33/2007, 185–206.
- Aydın, Çağrı Kan*, Adil Bir Yargılanmanın Bir unsuru olarak Susma Hakkı. *TBBĐ* 91/2009, 146–180.
- Aydın, Mehmet Âkif*, Türk Hukuk Tarihi. 9. Aufl. İstanbul 2012.
- Arzt, Günther*, Schutz juristischer Personen gegen Selbstbelastung. *JZ* 2003, 456–460.
- Bardakoğlu, Ali*, İkrâh. *İslam Ansiklopedisi*, Türkiye Diyanet Vakfı. Ankara 2000. Band 22, 30–37.
- Bartholme, Stefan*, Beihilfe zur Falschaussage durch Unterlassen. *JA* 1998, 204–207.
- Bauer, Wolfgang*, Die „Beweislastverteilung“ bei unterlassener Belehrung des Beschuldigten. Zugleich Anmerkung zu BGH vom 27.02.1992 – 5 StR 190/91. *wistra* 1993, 99–101.
- Baumann, Jürgen*, Beeinträchtigung der Verbrechenverfolgung durch die Strafprozessnovelle. *JuS* 1965, 172–175.
- Sperrkraft der mit unzulässigen Mitteln herbeigeführten Aussagen. *GA* 1959, 33–44.
- Bausch, Stefanie M*, Brechmitteleinsatz zur Exkorporation von Betäubungsmitteln – eine zulässige Maßnahme der Beweissicherung. Zugleich eine Übersicht über Verabreichung von Emetika in Deutschland. Hamburg 2007.
- Bayındır, Abdülaziz*, İslam Muhakeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması). İstanbul 1986.
- Bährle, Volker*, Die Aussagefreiheit des Angeklagten und die Verwertung von Vorverfahrens aussagen in der Hauptverhandlung. Diss. Heidelberg 1993.

- Bährlein, Michael/Panaris, Panos/Rehmsmeier, Jörg*, Spannungsverhältnis zwischen der Aussagefreiheit im Strafverfahren und den Mitwirkungspflichten im Verwaltungsverfahren. NJW 2002, 1825–1830.
- Becker, Walter*, Die Bedeutung der geänderten Strafprozessordnung für die Polizei. Die Polizei 1965, 97–101.
- Benfer, Jost*, Einsatz brechreizerzeugender Mittel bei Drogendealern. JR 1998, 53–56.
- Benfer, Jost/Bialon, Jörg*, Rechtseingriffe von Polizei und Staatsanwaltschaft. 4. Aufl. München 2010.
- Berger, Mark*, Self-Incrimination and the European Court of Human Rights: Procedural Issues in the Enforcement of Right to Silence. E.H.R.L.R 2007, 514–533.
- Europeanizing Self-Incrimination: the Right to Remain Silent in the European Court of Human Rights. Colum. J. Eur. L. 2006, 339–381.
- Bernsmann, Klaus*, Anmerkung zum BGH, Beschluss v. 13.05.1996 – GStSt 1/96. StV 1997 (BGHSt 42, 139), 116–119.
- Bernsmann, Klaus/Kirsten, Jansen*, Heimliche Ermittlungsmethoden und ihre Kontrolle – Ein systematischer Überblick. StV 1998, 217–231.
- Beulke, Werner*, Strafprozessrecht. 10. Aufl. Heidelberg 2008.
- Muss die Polizei dem Beschuldigten vor der Vernehmung „Erste Hilfe“ bei der Verteidigerkonsultation leisten? NStZ 1996, 257–262.
- Die Vernehmung des Beschuldigten – einige Anmerkungen aus der Sicht der Prozeßwissenschaft. StV 1990, 180–184.
- Beulke, Werner/Kai-Thorsten, Barisch*, Anmerkung zum BGH Beschluss v. 11.08.2005 – 5 StR 200/05. StV 2006, 569–571.
- Bıçak, Vahit*, Suç Muhakemesi. 2. Aufl. Ankara 2011.
- Usulsüz Ulaşılan Delillerin Akıbetinin Mantıksal Çerçevesi. In: Bahri Öztürk (Hrsg.), Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu. Ankara 2009, S. 525–539.
- Improperly obtained evidence. Ankara 1996. [Zitiert: *Bıçak*]
- Bilmen, Ömer Nasuhi*, Hukukî İslâmîyye ve İstılahatı fıkhiyye kamusu. VII. Band. İstanbul 1952.
- Binder, Detlev/Seemann, Ralf*, Die zwangsweise Verabreichung von Brechmitteln zur Beweissicherung. NStZ 2002, 234–238.
- Bockemühl, Jahn*, Kleinknecht-Müller-Reitberger, Kommentar zur Strafprozessordnung, von Bernd Heintschel-Heinegg/Heinz Stöckel (Hrsg.), Band 2. (§§ 94–150) Kommentierung der §§ 110a–110e StPO, 67. Lfg. Juli 2013. [Zitiert: *KMR-Bockemühl*]
- Bosch, Nikolaus*, Reichweite des nemo-tenetur-Grundsatzes bei verdeckten Ermittlungen. JA 2007, 903–905.
- Beschuldigtenvernehmung und Verteidigerkonsultation. Umfang der Hinweispflichten hinsichtlich des Rechts zur Verteidigerkonsultation. JA 2006, 408–411. [Zitiert: *Bosch*, Hinweispflichten]

- Belehrungspflichten bei absehbarer Pflichtverteidigung und Erfordernis qualifizierter Belehrung. JA 2006, 412–415. [Zitiert: *Bosch*, Belehrungspflichten]
 - Akteneinsicht, Aussageverweigerung und U-Haft – ein in der Strafprozessordnung nicht vorgesehenes Theater? StV 1999, 333–338.
 - Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht. Ein Beitrag zur funktionsorientierten Auslegung des Grundsatzes „nemo tenetur se ipsum accusare“. Berlin 1998.
 - Die verdeckte Befragung des Beschuldigten – Strafrechtspflege ohne Grenzen? Jura 1998, 236–243.
- Böse, Martin*, Die neuen Regelungen zum Rechtsschutz gegen strafprozessuale Informationseingriffe und ihre Konsequenzen für die prozessuale Geltendmachung von Verwertungsverboten. In: Martin Böse u.a. (Hrsg.), Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts, Festschrift für Knut Amelung. Berlin 2009, S. 565–584.
- Bostancı, Gülşah*, Strafprozessordnung zur Verhinderung der Folter und die getroffenen Maßnahmen. In: Walter Gropp u.a. (Hrsg.), Beiträge zum deutschen und türkischen Strafrecht und Strafprozessrecht. 1. Aufl. Baden-Baden 2010, S. 129–139.
- Bozkurt, Gülnihal*, Alman Arşiv Belgelerine Göre Alman Hukukunun Türk Hukukuna Etkisi. AÜHFD 45/1996, 29–40.
- Boztaş, Ahmet*, Islahat Döneminde Bolu Tarihi (1868–1869) – 937 No’lu Şer’iye Sicili Defterine Göre. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. Bolu 2006.
- Bringewat, Peter*, Der „Verdächtige“ als schweigeberechtigte Auskunftsperson? – Zur Vorauswirkung strafprozessualer Grundsätze. JZ 1981, 289–295.
- Brunhöber, Beatrice*, Für ein Grundrecht auf ein faires Verfahren in der strafprozessualen Praxis. ZIS 12/2010, 761–770.
- Bruns, Hans-Jürgen*, Der „Verdächtige“ als schweigeberechtigte Auskunftsperson und als selbständiger Prozessbeteiligter neben dem Beschuldigten und Zeugen? In: Rainer Hamm (Hrsg.), Festschrift für Erich Schmidt-Leichner. München 1977, S. 1–17.
- Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Satzes „Nemo tenetur se ipsum accusare“. GA 2002, 98–128.
- Bung, Jochen*, Objektiv unzulässiger oder intentionaler Zwang als Voraussetzung eines Beweisverwertungsverbots nach § 136a Abs. 3 S. 2 i. V. m. Abs. 1 S. 2 StPO. StV 2008, 495–499.
- Callewaert, Johan*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Verfahrensgarantien. EuGRZ 1996, 366–369.
- Cihan, Erol*, 50. Yılında Ceza Muhakemesi Süjesi Olarak Sanığın Durumu ve Sorgusu. İÜHF 50/1984, 133–150.
- Ceza Muhakemesi Hukukunda İkaz, İhtar, Hukuka Aykırı Vaad ile Telkin Kavramları. İÜHF 35/1969, 127–138.
 - Ceza Muhakemesi Hukukunda İkrar. İÜHF 31/1965, 109–129.
- Cihan, Erol/Yenisey, Feridun*, Ceza Muhakemesi Hukuku. 1. Aufl. İstanbul 1996.

- Cin, Halil/Akgündüz, Ahmet*, Türk Hukuk Tarihi, 1. Band. İstanbul 1990.
- Croquet, Nicolas A.J.*, The Right of Silence and not to Self-Incriminate under the European Convention on Human Rights: to What Extent are They Qualified? C.S.L.R. 2008, 214–234.
- Çınar, Ali Rıza*, Hukuka Aykırı Kanıtlar. TBBD 55/2004, 31–64.
- Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 3842 Sayılı Yasayla Değiştirilen 135. Maddesinin Ceza Yargılama Sistemimize Getirdiği Yenilikler. YD 23/1997, 261–279.
- Çolak, Halûk*, Ceza ve Ceza Yargılama Hukukunda İkrar Kavramı. YD 3/1999, 313–329.
- Çöpoğlu, Binnaz*, H. 1099 (m.1687–1988) Tarihli 836 No’lu Bolu Şer’iye Sicilinin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. Bolu 2008.
- Dağcı, Şamil*, İşkence. İslam Ansiklopedisi, Türkiye Diyanet Vakfı. Ankara 2001. Band 23, 429–433.
- Dahs, Hans*, Handbuch des Strafverteidigers. 7. Aufl. Köln 2005.
- Die kleine Strafprozessreform. NJW 1965, 81–86.
- Dahs, Hans/Langkeit, Jochen*, Das Schweigerecht des Beschuldigten und seine Auskunftsverweigerung als „verdächtiger Zeuge“ – zugleich Anmerkung zu BGH Ur. v. 26.05.1992 – 5 StR 122/92. NStZ 1993, 213–215.
- Dallmeyer, Jens*, Anmerkung zum BGH Ur. v. 21.01.2004 – 1 StR 364/03 (NStZ 2004, 392). JA 2004, 789–790.
- Die Integrität des Beschuldigten im reformierten Strafprozess. Zur zwangsweisen Verabreichung von Brechmitteln bei mutmaßlichen Drogendealern. KritV 2000, 252–266.
- Degener, Wilhelm*, § 136a StPO und die Aussagefreiheit des Beschuldigten. GA 1992, 443–469.
- De Hert, Paul*, European Human Rights Law and the Regulation of European Criminal Law. Lessons Learned from the Salduz Saga. NJECL 2010, 289–294.
- Delice, Murat/Fert, İsmail/Günbeyi, Murat*, Polisin İnsan Hakları Gelişiminin Bilimsel Bir Çalışma Işığında İncelenmesi. Ankara 2010.
- Demirbaş, Timur*, Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması. 3. Aufl. Ankara 2013.
- Hazırlık Soruşturmasında Savunma. In: Sahir Erman’a Armağan. İstanbul 1999, S. 189–225. [Zitiert: *Demirbaş, Erman Armağanı*]
- Demko, Daniela*, Das Recht des Angeklagten auf unentgeltlichen Beistand eines staatlich bestellten Verteidigers und das Erfordernis der „interest of justice“. In: Karsten Gaede u.a. (Hrsg.), HRRS-Festgabe für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag. Hamburg 2008, S. 1–20.
- Zur „Einzelfallprüfung“ und „geltungszeitlichen Interpretation“ im Rahmen des Art. 3 EMRK. HRRS 3/2005, 94–104.
- Zur Rechtsprechung des EGMR in Sachen „Hörfalle“. HRRS 11/2004, 382–389.
- Dencker, Friedrich*, Über Heimlichkeit, Offenheit und Täuschung bei der Beweisgewinnung im Strafverfahren. StV 1994, 668–683.

- Zum Geständnis im Straf- und Strafprozessrecht. ZStW 102/1990, 51–79.
- Dennis, Ian H.*, The Law of Evidence. 4. Aufl. London 2010.
- Silence in the Police Station: the Marginalisation of Section 34. Crim.L.R. 2002, 25–38.
- Instrumental Protection, Human Right or Functional Necessity? Reassessing the Privilege against Self-Incrimination. CLJ 1995, 342–376.
- Derdiman, Cengiz*, Kamu Düzenini Etkileyen Sonuçları Açısından Türkiye’de Kolluk Yetkilerinin Hukuksal Durumu. CHD 2006, 265–284.
- Derksen, Roland*, Anmerkung zum BGH Beschluss v. 13.05.1996 – GSSt. 1/96 (BGHSt 42, 139). JR 1997, 167–170.
- Diemer, Herbert*, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und MRK, von Rolf Hannich (Hrsg.), 7. Aufl. München 2013. [Zitiert: KK-StPO-Diemer]
- Dierlamm, Alfred*, Zur Verfassungsmäßigkeit des § 393 Abs. 2 S. 2 AO unter besonderer Berücksichtigung des Nemo-tenetur-Prinzips. In: Knut Amelung u.a. (Hrsg.), Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag. Stuttgart 2010, S. 27–38.
- Di Fabio, Udo*. In: Theodor Maunz/Günter Dürig (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz. 39. Lfg. München 2001. [Zitiert: Maunz/Dürig-Di Fabio, GG Art. 2]
- Diñç, Güney*, Savunma Hakkı ve İşkence. TBBD 1983, 54–63.
- Dingeldey, Thomas*, Das Prinzip der Aussagefreiheit im Strafprozessrecht. JA 1984, 407–414.
- Der Schutz der strafprozessualen Aussagefreiheit durch Verwertungsverbote bei außerstrafrechtlichen Aussage- und Mitwirkungspflichten. NSStZ 1984, 529–534.
- Dönmezer, Sulhi*, Ceza Muhakemesi Kanunu 1999 Tasarısının Temel İlkeleri. In: Sahir Erman’a Armağan. İstanbul 1999, S. 251–261. [Zitiert: Dönmezer, Erman Armağanı]
- Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler. In: Nurullah Kunter’e Armağan. İstanbul 1998, S. 67–74. [Zitiert: Dönmezer, Kunter Armağanı]
- Dörr, Dieter*, Faires Verfahren. Gewährleistung im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland. Kehl am Rhein 1984.
- Dutge, Gunnar*, Strafprozessualer Einsatz von V-Personen und Vorbehalt des Gesetzes. JZ 1996, 556–565.
- Düzbakar, Ömer*, İslam-Osmanlı Ceza Hukukunda Hırsızlık Suçu: 16–18. Yüzyıllarda Bursa Şer’iyye Sicillerine Yansıyan Örnekler. TSA August 2008, 79–105.
- Ebel, Friedrich/Thielmann, Georg*, Rechtsgeschichte. Von der Römischen Antike bis zur Neuzeit. 3. Aufl. Heidelberg 2003.
- Eidam, Lutz*, Zur Selbstverständlichkeit von Rechtsbrüchen beim Vollzug von Untersuchungshaft. HRRS 5/2008, 241–246.
- Die Strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts. Diss. Frankfurt a.M. u.a. 2007.
- Anmerkung zum BGH Urt. v. 16.09.2004 – 4 StR 84/04. StV 2005, 201–203.
- Eisele, Jörg*, Die Berücksichtigung der Beschuldigtenrechte der EMRK im deutschen Strafprozess aus dem Blickwinkel des Revisionsrechts. JR 2004, 12–20.

- Eisenberg, Ulrich*, Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte Beschuldigter im Strafverfahren – Bedeutung und Unzuträglichkeiten. JR 2013, 442–451.
- Beweisrecht der StPO. 8. Aufl. München 2013.
 - Anmerkung zum BGH Beschl. v. 31.03.2011 – 3 StR 400/10. JR 2011, 409–411.
 - Identifizierung durch Stimmvergleich. NSTz 1994, 598–599.
- Eisenhardt, Urte*, Das Nemo-tenetur-Prinzip: Grenze körperlicher Untersuchungen beim Beschuldigten am Beispiel des § 81a StPO. Frankfurt a.M. 2007.
- Ellbogen, Klaus*, Anmerkung zum BBG Beschluss v. 09.06.2009. NSTz 2010, 464–465.
- Emmerson, Ben/Ashworth, Andrew/Macdonald, Alison*, Human Rights and Criminal Justice. London 2012.
- Engelhard, Herbert*, Die Vernehmung des Angeklagten und die damit zusammenhängenden Probleme. ZStW 50/1939, 335–362.
- Engländer, Arnim*, Das nemo-tenetur-Prinzip als Schranke verdeckter Ermittlungen. Eine Besprechung von BGH 3 StR 104/07. ZIS 3/2008, 163–167.
- Er, Deniz Erol*, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Hukukumuzda Sanık Hakları. Ankara 2002.
- Erbs, Georg*, Unzulässige Vernehmungsmethoden – Probleme des § 136a StPO. NJW 1951, 386–390.
- Erdem, Ruhan Mustafa*, Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Araştırma Tedbirleri. Ankara 2001.
- Erem, Faruk*, İşkençe. TBBĐ 2/1998, 197–207.
- İnsan Hakları ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Değişikliği. İHY 14/1992, 25–42.
 - Susma Hakkı. YD 18/1992, 296–299.
 - Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku. 6. Aufl. Ankara 1986. [Zitiert: *Erem*]
 - Mecburi Müdafilik ve Adli Yardım. YD 4/1978, 439–443.
 - İdarenin Kışkırtıcı Ajan Kullanması. In: Onar Armağanı, İstanbul 1977, S. 271–283. [Zitiert: *Erem*, Onar Armağanı]
 - Teknik İlerleme ve Ceza Hukuku. AÜHFD 27/1970, 15–26.
- Erman, Sahir*, Sentez Raporu. In: Nurullah Kunter'e Armağan. İstanbul 1998, S. 75–83. [Zitiert: *Erman*, Kunter Armağanı]
- Ertuğrul, Hüseyin*, Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü. GÜHFD 12/2008, 687–699.
- Eryılmaz, M. Bedri*, Suçla Mücadele Politikası Açısından Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu. ABD 3/2006, 41–70.
- Arrest and Detention Powers in English and Turkish Law and Practice in the Light of the European Convention on Human Rights. The Hague 1999.
 - Pratikte Yaşanan Problemler Işığında Yeni Gözaltı Yönetmeliğine Genel Bakış. ABD 4/1998, 87–99.

Eschelbach, Ralf, Rechtsfragen zum Einsatz von V-Leuten. StV 2000, 390–398.

Eser, Albin, Aussagefreiheit und Beistand des Verteidigers im Ermittlungsverfahren. ZStW 79/1967, 565–623.

– Der Schutz vor Selbstbezeichnung im deutschen Strafprozessrecht. In: Hans-Heinrich Jescheck, Deutsche strafrechtliche Landesreferate zum IX. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung. Beiheft zur ZStW 86/1974, S. 136–171.

Esser, Robert, Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Band 10 (EMRK/IPBPR), 26. Aufl. Berlin u.a. 2012. [Zitiert: LR-StPO-Esser]

– EGMR in Sachen Gäfgen *.l.* Deutschland (22978/05), Urt. v. 30.6.2008. NStZ 2008, 657–662.

– Anmerkung OLG Stuttgart Beschluss v. 30.01.2006 – 1 Ss 5/06. StV 2007, 235–238.

– Die Umsetzung der Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im nationalen Recht – ein Beispiel für die Dissonanz völkerrechtlicher Verpflichtungen und verfassungsrechtlicher Vorgaben? StV 2005, 348–354.

– Grenzen für verdeckte Ermittlungen gegen inhaftierte Beschuldigte aus dem europäischen Nemo-tenetur-Grundsatz. JR 2004, 98–107.

– Mindeststandards einer Europäischen Strafprozessordnung unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. StraFo 2003, 335–344.

– Zur Bestellung des Verteidigers im Ermittlungsverfahren – Plädoyer für eine Reform des § 141 Abs. 3 StPO im Lichte der EMRK und der EU-Richtlinie zum Recht auf Rechtsbeistand. In: Robert Esser u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heiner Kühne zum 70. Geburtstag. Heidelberg 2013, S. 539–563.

– Initiativen der Europäischen Union zur Harmonisierung der Beschuldigtenrechte – Zugleich eine kritische Analyse der Richtlinie 2012/13/EU zum Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren. In: Mark A. Zöller u.a. (Hrsg.), Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag. Berlin 2013, S. 1329–1353.

Esser, Robert/Gaede, Karsten/Tsambikakis, Michael, Übersicht zur Rechtsprechung des EGMR in den Jahren 2008 bis Mitte 2010 – Teil I. NStZ 2011, 78–82.

– Übersicht zur Rechtsprechung des EGMR in den Jahren 2008 bis Mitte 2010 – Teil II. NStZ 2011, 140–148.

Fezer, Gerhard, Anmerkung zum BGH, Vorlagebeschluss v. 20.12.1995 – 5 StR 680/94 (NStZ 1996, 200). NStZ 1996, 289–290.

– Anmerkung zum BGH Urt. v. 21.06.1995 – 2 StR 758/94. StV 1996, 77–78.

– Anmerkung zum BGH Urt. v. 12.10.1993 – 1 StR 475/93 (BGHSt 39, 349). JZ 1994, 686–687.

– Hat der Beschuldigte ein „Recht auf Lüge“? In: Friedrich Dencker u.a. (Hrsg.), Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag. Heidelberg 1993, S. 663–684.

Fezer, Gerhard, Anmerkung zur BGH Urt. 27.02.1992 – 5 StR 190/91 (BGHSt 38, 214). JZ 1992, 385–387.

- Fezer, Gerhard*, Anmerkung zum BGH Urt. v. 17.11.1989 – 2 StR 418/89. JR 1991, 85–88.
- Anmerkung zum BGH Urt. v. 27.09.1989 – 3 StR 188/89. StV 1990, 195–196.
 - Anmerkung zur BGH Urt. v. 28.04.1987 – 5 StR 666/86 (BGHSt 34, 362). JZ 1987, 937–939.
- Fincke, Martin*, Zum Begriff des Beschuldigten und den Verdachtsgraden. ZStW 95/1983, 918–972.
- Verwertbarkeit von Aussagen des nicht belehrten Beschuldigten. NJW 1969, 1014–1016.
- Fischer, Bianca*, Divergierende Selbstbelastungspflichten nach geltendem Recht. Versuch einer Harmonisierung. Berlin 1979.
- Franke, Ulrich*, Unterbliebene Pflichtverteidigerbeordnung im Ermittlungsverfahren – § 141 III 1 StPO im Spannungsfeld zwischen Verwertungsverbot und sog. Beweiswürdigungslösung. GA 2002, 573–578.
- Freund, Georg*, Zulässigkeit, Verwertbarkeit und Beweiswert eines heimlichen Stimmvergleichs – BGHSt 40, 66. JuS 1995, 394–398.
- Frister, Helmut*, Der Anspruch des Beschuldigten auf Mitteilung der Beschuldigung aus Art. 6 Abs. 3 lit. a) EMRK. StV 1998, 159–164.
- Der Lügendetektor – Zulässiger Sachbeweis oder unzulässige Vernehmungsmethode? ZStW 106/1994, 1130–1132.
- Fritz, Hans-Joachim*, Anmerkung zum LG Hamburg, Beschluss vom 15.10.2010 – 608 Qs 18/10. CCZ 2011, 156–160.
- Frowein, Jochen Abr.*, in: Jochen Abr. Frowein/Wolfgang Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention – EMRK-Kommentar. 3. Aufl. Kehl am Rhein 2009. [Zitiert: *Frowein*, Art. x Rn. y]
- Freiheit von Folter oder grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung und Strafe nach der Europäischen Menschenrechtskonvention. In: Franz Matscher (Hrsg.), Folterverbot sowie Religions- und Gewissensfreiheit im Rechtsvergleich. Kehl am Rhein 1990, S. 69–78.
 - Zur Bedeutung der Unschuldsvermutung in Art. 6 Abs. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention. In: Peter Badura u.a., Recht als Prozess und Gefüge. Festschrift für Hans Huber. Bern 1981, S. 553–562.
- Fuhrmann, Hans*, Das Schweigen des Angeklagten in der Hauptverhandlung. JR 1965, 417–419.
- Gaede, Karsten*, Beweisverbote zur Wahrung des fairen Verfahrens in der Rechtsprechung des EGMR insbesondere bei verdeckten Ermittlungen. JR 2009, 493–502.
- Ungehobene Schätze in der Rechtsprechung des EGMR für die Verteidigung? In: Karsten Gaede u.a. (Hrsg.), HRRS-Festgabe für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag. Hamburg 2008, S. 21–51.
 - Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK. Berlin 2007.

- Deutscher Brechmitteleinsatz menschenrechtswidrig: Begründungsgang und Konsequenzen der Grundsatzentscheidung des EGMR im Fall Jalloh. HRRS 7/2006, 241–249.
- Anmerkung zu EGMR Beschwerde Nr. 38 544/97 v. 8.4.2004 – Weh *J.* Österreich. JR 2005, 426–430.
- Das Verbot der Umgehung der EMRK durch den Einsatz von Privatpersonen bei der Strafverfolgung. StV 2004, 46–53.
- Anmerkung zu EGMR Beschwerde Nr. 4839/99 v. 5.11.2002 – Fall Allan *J.* Großbritannien. StV 2003, 260–263.
- Gaede, Karsten/Buermeyer, Ulf*, Beweisverwertungsverbote und „Beweislastumkehr“ bei unzulässigen Tatprovokationen nach der jüngsten Rechtsprechung des EGMR. HRRS 6/2008, 279–287.
- Gedik, Doğan*, Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi Üzerine Bir İnceleme. YD 33/2004, 297–326.
- Gelir, Burcu*, 1680–1700 Tarihleri Arasında Ayıntab (Gaziantep) Şehirinde Asayiş Problemleri ve İslam-Osmanlı Ceza Hukuku Uygulamaları. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. Konya 2006.
- Gemalmaz, Mehmet Semih*, Ulusalüstü insan hakları hukukunda Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı. İstanbul 1993.
- The Institutionalization Process of the “Turkish Type of Democracy”. A Politico-Judicial Analysis of Human Rights. İstanbul 1988.
- Türkiye Yargısının İşkence Karşısında Tavrı. İHY 1/1988, 65–107.
- Genel, Erdoğan*, Türk Hukukunda Yargıtay ve Askeri Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi. AYD 15/2003, 47–74.
- Gerber, Haim*, Osmanlı Hukukunda Şeriat, Kanun ve Örf 17. Yüzyıl Bursa’sı Mahkeme Kayıtları (Çev. Mehmet Akman). MÜHAD 8/1994, 265–291.
- Gericke, Carsten*, Zur Unzulässigkeit von Disziplinarmaßnahmen nach positivem Urinproben. Ein Beitrag zur Geltung des nemo-tenetur-Grundsatzes im vollzugrechtlichen Disziplinarverfahren. StV 2003, 305–307.
- Geppert, Klaus*, Grundlegendes und Aktuelles zur Unschuldsvermutung des Art. 6 Abs. 2 der Europ. Menschenrechtskonvention. Jura 1993, 160–168.
- Unfallflucht (§ 142 StGB) in strafrechtlicher Sicht und vor dem Hintergrund des „nemo-tenetur-Satzes“. Blutalkohol 1991, 31–45.
- Glatzel, Johann*, Die Ermittlungsvernehmung aus psychologisch-psychopathologischer Sicht. StV 1982, 284–287.
- Gleiß, Sabine*, Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Vierter Band (§§ 112–150). 26. Aufl. Berlin u.a. 2007. [Zitiert: LR-StPO-Gleiß]
- Der Nemo tenetur-Grundsatz – ein Erbe Napoleons im deutschen, französischen und europäischen Recht. In: Heike Jung/Jocelyne Leblois-Happe/Claude Witz (Hrsg.), 200 Jahre Code d’instruction criminelle – Le Bicentenaire du Code d’instruction criminelle. Baden-Baden 2010. S. 79–92.

- Gökçen, Ahmet*, Adliye Teşkilatımızın Tarihi gelişimi ve 1879 Tarihli Mehakim-i Nizamiyenin Teşkilatı Kanun-ı Muvakkatı, In: Sahir Erman'a Armağan. İstanbul 1999. [Zitiert: *Gökçen, Erman Armağanı*]
- Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Cezai Müeyyideler. İstanbul 1987.
- Gölcüklü, Feyyaz*, Sanığın Sorgusu ve Sevk Tarzı. SBF 10/1995, 105–144.
- Sanığın Gerçeği Söylemeyi Mecbur mudur? SBF 9/1954, 121–145.
- Gözbüyük, Şeref/Gölcüklü, Feyyaz*, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi. Ankara 2009.
- Grabenwarter, Christoph*, Europäische Menschenrechtskonvention. 5. Aufl. München 2012.
- Androhung von Folter und faires Strafverfahren – Das (vorläufig) letzte Wort aus Straßburg. NJW 2010, 3128–3132.
- Gropp, Walter*, Zum verfahrenslimitierenden Wirkungsgehalt der Unschuldsvermutung. JZ 1991, 804–813.
- Gruber, Jens Tobias*, Die Lüge des Beschuldigten im Strafverfahren. Eine Untersuchung des deutschen Rechts unter Berücksichtigung des US-amerikanischen Rechts des Bundes. Baden-Baden 2008.
- Grüner, Gerhard*, Die zwangsweise Vergabe von Brechmitteln – OLG Frankfurt a.M. NJW 1997, 1647 ff. JuS 1999, 122–126.
- Grünwald, Gerald*, Anmerkung zum BGH Urt. v. 28.04.1987 – 5 666/86. StV 1987, 471–473.
- Menschenrechte im Strafprozess. StV 1987, 453–453.
- Probleme der Gegenüberstellung zum Zwecke der Wiedererkennung. JZ 1981, 423–429.
- Guder, Martin Andre*, Die repressive Hörfälle im Lichte der Europäischen Menschenrechtskonvention. Zürich 2007.
- Guradze, Heinz*, Schweigerecht und Unschuldsvermutung im englisch-amerikanischen und bundesdeutschen Strafprozess. In: Henry Steele Commager u.a., Festschrift für Karl Loewenstein. Tübingen 1971, S. 151–166.
- Die Europäische Menschenrechtskonvention. Berlin 1968.
- Güner, Hüsnüye*, 21 Numaralı Ayntab Şer'iyye Sicili Defteri H. 1059-1060 (M. 1649–1650) Transkripsiyonu ve Değerlendirmesi. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. Muğla 2006.
- Günter, Hans Helmut*, Die Einführung und Verwertung früherer Angaben des in der Hauptverhandlung schweigenden Angeklagten. DRIZ 1971, 379–381.
- Günther, Hans-Ludwig*, Die Schweigebefugnis des Tatverdächtigen im Straf- und Bußgeldverfahren aus verfassungsrechtlicher Sicht. GA 1978, 193–206.
- Strafrechtliche Beweiswürdigung und schweigender Angeklagter. JR 1978, 89–94.
- Gürelli, Nevzat*, The Recent Development of Turkish Criminal Procedure and the Practice of Turkish Judiciary. Annales 45/1983, 148–162.

- Güven, Mehmet Ali*, 33 Numaralı Konya Şer'iyе Sicili (1683–1685) (Değerlendirme ve Transkripsiyonu). Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. Konya 2006.
- Haas, Günter*, Der Beschuldigte als Augenscheinobjekt. GA 1997, 368–370.
- Vernehmung, Aussage des Beschuldigten und vernehmungssähnliche Situation – zugleich ein Beitrag zur Auslegung des § 136 StPO. GA 1995, 230–235.
- Haase, Katrin*, Die Anforderungen an ein faires Gerichtsverfahren auf europäischer Ebene. Taunusstein 2006.
- Hackethal, Achim*, Der Einsatz von Vomitivmitteln zur Beweissicherung im Strafverfahren. Berlin 2005.
- Hafizoğulları, Zeki*, Ceza Muhakemeleri Usul Kanununda Yapılan Değişiklikler Üzerine. AÜHFD 43/1993, 15–26.
- Hähnchen, Susanne*, Rechtsgeschichte. 4. Aufl. Heidelberg 2012.
- Hamid, Mustafa*, Das Fremdenrecht in der Türkei. Mit einer geschichtlichen Darstellung über das türkische Recht und die Kapitulationen. Die Welt des Islams 1919, 1–96.
- Hamm, Rainer*, Der Einsatz heimlicher Ermittlungsmethoden und der Anspruch auf ein faires Verfahren. StV 2001, 81–85.
- Hanack, Ernst-Walter*, Anmerkung zum BGH Urteil v. 21.07.1998 – 5 StR 302/97 (BGHSt 44, 129). JR 1999, 348–350.
- Harris, David/O'Boyle, Michael/Bates, Ed/Buckley, Carla*, Law of The European Convention on Human Rights. 2. Aufl. New York 2009.
- Hauck, Pierre*, Heimliche Ermittlungsmaßnahmen im Prozessrecht der internationalen Strafgerichtsbarkeit. ZStW 124(2)/2012, 473–489.
- Lauschangriff in der U-Haft – Anmerkung zu BGH, Urt. v. 29.04.2009 (1 StR 701/08) und Versuch einer dogmatischen Klärung. NSTZ 2010, 17–22.
- Hefendehl, Roland*, Die neue Ermittlungsgeneralklausel der §§ 161, 163 StPO: Segen oder Fluch? StV 2001, 700–705.
- Hegmann, Sigrid*, Beck'scher Online-Kommentar Strafprozessordnung, hrsg. von Peter Jürgen Graf. 17. Aufl. München 2013. [Zitiert: BeckOK-StPO-Hegmann]
- Helgerth, Roland*, Der „Verdächtige“ als schweigeberechtigte Auskunftsperson und selbstständiger Prozessbeteiligter neben dem Beschuldigten und dem Zeugen. Diss. Erlangen-Nürnberg 1976.
- Heinrich, Bernd*, Die strafbare Beteiligung des Angeklagten an falschen Zeugenaussagen. JuS 1995, 1115–1121.
- Hellmann, Uwe*, Anfangsverdacht und Begründung der Beschuldigteneigenschaft. In: Robert Esser u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heiner Kühne zum 70. Geburtstag. Heidelberg 2013, S. 235–249.
- Das Steuerstrafrecht als Testfall des Nemo-tenetur-Prinzips. In: Hendrik Schneider, Festschrift für Manfred Seebode zum 70. Geburtstag. Berlin 2008, S. 143–157.
- Helmholz, Richard H.*, The Privilege Against Self-Incrimination. Its Origins and Development. Chicago 1997.

- Henkel, Heinrich*, Strafverfahrensrecht. Stuttgart 1968.
- Herbst, Catarina Cristina*, Die lebensrettende Aussageerzwingung. Berlin 2011.
- Herdegen, Matthias*, Theodor Maunz/Günter Dürig (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz. 57. Lfg. München 2009 (Art. 1). [Zitiert: Maunz/Dürig-*Herdegen*]
- Herrmann, Joachim*, Das Recht des Beschuldigten, vor der polizeilichen Vernehmung einen Verteidiger zu befragen – Der BGH spricht mit gespaltener Zunge. NSTz 1997, 209–212.
- Heseding, Georg*, Menschenrechte und Folter. Göttingen 1991.
- Heyd, Uriel*, Studies in Old Ottoman Criminal Law. Oxford 1973.
- Hilgendorf, Eric*, Instrumentalisierungsverbot und Ensembletheorie der Menschenwürde. In: Hans-Ullrich Paeffgen u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag. Berlin 2011, S. 1653–1671.
- Hilger, Hans*, Anmerkung zum LG Stuttgart Beschluss v. 13.06.1985 – 14 Qs 48/85. NSTz 1985, 569–570.
- Hilland, Bernhard*, Das Beweisgewinnungsverbot des Paragraphen 136a StPO. Dissertation. Tübingen 1981.
- Hillgruber, Christian*, Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, hrsg. von Volker Ep-ping/Christian Hillgruber. 20. Aufl. München 2014. [Zitiert: BeckOK-GG-*Hillgruber*]
- Hiltrup, Willi Witkowski*, Folgen eines Verstoßes gegen die Belehrungspflichten. Krimina-listik 1968, 81–82.
- İçer, Zafer*, Yalan Tanıklık Suçu (TCK m. 272). MÜHF-HAD 18/2012, 179–226.
- İnalçık, Halil*, Osmanlı Hukukuna Giriş. Örfi Sultani Hukuk ve Fatih'in Kanunları. SBFĐ 1958, 102–126.
- İnceoğlu, Asuman Aytekin*, Suçsuzluk Karinesi ve Susma Hakkı, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü. Basılmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul 2000.
- İnceoğlu, Sibel*, Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi. In: Sibel İnceoğlu (Hrsg.), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa. Ankara 2013, S. 7–20.
- İpekçioğlu, Pervin Aksoy*, Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu. In: Nur Centel'e Armağan. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Özel Sayı) 19/2013, S. 1157–1175. [Zitiert: *İpekçioğlu*, Centel Armağanı]
- Gözaltında Alınan İfadenin Önemi ve Delil Değeri. AÜHFĐ 57/2008, 51–78.
- Ipsen, Jörn*, Staatsrecht II Grundrechte. 13. Aufl. München 2010.
- İtişgen, Rezzan*, Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi) ve Susma Hakkı. İstanbul 2013.
- Jackson, John*, Re-conceptualizing the Right of Silence as an Affective Fair Trial Standard. ICLQ 2009, 835–860.
- Jäger, Christian*, Wer zu viel fragt, kriegt keine verwertbaren Antworten. JA 2013, 793–795.

- Anmerkung zum BGH Urt. v. 18.04.2002 – 3 StR 370/01. JR 2004, 85–86.
- Jahn, Matthias*, Strafprozessrecht: Beweisverwertungsverbote bei verdecktem Verhör. JuS 2010, 832–834.
- Ermittlungen in Sachen Siemens/SEC. StV 2009, 41–46.
- Begründung der Beschuldigteneigenschaft. JuS 2007, 962–964.
- Verstoß gegen Selbstbelastungsfreiheit durch Verdeckte Ermittler. JuS 2007, 1146–1148.
- Erste Vernehmung des Beschuldigten ohne Hinzuziehung eines Verteidigers und Hinweis der Polizeibeamten auf einen bestehenden Anwaltsnotdienst. JuS 2006, 272–274.
- Strafprozessrecht als geronnenes Verfassungsrecht – Hauptprobleme und Streitfragen des § 136a StPO § 136a. JuS 2005, 1057–1062.
- Ausforschung einer Beschuldigten durch Wahrsagerin in der Untersuchungshaft – BGHSt 44, 129. JuS 2000, 441–445.
- Jennings, Anthony/Ashworth, Andrew/Emmerson, Ben*, Silence and Safety: the Impact of Human Rights Law. Crim.L.R. 2000, 879–894.
- Jennings, Ronald C.*, Kadi, Court and Legal Procedure in 17th C. Ottoman Kayseri and the Legal System. Studia Islamica 48/1978, 133–172.
- Jeschek, Hans-Heinrich*, Das Strafprozess – Aktuelles und Zeitloses. JZ 1970, 201–206.
- Joecks, Wolfgang*, Studienkommentar StPO. 3. Aufl. München 2011. [Zitiert: StK-StPO-Joecks]
- Der nemo-tenetur-Grundsatz und das Steuerstrafrecht. In: Hans Joachim Hirsch (Hrsg.), Festschrift für Günter Kohlmann zum 70. Geburtstag. Köln 2003, S. 451–464.
- Joerden, Jan C.*, Verbotene Vernehmungsmethoden – Grundfragen des § 136a StPO. JuS 1993, 927–931.
- Johansen, Baber*, Vom Wort- zum Indizienbeweis: die Anerkennung der richterlichen Folter in islamischen Rechtsdoktrinen des 13. und 14. Jahrhunderts. ius commune 2001, 1–46.
- Eigentum, Familie und Obrigkeit im hanafitischen Strafrecht. Das Verhältnis der privaten Rechte zu den Forderungen der Allgemeinheit in hanafitischen Rechtskommentaren. Die Welt des Islams 1979, 1–73.
- Zum Prozessrecht der Uqubat. ZDMG 1977, 477–486.
- Jung, Heike*, Faires Verfahren und menschenrechtswidrige Beweiserhebung. Zugleich Besprechung vom EGMR, Urteil vom 21.01.2009 [Fall Bykov]. GA 2009, 651–656.
- „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ contra „schützende Formen“ – ein prozessualer „Klassiker“ im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. GA 2003, 191–203.
- Die Europäische Menschenrechtskonvention und das deutsche Strafrecht. EuGRZ 1996, 370–373.

- Kahlo, Michael*, Soll es dem Staat im Strafprozess rechtlich erlaubt sein, Verdachtsklärung durch Täuschungshandlungen zu unternehmen? In: Reiner Zaczky/Michael Köhler/Michael Kahlo (Hrsg.), Festschrift für E.A. Wolff zum 70. Geburtstag. Berlin 1998, S. 153–188.
- Kantar, Baha*, Ceza Muhakemeleri Usulü, Band 1. 3. Aufl. Ankara 1950.
- Karakehya, Hakan*, Ceza Muhakemesinde Duruşma. Ankara 2008.
- Ceza Muhakemesinde Zorunlu Müdafilik. In: Mehmet Murat İnceoğlu (Hrsg.), Uğur Alacakaptan'a Armağan, Band 1. İstanbul 2008, S. 417–430. [Zitiert: *Karakehya*, Alacakaptan Armağanı]
- Karaoşmanoğlu, Fatih*, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Avukatın Gözaltı Birimine Gelmeye ve Hukuksal Yardım Hakkı: Türkiye ve İngiltere Örnekleri. AÜHFĐ 52/2003, 177–199.
- Kasiske, Peter*, Entscheidungsanmerkung zum BGH Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08. ZIS 2009, 319–323.
- Kaşıkara, M. Serhat*, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı ve Türkiye. Ankara 2009.
- Katzenberger, Ruth/Pitz, Tamara*, „Si tacuisses ...“ Eine methodische Darstellung der Aussagedelikte. ZJS 6/2009, 659–674.
- Kaufmann, Michael*, Belehrung über Recht auf Zuziehung eines Verteidigers. Anmerkung zu BGH Urt. v. 20.06.1997 – 2 StR 130/97 (NStZ 1997, 609). NStZ 1998, 474–475.
- Kayıloğlu, Cemil*, Ceza Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller. AYD 2006, 101–126.
- Kaymaz, Seydi*, Yasak Sorgu Yöntemi Olarak Aldatma. YD 24/1998, 73–83.
- Aldatma Yükümlülüğünün İhlali Sebebiyle Sözkonusu Olan Yasak Deliller. YD 23/1997, 280–300.
- Yasak Sorgu Yöntemi Olarak Yorma. YD 4/1994, 561–569.
- Kempf, Eberhard*, Anmerkung zum EGMR, Urt. v. 09.06.1998 – 44/1997/828/1034. StV 1999, 128–130.
- Keskin, Kadir O.*, İşkence. YD 3/1985, 731–741.
- Keskin, Serap*, Der Revisionsgrund im Strafverfahrensrecht. Annales 53/2004, 119–129.
- Kibar, Recep*, Türk Hukukunda Sanık Hakları. Ankara 1997.
- Kiehl, Walter H.*, Verwertungsverbot für Beschuldigtenvernehmung ohne Belehrung: Der BGH korrigiert sich – überzeugend? NJW 1993, 501–504.
- Kilian, Ines*, Der anwaltliche Notdienst in Strafsachen. In: Strafverteidigung im Rechtsstaat, hrsg. von der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins. Baden-Baden 2009, S. 152–169.
- Kindhäuser, Urs*, Strafprozessrecht. 3. Aufl. Baden-Baden 2013.
- Kinzig, Jörg*, Not kennt kein Gebot? Die strafrechtliche Konsequenz von Folterhandlungen an Tatverdächtigen durch Polizeibeamten mit präventiver Zielsetzung. ZStW 115/2003, 791–814.

- Bewegung in der Lockspitzelproblematik nach der Entscheidung des EGMR: Muss die Rechtsprechung ihre strikte Strafzumessungslösung verabschieden? Zugleich Anm. zu EGMR, StV 1999, 127 (Teixeira De Castro ./ PT Urt. v. 09.06.1998). StV 1999, 288–292.
- Kızılarlan, Hakan*, Hukuka Aykırı Delil Açısından Vücutun Muayenesi ve Örnek Alma İşlemleriyle İlgili 5271 S. CMK. Düzenlemesi, ve Uygulamada Sorunlar. In: Özdemir Özok (Hrsg.), Ceza Muhakemesi Kanununun 3 Yılı, Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar. İstanbul 2009, S. 319–329.
- Klein, Andrej*, Anmerkung zum BGH Beschluss v. 11.08.2005 – 5 StR 200/05. StV 2007, 282.
- Klein, Marco*, Inhalt und Reichweite der Belehrungsvorschrift des § 136 StPO. Insbesondere zur Notwendigkeit einer qualifizierten Beschuldigtenbelehrung über das Verteidigerkonsultationsrecht. Aachen 2005.
- Kleinknecht, Theodor*, Ermittlungen der Polizei nach der „kleinen Strafprozessreform“. Kriminalistik 1965, 449–456.
- Klemke, Olaf*, Unterlassene Pflichtverteidigerbestellung im Ermittlungsverfahren und ihre Konsequenzen. StV 2003, 413–415.
- Klesczewski, Diethelm*, Anmerkung zu BGH Urt. v. 29.04.2009 – 1 StR 701/08 (BGHSt 53, 295). StV 2010, 462–465.
- Klimke, Olaf*, Der Polygraphentest im Strafverfahren. NStZ 1981, 433–434.
- Koca, Mahmut*, Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller. CHD 2006, 2007–225.
- Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği Hakkında Genel Bir Değerlendirme. AÜEHFD 1/1999, 61–88.
- Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı. AÜEHFD 5/2000, 122–146.
- Koca, Serhat*, İkrar. İslam Ansiklopedisi, Türkiye Diyanet Vakfı. Ankara 2000. Band 22, 38–40.
- Kocaoğlu, Sinan*, Susma Hakkı. ABD 1/2011, 29–58.
- Tarihsel Perspektifi ile TÜRK-İSLAM Hukukunda Savunma ve Müdafî. ABD 4/2010, 61–79.
- Kohlhaas, Max*, Schlüsse aus dem Schweigen des Beschuldigten? NJW 1965, 2282–2284.
- Kölbel, Ralf*, Selbstbelastungsfreiheiten. Der nemo-tenetur-Satz im materiellen Strafrecht. Habil. Berlin 2005.
- König, Josef*, Zur Verwertbarkeit verdeckt erlangter Kenntnisse, Die Mithörentscheidung des Großen Senats für Strafsachen. Kriminalistik 1997, 179–185.
- Köse, Saffet*, Sükut. İslam Ansiklopedisi, Türkiye Diyanet Vakfı. Ankara 2010. Band 38, 51–53.
- Krack, Ralf*, Der Normzweck des § 136a StPO. NStZ 2002, 120–124.
- Kraft, Oliver Kai-Eric*, Das nemo tenetur-Prinzip und die sich daraus ergebenden Rechte des Beschuldigten in der polizeilichen Vernehmung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung des amerikanischen und deutschen Strafprozessrechts. Hamburg 2012.

- Kramer, Bernhard*, Unerlaubte Vernehmungsmethoden in der Untersuchungshaft – BGH v. 28.04.1987 – 5 StR 666/86. Jura 1998, 502–525.
- Heimliche Tonbandaufnahme im Strafprozess. NJW 1990, 1760–1764.
- Krausbeck, Matthias*, Konfrontative Zeugenbefragung. Vorgaben des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK für das deutsche Strafverfahren. Tübingen 2010.
- Kresmárik, Johann*, Beiträge zur Beleuchtung des islamitischen Strafrechts, mit Rücksicht auf Theorie und Praxis in der Türkei. ZDMG 1904, Teil 1: 69–113; Teil 2: 316–360; Teil 3: 539–581.
- Kretschmer, Joachim*, Schutz vor staatlich veranlasstem Zwang und inszenierter Täuschung. Anmerkung zu BGH v. 18.05.2010 – 5 StR 51/10. HRRS 2010, 343–347.
- Krey, Volker*, Rechtsprobleme beim Einsatz Verdeckter Ermittler einschließlich der elektronischen Überwachung (Lauschangriff) zu ihrem Schutz und als Instrument der Strafverfolgung in Deutschland. JR 1998, 1–7.
- Kudlich, Hans*, Reden ist Silber, Schweigen ist Gold – Zur „Mit-Hör-Fallen“-Entscheidung des Großen Strafsenats – BGH (GS). NStZ 1996, 502. JuS 1997, 696–700.
- Kunter, Nurullah*, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku. 9. Aufl. İstanbul 1989.
- Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe*, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku. 18. Aufl. İstanbul 2010.
- Kühl, Kristian*, Rückschlag für die Unschuldsvermutung aus Straßburg. Die neueste Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Art. 6 Abs. II MRK. NJW 1988, 3233–3239.
- Freie Beweiswürdigung des Schweigens des Angeklagten und der Untersuchungsverweigerung eines angehörigen Zeugen – BGHSt 32, 140. JuS 1986, 115–122.
- Kühne, Hans-Heiner*, Beschuldigtenangaben in vernehmungähnlichen Situationen. In: Mark A. Zöller u.a. (Hrsg.), Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag. Berlin 2013, S. 1009–1017.
- Menschenrechte und das Interesse an einer effizienten Strafverfolgung. In: Knut Amelung/Hans-Ludwig Günther/Hans-Heiner Kühne, Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag. Stuttgart 2010, S. 299–312.
- Internationaler Kommentar zur EMRK. In: Katharina Pabel/Stefanie Schmahl (Hrsg.), Kommentierung Art. 6 EMRK. 11. Lieferung April 2009. [Zitiert: IK-EMRK-Kühne]
- Die Rechtsprechung des EGMR als Motor für eine Verbesserung des Schutzes von Beschuldigtenrechten in den nationalen Strafverfahrensrechten der Mitgliedstaaten. StV 2001, 73–78.
- Anwaltlicher Beistand und das Schweigerecht des Beschuldigten im Strafverfahren. Anmerkung zu dem Urteil des EGMR im Fall John Murray gegen Vereinigtes Königreich. EuGRZ 1996, 571–573.
- Kühne, Hans-Heiner/Nash, Susan*, Anmerkung zum EGMR Khan ./.. Vereinigtes Königreich Urt. v. 12.05.2000 – 35394/97. JZ 2000, 996–998.
- Kühne, Hans-Heiner/Öztürk, Bahri*, Das deutsche Recht als Exportgut. In: Stefan Hüls Hörster/Dirk Mirow (Hrsg.), Deutsche Beratung bei Rechts- und Justizreformen im Ausland. Berlin 2012, S. 37–42.

- Lagodny, Otto*, Verdeckter Ermittler und V-Leute im Spiegel von § 136a StPO als „angewandtem Verfassungsrecht“. StV 1996, 167–172.
- Heimlichkeiten und Verdeckungen im deutschen Strafverfahren. In: Aktuelles Verfassungsrecht und Strafverteidigung, 20. Strafverteidigertag vom 22.–24. März 1996 in Essen, S. 117–131.
- Lammer, Dirk*, Verdeckte Ermittlungen im Strafprozess. Zugleich eine Studie zum Menschenwürdegehalt der Grundrechte. Diss. Berlin 1992.
- Lesch, Heiko H.*, Anmerkung zum BGH Beschluss v. 12.01.2005 – 5 StR 191/04. JR 2005, 302–304.
- Zu den Rechtsgrundlagen des V-Mann-Einsatzes und der Observation im Strafverfahren. JA 2000, 725–728.
 - Inquisition und rechtliches Gehör in der Beschuldigtenvernehmung. ZStW 111/1999, 624–646.
 - Der Beschuldigte im Strafverfahren – über den Begriff und die Konsequenzen der unterlassenen Belehrung. JA 1995, 157–166.
- Lindner, Bernd*, Täuschungen und der Vernehmung. Ein Beitrag zur Auslegung des § 136a StPO. Diss. Tübingen 1998.
- Lisken, Hans*, Telefonmithören erlaubt? NJW 1994, 2069–2070.
- Lorenz, Frank Lucien*, „Operative Informationserhebung“ im Strafverfahren, „Unverfügbares“ und Grundrechtsschutz durch „Institutionelle Kontrolle“. JZ 1992, 1000–1011.
- Lubig, Sebastian/Sprenger, Johanna*, Beweisverwertungsverbote aus dem Fairnessgebot des Art. 6 EMRK in der Rechtsprechung des EGMR. ZIS 9/2008, 433–440.
- Lüderssen, Klaus*, Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation? In: Bernd Schünemann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag. Berlin 2001, S. 347–371.
- Die V-Leute Problematik ... oder: Zynismus, Borniertheit oder „Sachzwang“? Jura 1985, 113–127.
- Mahlstedt, Tobias*, Die verdeckte Befragung des Beschuldigten im Auftrag der Polizei. Informelle Informationserhebung und Selbstbelastungsfreiheit. Berlin 2011.
- Malek, Klaus*, Die Aussageerpressung im strafgerichtlichen Alltag – Bemerkung zu § 343 StGB. StraFo 2005, 1–6.
- Matt, Holger*, Nemo tenetur se ipsum accusare – Europäische Perspektiven. GA 2006, 323–328.
- Mäder, Detlef*, Betriebliche Offenbarungspflichten und Schutz vor Selbstbelastung. Zum Spannungsfeld von Umweltrecht und nemo tenetur-Grundsatz. Freiburg i.Br. 1997.
- Menekşe, Ömer*, XVII. ve XVIII. Yüzyılda Osmanlı Devletinde Hırsızlık Suçu ve Cezası. Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İstanbul 1998.
- Meran, Necati*, Kamu Görevlisine ve Adliye İlişkin Suçlar. Ankara 2006.
- Meurer, Dieter*, Informelle Ausforschung. In: Bernd Schünemann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag. Berlin 2001, S. 1281–1297.

- Meyer, Jürgen*, Zur prozessrechtlichen Problematik des V-Mannes. ZStW 95/1983, 834–861.
- Meyer-Goßner, Lutz/Schmitt, Bertram*, Beck'scher Kurz-Kommentar. Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen und ergänzenden Bestimmungen. 56. Aufl. München 2013.
- Meyer-Ladewig, Jens*, Europäische Menschenrechtskonvention. 3. Aufl. Baden-Baden 2011.
- Menschenwürde und Europäische Menschenrechtskonvention. NJW 2004, 981–984.
- Meyer-Mews, Hans*, Anmerkung zum BGH Urt. v. 26.07.2007 – 3 StR 104/07. NJW 2007, 3142–3143.
- Die Einlassung und Vernehmung des Angeklagten zur Sache gem. § 243 IV 2 StPO. JR 2003, 361–365.
- Miebach, Klaus*, Der teilschweigende Angeklagte – materiell-rechtliche und prozessuale Fragen anhand der BGH-Rechtsprechung. NStZ 2000, 234–242.
- Mikolajczyk, Sascha*, Zur Begründung der Beschuldigteneigenschaft durch die Art und Weise einer Vernehmung. ZIS 2007, 565–567.
- Möller, Hauke*, Verfassungsrechtliche Überlegungen zum nemo-tenetur Grundsatz und zur strafmildernden Berücksichtigung von Geständnissen. JR 2005, 313–320.
- Mollamahmutoğlu, Sadık/Savaş, Vural*, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu. Ankara 1995.
- Mollamahmutoğlu, Sadık/Savaş, Vural/Uygun, Mehmet*, Ceza Genel Kurulu Kararları (1988-1989-1990-1991). Ankara 1991.
- Monka, Christian*, Beck'scher Online-Kommentar Strafprozessordnung. Peter Jürgen Graf (Hrsg.), 17. Aufl. München 2013. [Zitiert: BeckOK-StPO-Monka]
- Moormann, Hans*, Die informatorische Anhörung im Ermittlungsverfahren. Diss. Osnabrück 1999.
- Müller, Egon*, Anmerkung zum BGH Urt. v. 12.01.1996 – 5 StR 756/94 (BGHSt 42, 15). StV 1996, 359–360.
- Müller, Rudolf*, Neue Ermittlungsmethoden und das Verbot des Zwanges zur Selbstbelastung. EuGRZ 2001, 546–559.
- Müssig, Bernd*, Grenzen der Beweisverwertung beim Einsatz „Verdeckter Ermittler“ gegen den Verdächtigten. GA 2004, 87–103.
- Beweisverbote im Legitimationszusammenhang von Strafrechtstheorie und Strafverfahren. GA 1999, 119–142.
- Nack, Arnim*, Revisibilität der Beweiswürdigung Teil I. StV 2002 – 510–518.
- Das verdeckte Verhör. In: Aktuelles Verfassungsrecht und Strafverteidigung, 20. Strafverteidigertag vom 22.–24. März 1996 in Essen, S. 239–248.
- Naismith, S.H.*, Current Topic: Self-Incrimination – Fairness or Freedom? E.H.R.L.R 1997, 229–336.
- Neuhaus, Ralf*, Zur Notwendigkeit der qualifizierten Beschuldigtenbelehrung. Zugleich Anmerkung zu LG Dortmund. NStZ 1997, 356. NStZ 1997, 312–316.

- Ungeschriebene Belehrungspflichten im Rahmen des § 136a Abs. 1 S. 2 StPO und die Folgen ihrer Verletzung. StV 2010, 45–52.
- Neumann, Ulfrid*, Mitwirkungs- und Duldungspflichten des Beschuldigten bei körperlichen Eingriffen im Strafverfahren. In: Reiner Zaczky/Michael Köhler/Michael Kahlo (Hrsg.), Festschrift für E.A. Wolff zum 70. Geburtstag. Berlin 1998, S. 373–393.
- Neustadt, Metz*, Zur Frage der Zulässigkeit der Anwendung des „Lügendetektors“ im Strafverfahren. NJW 1951, 752.
- Nothhelfer, Martin*, Die Freiheit von Selbstbeichtigungszwang. Verfassungsrechtliche Grundlagen und einfachgesetzliche Ausformungen. Diss Heidelberg 1989.
- Nowak, Manfred*, U.N Covenant on Civil and Political Rights. Kehl am Rhein u.a. 1993. [Zitiert: *Nowak-CCPR*]
- Nowak, Manfred/McArthur, Elizabeth*, The United Nations Convention against Torture. A Commentary. New York 2008.
- Odenhal, Hans-Jörg*, Zulässigkeit und Beweiswert einer heimlichen Stimmidentifizierung. NStZ 1995, 579–580.
- Die Gegenüberstellung zum Zwecke des Wiedererkennens. NStZ 1985, 433–438.
- Odman, Tefvik*, Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Delillerin Kullanılma Sorunu. İHMD 4/1995, 20–30.
- Oral, Mehmet*, Mevzuatımızın Savunma Hakkı Açısından Değerlendirilmesi. In: Sahir Erman’a Armağan. İstanbul 1999, S. 593–637. [Zitiert: *Oral*, Erman Armağanı]
- Osmanağaoğlu, Cihan*, Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Zina Suçu ve Cezası. İÜHFM 2008, 109–178.
- Ostendorf, Heribert*, Die Beschuldigtenrechte beim Einsatz eines Verdeckten Ermittlers – dargestellt am Fall eines abgenötigten Geständnisses. In: Manfred Heinrich u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag. Berlin 2011, S. 1329–1340.
- Ostermeyer, Helmut*, Der schweigende Beschuldigte. NJW 1976, 915–917.
- Özbek, Veli Özer*, Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları. In: Eric Hilgendorf/Yener Ünver (Hrsg.), Das Strafrecht im deutsch-türkischen Rechtsvergleich, Band III. İstanbul 2010, S. 913–928.
- Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker*, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Aufl. Ankara 2012.
- Özbudun, Ergun*, İşkencenin Önlenmesi İçin Uluslararası Sözleşmeler ve Türkiye. In: İnsan Haklarının Korunması ve T.B.M.M Sempozyumu. Ankara 1992, S. 133–138.
- Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği. In: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı 1925–1975. Ankara 1977, S. 265–293.
- Özer, Attila*, Gerekeçli ve 1961 Anayasasıyla Mukayeseli 1982 Anayasası. Ankara 1984.
- Özgen, Eralp*, İşkence ve İnsan Dışı Davranışlara Karşı Birleşmiş Milletler Anlaşması. TBBD 2/1988, 208–233.
- Özgenç, İzzet*, Suç Zanlısı Kişinin Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü ve Bunun Hukuki Sonuçları. MÜHFD 19/1995, 129–142.

- Özşahin, Enver*, Avukatlık ve Karakol. AD 4/1985, 82–86.
- Öztürk, Bahri*, Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote – das Konzept in der Türkei. In: Walter Gropp u.a. (Hrsg.), Beiträge zum deutschen und türkischen Strafrecht und Strafprozessrecht. 1 Aufl. Baden-Baden 2010, S. 79–90.
- Yeni CMK'da Delil Yasakları. In: Mehmet Murat İnceoğlu (Hrsg.), Uğur Alacakaptan'ın Armağanı, Band 1. İstanbul 2008, S. 599–627. [Zitiert: *Öztürk*, Alacakaptan Armağanı]
- CMUK Reformu ve Delil Yasakları. SÜHFD 4/1994, 39–49.
- Grundlagen der Beweisverbote im türkischen und deutschen Strafverfahrensrecht. ZStW 104/1992, 221–241.
- Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erдем, Mustafa Ruhan/Sırma, Özge/Saygılar Kırıt, Yase-min F./Özaydın, Özdem/Alan Akcan, Esra/Erden, Efser*, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku. 6. Aufl. Ankara 2013.
- Paeffgen, Hans-Ulrich*, Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Band II (§§ 94–136a) und Band X (EMRK). 4. Aufl. München u.a. 2010. [Zitiert: SK-StPO-Paeffgen]
- Petrov, Milen V.*, Everyday Forms of Compliance: Subaltern Commentaries on Ottoman Reform, 1864–1868. Comparative Studies in Society and History 46/2004, 730–759.
- Plekksepp, Allan*, Die gleichmäßige Gewährleistung des Rechts auf Verteidigerbeistand. Berlin 2012.
- Quentin, Andreas*, Der Verdeckte Ermittler i. S. der §§ 100a ff. StPO. JuS 1999, 134–140.
- Quentmeier, Kirsten*, Geständnis, Schweigerecht und Schweigen des Beschuldigten. JA 1996, 215–221.
- Pache, Eckhard*, Das europäische Grundrecht auf einen fairen Prozess. NVwZ 2001, 1342–147.
- Padel, Wilhelm*, Die ottomanische Strafprozessordnung. Berlin 1905.
- Park, Tido*, Die prozessuale Verwertbarkeit verschiedener Formen der Beschuldigteneinlassung im Strafverfahren. StV 2001, 589–595.
- Pauckstadt-Maihold, Ulrike*, Kleinknecht-Müller-Reitberger, Kommentar zur Strafprozessordnung, hrsg. von Bernd Heintschel-Heinegg/Heinz Stöckel, Band 2 (§§ 94–150), Kommentierung der §§ 133 ff., 65 Lfg. Dezember 2012. [Zitiert: KMR-Pauckstadt-Maihold]
- Pawlik, Michael*, Verdeckte Ermittlungen und das Schweigerecht des Beschuldigten. Zu den Anwendungsvoraussetzungen der §§ 136 Abs. 1 Satz 2 und 136a StPO. GA 1998, 378–389.
- Perschke, Stefan*, Die Zulässigkeit nicht spezialgesetzlich geregelter Ermittlungsmethoden im Strafverfahren. Köln 1997.
- Peters, Anne/Altwicker, Tilmann*, Europäische Menschenrechtskonvention. Mit rechtsvergleichenden Bezügen zum deutschen Grundgesetz. 2. Aufl. München 2012.
- Peters, Karl*, Strafprozess. 4. Aufl. Heidelberg 1985.

- Peters, Rudolph*, *Crime and Punishment in Islamic Law. Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-first Century*. Cambridge 2005.
- Peukert, Wolfgang*, in: Jochen Abr. Frowein/Wolfgang Peukert, *Europäische Menschenrechtskonvention – EMRK-Kommentar*. 3. Aufl. Kehl am Rhein 2009. [Zitiert: *Peukert*, Art. x Rn. y]
- Neueste Entwicklung des Europäischen Menschenrechtsschutzes im Bereich des Strafrechts und Strafprozessrechts. In: *Strafverteidigung mit der EMRK. 50 Jahre Grundgesetz – kritische Würdigung, europäische Bezüge in der Strafgerichtsbarkeit*, 23. Strafverteidigertag vom 12.–14. März 2000 in Bremen, S. 53–66.
- Plöger, Rainer*, *Die Mitwirkungspflichten des Beschuldigten im deutschen Strafverfahren von den Anfängen im germanischen Rechtsgang bis zum Ende des gemeinen Inquisitionsprozesses*. Bochum 1982.
- Polatcan, İsmet*, *Askeri Muhakemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu*. İstanbul 2004.
- Pollähne, Helmut*, Anmerkung zum OLG Oldenburg Beschluss 14.06.2005 – 1 Ws 304/05. StV 2007, 89–91.
- Popp, Martin*, Anmerkung zum BGH Beschluss v.13.05. 1996 – GGSt 1/96. NSTz 1998, 95–96.
- Prosenjak, Dominik*, *Der Folterbegriff nach Art. 3 EMRK*. Hamburg 2011.
- Puppe, Ingeborg*, List im Verhör des Beschuldigten. GA 1978, 289–306.
- Radbruch, Gustav*, Grenzen der Kriminalpolizei. In: Wilhelm Sauer (Hrsg.), *Festschrift für Wilhelm Sauer*. Berlin 1949, S. 121–127.
- Ransiek, Andreas*, Belehrung über Aussagefreiheit und Recht der Verteidigerkonsultation: Folgerungen für die Beschuldigtenvernehmung. StV 1994, 343–347.
- Die Rechte des Beschuldigten in der Polizeivernehmung. Heidelberg 1990.
- Rau, Philipp*, *Schweigen als Indiz der Schuld*. Frankfurt a.M 2004.
- Redmayne, Mike*, Rethinking the Privilege against Self-Incrimination. O.J.L.S. 2007, 209–232.
- Reiß, Marc*, Der strafprozessuale Schutz verfassungsrechtlich geschützter Kommunikation vor verdeckten Ermittlungsmaßnahmen. StV 2008, 539–548.
- Reiß, Wolfram*, *Besteuerungsverfahren und Strafverfahren. Zugleich ein Beitrag zur Bedeutung des Grundsatzes von nemo tenetur se ipsum prodere im Besteuerungsverfahren*. Habil. Köln 1987.
- Gesetzliche Auskunftsverweigerungsrechte bei Gefahr der Strafverfolgung in öffentlich-rechtlichen Verfahren. NJW 1982, 2540–2541.
- Rejewski, Erwin*, Unterbliebener Hinweis auf die „Aussagefreiheit“ des Beschuldigten als Revisionsgrund? NJW 1967, 1999–2001.
- Renzikowski, Joachim*, Das Recht auf den Beistand eines Verteidigers im Lichte von Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK und des 6th Amendments zur US-Verfassung. In: Manfred Heinrich u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*. Berlin 2011, S. 1341–1356.

- Renzikowski, Joachim*, Die Zurechnung von Konventionsverletzungen bei Beweiserhebungen im Ausland und ihre Verwertbarkeit im Lichte des Anspruchs auf ein faires Verfahren. In: Uwe Hellmann (Hrsg.), Festschrift für Hans Achenbach zum 70. Geburtstag. Heidelberg 2011, S. 373–384.
- Körperliche Zwangseingriffe und Selbstbelastungsfreiheit. In: Martin Böse/Detlev Sternberg-Lieben, Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag. Berlin 2009, S. 669–686.
 - Anmerkung zu BGHSt 52, 11 (Selbstbelastungsfreiheit und „Hörfalle“). JR 2008, 164–167.
 - „Fair trial“ im Strafprozess. In: Dieter Dölling (Hrsg.), Festschrift für Joachim Lampe zum 70. Geburtstag. Berlin 2003, S. 791–804.
 - Fair trail als Waffengleichheit – adversatorische Elemente im Strafprozess? In: Joachim Renzikowski (Hrsg.), Die EMRK im Privat-, Straf- und Öffentlichen Recht: Grundlagen einer europäischen Rechtskultur. Wien 2004, S. 97–122.
 - Die förmliche Vernehmung des Beschuldigten und ihre Umgehung. JZ 1997, 710–717.
- Richter II, Christian*, Reden – Schweigen – Teilschweigen. Anmerkung zum Verteidigungsverhalten eines Beschuldigten. StV 1994, 687–692.
- Riepl, Frank*, Informationelle Selbstbestimmung im Strafverfahren. Diss Tübingen 1998.
- Rieß, Peter*, Anmerkung zum BGH Urt. v. 29.10.1992 – 4 StR 126/92 (BGHSt 38, 372). JR 1993, 334–335.
- Besprechung von Bianca Fischer, Divergierende Selbstbelastungspflichten nach geltendem Recht. GA 1981, 47–48.
 - Die Vernehmung des Beschuldigten im Strafprozess. JA 1980, 293–301.
- Roberts, Paul/Zuckerman, Adrian A.S.*, Criminal Evidence. 2. Aufl Oxford 2010.
- Rogall, Klaus*, Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und mit GVG und EMRK, Band II (§§ 94–136a). 4. Aufl. Köln. [Zitiert: SK-StPO-Rogall]
- Grund und Grenzen der „qualifizierten“ Belehrung im Strafprozess. In: Claudius Geisler u.a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag. Berlin 2011, S. 519–547.
 - Zur Zulässigkeit einer heimlichen akustischen Überwachung von Ehegattengesprächen in der Untersuchungshaft. Zugleich Besprechung von BGHSt 53, 294. HRRS 6/2010, 289–295.
 - Anmerkung zum BGH Urt. v. 26.07.2007 – 3 StR 104/07. NStZ 2008, 110–113.
 - Besprechung der strafprozessualen Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts von Lutz Eidam. StV 2008, 219–222.
 - Anmerkung zum BGH Beschluss. v. 12.01.2005 – 5 StR 191/04. NStZ 2006, 41–44.
 - Das Verwendungsverbot des § 393 II AO. In: Hans Joachim Hirsch (Hrsg.), Festschrift für Günter Kohlmann zum 70. Geburtstag. Köln 2003, S. 465–498.
 - Anmerkung zum BVerfG (3. Kammer des 2. Senats), Beschluss v. 01.03.2000 2 BvR 2017 u. 2039/94 (Sedlmayr-Fall). NStZ 2000, 490–493.

- Der Schutz vor Selbstbelastung im deutschen Strafprozess. In: Janina Czapska u.a. (Hrsg.), Festschrift für Stanisław Waltoś. Warschau 2000, S. 236–245.
- Vernehmung eines Beschuldigten als Zeugen. NStZ 1997, 398–400.
- Der „Verdächtige“ als selbstständige Auskunftsperson im Strafprozess. NJW 1978, 2535–2538.
- Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst. Diss. Berlin 1977.

Rohe, Mathias, Das islamische Recht, München 2009.

Roschmann, Christian, Das Schweigerecht des Beschuldigten im Strafprozess, seine rechtlichen und faktischen Grenzen. Diss. Bremen 1981.

Roxin, Claus, Zur Reichweite von Verwertungsverboten bei Beeinträchtigung des Aussageverweigerungsrechts und der Verteidigung. In: Robert Esser u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heiner Kühne zum 70. Geburtstag. Heidelberg 2013, S. 317–332.

- Anmerkung zum BGH Beschl. v. 31.03.2011 – 3 StR 400/10. StV 2012, 131–133.
- Aushorchungen in der Untersuchungshaft als Überführungsmittel. In: Claudius Geisler u.a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Geppert. Berlin 2011, S. 549–567.
- Zur Beschuldigteneigenschaft im Strafprozess. In: Dieter Dölling u.a. (Hrsg.), Verbrechen – Strafe – Resozialisierung. Festschrift für Heinz Schöch, Berlin/New York 2010, S. 823–838.
- Zur verdeckten Befragung des Beschuldigten. NStZ-Sonderheft für Klaus Miebach, 2009, 41–46.
- Für ein Beweisverwertungsverbot bei unterlassener qualifizierter Belehrung. Anmerkung zum BGH Urte. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08. HRRS 5/2009, 186–188.
- Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 05.08.2008 – 3 StR 45/08. StV 2009, 113–115.
- Anmerkung zum BGH Beschluss v. 05.02.2002 – 5 StR 588/01 (BGHSt 47, 233). JZ 2002, 898–900.
- Zum Hörfallen-Beschluss des Großen Senats für Strafsachen. NStZ 1997, 18–21.
- Involuntary Self-Incrimination and the Right to Privacy in Criminal Proceedings. Israel Law Review 31/1997, S. 74–93.
- Das Recht des Beschuldigten zur Verteidigerkonsultation in der neuesten Rechtsprechung. JZ 1997, 343–347.
- Nemo tenetur: die Rechtsprechung am Scheideweg. NStZ 1995, 465–469.
- Anmerkung zum BGH Urte. v. 29.10.1992 – 4 StR 126/92 (BGHSt 38, 372). JZ 1993, 426–428.
- Anmerkung zum BGH Beschluss v. 27.02.1992 – 5 StR 190/91. JZ 1992, 923–925.

Roxin, Claus/Schünemann, Bernd, Strafverfahrensrecht. 27. Aufl. München 2012.

Rudolf, Beate, Beweisprobleme in Verfahren wegen Verletzung von Art. 3 EMRK. EuGRZ 1996, 497–503.

- Rumpf, Christian*, Das türkische Verfassungssystem. Wiesbaden 1996.
- Rüping, Hinrich*, Zur Praxis der Strafjustiz im „Dritten Reich“; in: Ralf Dreier/Wolfgang Sellert (Hrsg.), Recht und Justiz im „Dritten Reich“. Frankfurt a.M. 1989, S. 180–193.
- Rüping, Hinrich*, Der Schutz der Menschenrechte im Strafverfahren – Wesentliche Erfordernisse eines gerechten Strafverfahrens. ZStW 91/1979, 351–363.
- Zur Mitwirkungspflicht des Beschuldigten und Angeschuldigten. JR 1974, 135–140.
- Rüping, Hinrich/Jerouschek, Günter*, Grundriss der Strafrechtsgeschichte. 6. Aufl. München 2011.
- Rzepka, Dorothea*, Zur Fairness im deutschen Strafverfahren. Habil. Frankfurt a.M. 2000.
- Saatçioğlu, Cemil*, Sanığın Sorgusu. YD 6/1980, 567–576.
- Sachau, Eduard*, Muhammedanisches Recht. Stuttgart 1897.
- Sachs, Michael*, Kommentar zum Grundgesetz. 6. Aufl. München 2011.
- Sağlam, Fazıl*, Türk ve Alman Anayasa Hukukları Açısından Gizli Ses Kaydı. SBFĐ, 30/1975, 107–116.
- Safferling, Christoph*, Verdeckte Ermittler im Strafverfahren – deutsche und europäische Rechtsprechung im Konflikt? NSTZ 2006, 75–82.
- Safferling, Christoph/Hartwig, Alena*, Das Recht zu schweigen und seine Konsequenzen. Entwicklung in nationalen und internationalen Strafverfahren. ZIS 2009, 784–794.
- Salditt, Franz*, Das letzte Wort des schweigenden Angeklagten. In: Wolfgang Joecks u.a. (Hrsg.), Festschrift für Erich Samson zum 70. Geburtstag. Heidelberg 2010, S. 699–708.
- Bruchstellen eines Menschenrechts: Schweigen gefährdet. In: Regina Michalke u.a. (Hrsg.), Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag. Berlin 2008, S. 595–614.
- Salger, Carsten A.*, Das Schweigerecht des Beschuldigten – Vergleich zwischen deutschem und US-amerikanischem Strafverfahrensrecht. Köln 1998.
- Saliger, Frank*, Absolutes im Strafprozess? Über das Folterverbot, seine Verletzung und die Folgen seiner Verletzung. ZStW 116/2004, 35–65.
- Salmaner, Hüseyin*, Polisin Adli Görevleriyle İlgili El Kitabı. Ankara 1987.
- Sautter, Bruno*, Die Pflicht zur Duldung von Körperuntersuchungen nach § 372 ZPO. Zugleich ein Beitrag zur Verfassungsmäßigkeit von § 81a StPO. AcP 1962, 215–269.
- Schaefer, Hans Christoph*, Grenzen erlaubter polizeilicher Ermittlungstätigkeit. StV 2004, 212–217.
- Schaefer, Torsten*, Selbstbelastungsschutz außerhalb des Strafverfahrens. NJW-Spezial 2010, 120–121.
- Schäfer, Bernhard*, Bundesverfassungsgericht und was dann? Individualbeschwerdeverfahren auf UN-Ebene. AnwBl 2006, 794–799.
- Schäfer, Karl*, Einige Bemerkungen zu dem Satz „nemo tenetur se ipsum accusare“. In: Ernst-Walter Hanack u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hanns Dünnebieber. Berlin 1982, S. 11–51.
- Schlawri, Regula*, Das Verbot des Selbstbelastungszwangs im Strafverfahren. Konkretisierung eines Grundrechts durch Rechtsvergleichung. Zürich 2003.

- Schlothauer, Reinhold*, Pflichtverteidigerbeordnung nach Inhaftierung – Zur praktischen Umsetzung des am 01.01.2010 in Kraft getretenen Gesetzes zur Änderung des Untersuchungshaftrechts. In: Wolfgang Joecks u.a. (Hrsg.), Festschrift für Erich Samson zum 70. Geburtstag. Heidelberg 2010, S. 709–726.
- Schlüchter, Ellen/Radbruch, Jochen*, Anmerkung zur BGH-Entscheidung v. 21.07.1994 – 1 StR 83/94. NStZ 1995, 354–355.
- Schmidt, Eberhard*, Sinn und Tragweite des Hinweises auf die Aussagefreiheit des Beschuldigten. NJW 1968, 1209–1219.
- Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege. 3. Aufl. Göttingen 1965.
 - Zur Lehre von den strafprozessualen Zwangsmaßnahmen. NJW 1962, 664–666.
- Schmidt-Leichner, Erich*, Ist und bleibt Schweigen des Beschuldigten zweischneidig? NJW 1966, 189–191.
- Das neue Recht im Strafverfahren. NJW 1965, 1309–1314.
- Schneider, Christian*, Beweisverbote aus dem Fair-Trial-Prinzip des Art. 6 EMRK. Der Nemo-tenetur-Grundsatz im Lichte der EMRK. Hamburg 2013.
- Schneider, Egon*, Logik für Juristen. 4. Aufl. München 1995.
- Schneider, Hartmut*, Verdeckte Ermittlungen in Haftanstalten. NStZ 2001, 8–15.
- Überlegungen zur strafprozessualen Zulässigkeit heimlich durchgeführter Stimmvergleiche. GA 1997, 371–387.
 - Strafprozessuale Anforderungen an Polizeibeamten zur Ermöglichung der Verteidigerkonsultation durch den festgenommenen Beschuldigten. Jura 1997, 131–139.
 - Überlegungen zur Zulässigkeit des Aushorchens von Inhaftierten durch V-Leute unter Einsatz technischer Hilfsmittel. JR 1996, 401–408.
 - Die strafprozessuale Beweiswürdigung des Schweigens von Beschuldigten und angehörigen Zeugen. Jura 1990, 572–582.
- Schroeder, Friedrich Christian*, Der Staat als Lügner – List und Täuschung im Dienste der Verbrechensbekämpfung. In: Mathias Mayer (Hrsg.), Kulturen der Lüge. Köln 2003, S. 151–166.
- Suhr, Jan C.*, Brechmitteleinsatz als unmenschliche und erniedrigende Behandlung. NJW 2006, 3538–3541.
- Schuler, Patrick*, Zur Diskussion um ein Aussageverweigerungsrecht juristischer Personen. JR 7/2003, 265–269.
- Schumann, Kay*, Brechmitteleinsatz ist Folter? Die Rechtsprechung des EGMR zum Brechmitteleinsatz im Strafverfahren – Bespr. d. Urt. EGMR v. 11.07.2006 – 54810/00 (Fall Jalloh). StV 2006, 662–665.
- Schünemann, Bernd*, Die Belehrungspflichten der §§ 243 IV, 136 n. F. StPO und der BGH. MDR 1969, 101–103.
- Schwabe, Jürgen*, Rechtsprobleme des „Lügendetektors“. NJW 1979, 576–582.
- Seebode, Manfred*, Anmerkung zum OLG Hamm Urt. v. 29.01.1992 3 Ss 1128/91. NStZ 1992, 83–85.

- Seebode, Manfred*, Anmerkung zum BGH Urt. v. 28.04.1987 – 5 StR 666/86 (BGHSt. 34, 362). JR 1988, 427–432.
- Über die Freiheit, die eigene Strafverfolgung zu unterstützen. JA 1980, 493–499.
- Seibert, Claus*, Das Schweigen des Angeklagten. NJW 1965, 1706.
- Selçuk, Sami*, İslâm Hukuku, Kaynakları ve İslâm Suç Hukuku. In: Sulhi Dönmezer Armağanı, Band II. Ankara 2008, S. 1123–1141. Zitiert: *Selçuk, Dönmezer Armağanı*
- Temyiz Yolu Denetimi ve Sınırları. YD 27/2001, 5–46.
- Selle, Friedrich*, Prozessrecht des 16. Jahrhunderts im Osmanischen Reich. Auf Grund von Fetwas der Scheichülislame Ebüssuud und anderer unter der Regierung des Sultans Süleiman des Prächtigen. Wiesbaden 1962.
- Sellert, Wolfgang/Rüping, Hinrich*, Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege. Band I: Aalen 1989; Band II: Aalen 1994. [Zitiert: *Sellert/Rüping I und II*]
- Seviğ, Vasfi Raşit*, Kanuni Beyyine Usulü. AÜHFD 17/1960, 3–45.
- Sodan, Helge*, Grundgesetz. Beck'scher Kompakt-Kommentar. 2. Aufl. München 2011. [Zitiert: GG-Sodan]
- Soiné, Michael*, Kriminalistische List im Ermittlungsverfahren. NStZ 2010, 596–662.
- Sokullu, Füsün*, Toplumsal Bir Kurum Olarak Polis Alt-Kültürü ve İnsan Hakları. Doktora İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 1986.
- Sokullu-Akıncı, Füsün*, Recent Attempts to Guarantee Human Rights in the Turkish Penal Procedure Law. Annales 48/1998, 253–269.
- Sommer, Ulrich*, Anmerkung zum EGMR Urt. v. 09.06.1998 – 44/1997/828/2034. NStZ 1999, 47–50.
- Sonderegger, Linus*, Die Rückkehr der Folter. Anwendung von Zwang bei der Vernehmung im deutschen und US-amerikanischen Recht. Berlin 2012.
- Sowada, Christoph*, Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen nemo-tenetur Grundsatz und fair-trial-Prinzip. In: Claudius Geisler u.a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag. Berlin 2011, S. 689–722.
- Zur Notwendigkeit der Verteidigerbeordnung im Ermittlungsverfahren. NStZ 2005, 1–7.
- Soyaslan, Doğan*, Hukuka Aykırı Deliller. AÜHFD 7/2003, 10–26.
- Spaniol, Margret*, Das Recht auf Verteidigerbeistand im Grundgesetz und in der Europäischen Menschenrechtskonvention. Berlin 1990.
- Spielmann, Dean*, Article 6 ECHR in Criminal Proceedings. Recent Developments. NJECL 2010, 295–304.
- Spurrier, Martha*, Gäfgen v Germany: Fruit of the Poisonous Tree. E.H.R.L.R 2010, 513–519.
- Steiner, Dirk*, Das Fairnessprinzip im Strafprozess. Frankfurt a.M. 1995.
- Sternberg-Lieben, Detlev*, Die „Hörfälle“ – Eine Falle für die rechtsstaatliche Strafverfolgung? Gedanken zum BGH-Urt. v. 08.10.1993 – 2 StR 400/93. Jura 1995, 299–310.

- Stockhausen, Carolin*, Folter im Strafverfahren – der Fall Daschner. In: Walter Gropp u.a. (Hrsg.), Beiträge zum deutschen und türkischen Strafrecht und Strafprozessrecht. 1. Aufl. Baden-Baden 2010, S.141–159.
- Strack, Cristian/Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich*, Das Bonner Grundgesetz Band 1. 4. Aufl. München 1999. [Zitiert: *Strack*, in: *Mangoldt/Klein/Strack GG*]
- Strasser, Wolfgang*, Menschenrechte im Bereich des Strafrechts – ein Überblick der Straßburger Rechtsprechung. In: Europa und Strafverteidigung, 14. Strafverteidigertag 23.–25. März 1990 in Frankfurt, S. 105–115.
- Streck, Michael*, Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zum strafrechtlichen Verwertungsverbot bei Aussagen des Gemeinschuldners und seine Auswirkungen im Steuerstrafrecht. StV 1981, 362–364.
- Stree, Walter*, Schweigen des Beschuldigten im Strafverfahren. JZ 1966, 593–600.
- Stuckenberg, Carl-Friedrich*, die normative Aussage der Unschuldsvermutung. ZStW 111/1999, 422–460.
- Untersuchungen zur Unschuldsvermutung. Berlin 1998.
- Stürner, Rolf*, Strafrechtliche Selbstbelastung und verfahrensförmige Wahrheitsermittlung. NJW 1981, 1757–1763.
- Summers, Sarah J.*, Fair Trails. The European Criminal Procedure Tradition and the European Court of Human Rights. Oxford 2007.
- Şahbaz, İbrahim*, Karşılaştırmalı Hukukta ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hukuka Aykırı Deliller. ABD 1/2006, 101–128.
- Şahin, Cumhur*, Ceza Muhakemesi Hukuku I. 4. Aufl. Ankara 2013.
- Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2005. [Zitiert: *Şahin*, Gazi Şerhi]
- Adli Kolluk Faaliyeti Olarak Sorgulama. HPD 3/2005, 71–73.
- Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Deliller ve Değerlendirilmeleri Sorunu. EÜHFD 1/1997, 87–95.
- Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması. Ankara 1994. [Zitiert: *Şahin*]
- Şahinkaya, Yalçın*, Suçsuzluk Karinesi. Ankara 2008.
- Şeker, Murat*, İnsan Hakları ve Yalan Makinası. İHY 7-8/1985-1986, 175–180.
- Şen, Ersan*, Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması. İstanbul 1996.
- Şimşek, Orhan*, Müdafinin Dosya İnceleme Yetkisi ve Sanıklar Görüşme Hakkı. In: TCK-CMK-Kabahatler Kanunu ve ilgili Yönetmeliklerin Uygulamalarının Değerlendirilmesi Semineri Tebliğleri. Ankara 2006, S. 291–297.
- Şirin, Tolga*, Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru). İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme. İstanbul 2013.
- Tallroth, Paulina*, Informationsrechte des Beschuldigten im Vorverfahren. Freiburg 2004.
- Tamdoğan, Işık*, „Sulh“ and the 18th Century Ottoman Courts of Üsküdar and Adana. Islamic Law and Society 15 (2008), 55–83.

- Taner, M. Tahir*, Ceza Muhakemeleri Usulü. 3. Aufl. İstanbul 1955.
- Tanör, Bülent*, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu. 3. Aufl. 1994.
- Tellenbach, Silvia*, Zur internationalen Zusammenarbeit bei Strafrechtsreformen am Beispiel der Türkei. In: Adem Sözüer/Selman Dursun (Hrsg.), Dünyada ve Türkiye'de Ceza Hukuku Reformları Kongresi. İstanbul 2010, S. 1689–1694.
- ter Veen, Heino*, Die Zulässigkeit der informatorischen Befragung. StV 1983, 293–296.
- Teuter, Leo*, Die Beordnung eines Pflichtverteidigers im Ermittlungsverfahren, speziell in Haftsachen. StV 2005, 233–240.
- Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, R. Murat*, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku. 10. Aufl. Ankara 2013.
- Tezcan, Durmuş/Erdem, Ruhan Mustafa/Sancakdar, Oğuz*, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu. 2. Aufl. Ankara 2004.
- Theismann, Hendrik*, Die rechtliche Zulässigkeit einer zwangsweisen Verabreichung von Emetika. Berlin 2008.
- Thielmann, Jochen*, „Ihnen ist ein Pflichtverteidiger beizuordnen!“ – Zur Belehrung des Verhafteten über die Beordnung eines Pflichtverteidigers im Haftbefehlverkündungstermin. HRRS 7-8/2013, 283–291.
- Thienel, Tobias*, The Admissibility of Evidence Obtained by Torture under International Law. EJIL 2006, 349–367.
- Toroslu, Nevzat*, Şüpheli, Sanık veya Üçüncü Kişilerin Bedenlerine Delil, Eser, İz ve Emare elde etmek amacıyla Müdahale İmkânı Veren Hükümler ve Tedbirler. In: Hukuk Kurultayı 2000, Band 2. Ankara 2000, S. 325–328. [Zitiert: *Toroslu*, Sanık Bedenine Müdahale]
- Hukuka Aykırı Deliller Sorunu. In: Hamide Topçuoğlu'na Armağan. Ankara 1995, S. 55–58. [Zitiert: *Toroslu*, Topçuoğlu Armağanı]
- Ceza Muhakemesinde Yapılan Son Değişiklikler. İHY 14/1992, 13–24.
- Toroslu, Nevzat/Feyzioğlu, Metin*, Ceza Muhakemesi Hukuku. Ankara 2012.
- Tosun, Öztekin*, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri. Band I: Genel Kısım. 4. Aufl. İstanbul 1984.
- Ceza ve Medeni Muhakeme Hukuku Açısından Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilmiş Delillerin İspat Kuvveti. İstanbul 1976. [Zitiert: *Tosun*, Hukuka Aykırı Deliller]
- Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Gizli Dinleme. İÜHF 41/1975, 85–108.
- Tosun, Öztekin/Gürelli, Nevzat*, Heycan Göstergesi İle Yalanın Bulunması ve Ceza Hukuku. İÜHF 30/1964, 498–544.
- Tozman, Önder*, Suçsuzluk Karinesi: Türk Hukukundaki Sonuçları. EÜHFD 11/2007, 315–353.
- Trechsel, Stefan*, Human Rights in Criminal Proceedings. Oxford 2006.

- Strafverteidigung mit der EMRK. In: 50 Jahre Grundgesetz – kritische Würdigung, europäische Bezüge in der Strafergerichtsbarkeit, 23. Strafverteidigertag vom 12.–14. März 2000 in Bremen, S. 25–32.
- Struktur und Funktion der Vermutung der Schuldlosigkeit. SJZ 1981, 317–324.
- Sanık Haklarının Suç Araştırmasına Etkisi (Umfrage über den Einfluss der Beschuldigtenrechte auf die Strafverfolgung), Polis akademisi Başkanlığı Yayınları. Ankara 2002. [Zitiert: Umfrage]
- Umfrage → Sanık Haklarının Suç Araştırmasına Etkisi
- Uygun, Mehmet*, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (1992-1993-1994-1995-1996). Ankara 1997.
- Üçok, Coşkun/Mumcu, Ahmet/Bozkurt, Gülnihal*, Türk Hukuk Tarihi. 13. Aufl. Ankara 2008.
- Üçok, Coşkun*, Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler. AÜHFD 1946, 125–146.
- Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler III. AÜHFD 1947, 48–73.
- Ünver, Yener*, Das türkische Strafrecht und Europa, http://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02150100/TWAS/Materialien/Dtt_UEnver.pdf [Stand: 14.05.2014], S. 317–403.
- Adli ve Önleme Yakalaması (Muhafaza Altına Alma), Gözaltına Alma. In: TCK-CMK-Kabahatler Kanunu ve ilgili Yönetmeliklerin Uygulamalarının Değerlendirilmesi Semineri Tebliğleri. Ankara 2006, S. 265–282.
- Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız. CHD 2006, 103–205.
- Ünver, Yener/Hakeri, Hakan*, Ceza Muhakemesi Hukuku, Band 1.. 8. Aufl. Ankara 2013.
- Ceza Muhakemesi Hukuku, Band 2. 7. Aufl. Ankara 2013.
- Üskül, Zafer*, Siyaset ve Asker, Cumhuriyet Döneminde Sıkıyönetim Uygulamaları. İstanbul 1989.
- Üzülmez, İlhan*, Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları. TBBD 58/2005, 41–72.
- Ventzke, Klaus-Ulrich*, Anmerkung zum BGH Urt. v. 21.05.1996 – 1 StR 154/96 (BGHSt 42, 170). StV 1996, 524–526.
- Verrel, Torsten*, Selbstbelastungsfreiheit und Täuschungsverbot bei verdeckten Ermittlungen. In: Hans-Ullrich Paeffgen (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe. Berlin 2011, S. 1629–1646.
- Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren. Ein Beitrag zur Konturierung eines überdehnten Verfahrensgrundsatzes. Habil. München 2001.
- Nemo tenetur – Rekonstruktion eines Verfahrensgrundsatzes, 1. Teil. NStZ 1997, 361–365.
- Nemo tenetur – Rekonstruktion eines Verfahrensgrundsatzes, 2. Teil. NStZ 1997, 415–420.

- Villiger, Mark E.*, Neuere Entwicklungen in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Artikel 3 EMRK. In: Daniel Thürer (Hrsg.), EMRK: Neuere Entwicklungen. Basel 2005, S. 61–78. [Zitiert: *Villiger*, zu Artikel 3 EMRK]
- Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention. 2. Aufl. Zürich 1999.
- Volk, Klaus*, Grundkurs StPO. 7. Aufl. München 2010.
- Die Anwesenheitspflicht des Angeklagten – ein Anachronismus. In: Heinz Schöch u.a. (Hrsg.), Festschrift für Reinhard Böttcher zum 70. Geburtstag. Berlin 2007, S. 213–221.
- von Arnim, Dorothee*, Die Verwertbarkeit widerrechtlich erlangter Beweismittel in Fällen der Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit („*nemo tenetur se ipsum accusare*“) nach deutschem Recht und nach der Europäischen Menschenrechtskonvention. In: Gilbert-Hanno Gornig u.a. (Hrsg.), *Iustitia et Pax*. Gedächtnisschrift für Dieter Blumenwitz. Berlin 2008, S. 265–292.
- von Coelln, Christian*, Studienkommentar zum Grundgesetz. München 2013. [Zitiert: *StK-GG-von Coelln*]
- von Freier, Friedrich*, Selbstbelastungsfreiheit für Verbandspersonen. ZStW 122/2010, 118–156.
- von Gerlach, Jürgen*, Die Vernehmung des Beschuldigten und der Schutz vor Selbstbeschuldigung im deutschen und anglo-amerikanischen Strafverfahren. In: Udo Ebert u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Walter Hanack. Berlin 1999, S. 117–143.
- von Heintschel-Heinegg, Bernd*, Beschuldigteneigenschaft und Belehrungspflicht. JA 2008, 151–153.
- von Tornaauw, Nicolaus*, Das Moslemische Recht aus den Quellen dargestellt. Leipzig 1855.
- Wagner, Heinz*, Anmerkung zum BGH, Urt. v. 28.04.1987 – 5 StR 666/86. NStZ 1989, 34–35.
- Ward, Tim/Gardner, Piers*, The Privilege Against Self-Incrimination: In Search of Legal Certainty. E.H.R.L.R 2003, 388–398.
- Warnking, Vera*, Strafprozessuale Beweisverbote in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht. Frankfurt a.M 2009.
- Wastl, Ulrich/Litzka, Philippe/Pusch, Martin*, SEC-Ermittlungen in Deutschland – eine Umgehung rechtstaatlicher Mindeststandards! NStZ 2009, 68–74.
- Wedekind, Rudolf*, Die Verfassung der Türkischen Republik vom 7. November 1982 in deutscher Sprache mit Kommentar. Hannover 1984.
- Weider, Hans-Joachim*, Das Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts. StV 2010, 102–108.
- Weigend, Thomas*, Deutschland als Folterstaat? Zur Aktualität und Interpretation von Artikel 3 EMRK. In: Buruma Ybo (Hrsg.), *Op het rechte pad. Liber amicorum Peter J.P. Tak*. Nijmegen 2008, S. 321–338.
- Anmerkung zum LG Frankfurt a.M. Beschluss v. 09.04.2003 – 5/22 Ks 3490 Js 230118/02 (Gäffen-Fall). StV 2003, 436–441.

- Die Europäische Menschenrechtskonvention als deutsches Recht – Kollisionen und ihre Lösung. StV 2000, 384–389.
- Weiler, Edgar*, Befragung von Beschuldigten oder aussageverweigerungsberechtigten Zeugen im Ermittlungsverfahren durch V-Leute. GA 1996, 101–116.
- Weiß, Norman*, Schutz vor Folter, Rechtliche Grundlagen und Durchsetzungsmechanismen. In: Norman Weiß/Dirk Engel/Gianni d’Amato, Menschenrechte. Vorträge zu ausgewählten Fragen. Berlin 1997, S. 57–87.
- Weiß, Wolfgang*, Der Schutz des Rechts auf Aussageverweigerung durch die EMRK. NJW 1999, 2236–2237.
- Haben juristische Personen ein Aussageverweigerungsrecht? JZ 1998, 289–297.
- Wessels, Johannes*, Schweigen und Leugnen im Strafverfahren. JuS 1966, 169–176.
- Weßlau, Edda*, Zwang, Täuschung und Heimlichkeit im Strafverfahren. ZStW 110/1998, 1–37.
- Widmaier, Gunter*, Anmerkung zum Urt. des BGH v. 18.04.2002 – 3 StR 370/01. JR 2004, 85–86.
- Wieder, Hans-Joachim*, Das Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts. StV 2010, 102–108.
- Wimmer, August*, Gestehen und Leugnen im Strafprozess. ZStW 50/1930, 538–596.
- Windthorst, Kay*, Studienkommentar zum Grundgesetz. München 2013. [Zitiert: StK-GG-Windthorst]
- Wohlers, Wolfgang*, Anmerkung zum BGH Beschluss v. 08.11.2006 – 1 StR 454/06. JR 2007, 126–127.
- Die rückwirkende Beordnung eines Pflichtverteidigers: zur Umsetzung des Anspruchs auf Verteidigung in den Fällen erbetener Verteidigung. StV 2007, 376–379.
- Anmerkung zum BGH Urt. 22.11.2001 – 1 StR 220/01 (BGHSt 47, 172). JR 2002, 294–297.
- Wolff, Heinrich Amadeus*, Selbstbelastung und Verfahrenstrennung. Das Verbot des Zwangs zur aktiven Mitwirkung am eigenen Strafverfahren und seine Ausstrahlungswirkung auf die gesetzlichen Mitwirkungspflichten des Verwaltungsrechts. Berlin 1997.
- Wolflast, Gabriele*, Beweisführung durch heimliche Tonbandaufzeichnung – Besprechung des BGH-Urteils v. 09.04.1986 – 3 StR 551/113. NStZ 1987, 103–106.
- Wollweber, Harald*, Anmerkung zur BGH Urt. v. 20.06.1997 – 2 StR 130/97. StV 1999, 355–357.
- Anmerkung zum BGH Urt. v. 07.01.1997 – 1 StR 666/96. NStZ 1998, 331.
- Wolter, Jürgen*, Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Band II (§§ 94–136a). 4. Aufl. München u.a. 2010. [Zitiert: SK-StPO-Wolter]
- Heimliche und automatisierte Informationseingriffe wider Datengrundrechtsschutz – Gesamtanpassung vor Gesamtreform von Strafprozess- und Polizeirecht, Teil 2. GA 1988, 129–142.

- Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa*, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Band 6. 2. Aufl. Ankara 2014.
- Yazıcı, Gürcan*, 42/1769 No’lu Samsun Şer’iye Sicili’nin Transkrip ve Tahlili. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. Samsun 2006.
- Yenisey, Feridun*, Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil. CHD 4/2007, 5–60.
- Sanık Haklarının Anayasa Mahkemesi Tarafından Korunması. AYD 12/1995, 121–135.
 - Temyizin Genişletilmesi Sorunu. İÜHF 52/1986-1987, 117–143.
- Yıldırım, Ali*, Yargılama Hukuku ve İşkence Olgusu. ABD 1/1989, 31–48.
- Sanığın Susma Hakkı. ABD 5-6/1998, 682–701.
- Yıldız, Ali Kemal*, Beweiswürdigung und Beweisverwertungsverbote im türkischen Strafprozessrecht nach der Strafprozessreform. Annales 50/2001, 105–112.
- Yörür, Canan*, 259 Numaralı Adıyaman Kadı Sicili H (1312) (1895) (1-90. Sayfalar). Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Kahramanmaraş 2006.
- Yurtcan, Erdener*, Ceza Yargılaması Hukuku. 11. Aufl. İstanbul 2005.
- Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Delile Dayanma Yasağı. In: Nurullah Kunter’e Armağan. İstanbul 1998, S. 519–524. [Zitiert: *Yurtcan*, Kunter Armağanı]
- Yüce, Turhan Tüfan*, Sanığın Savunması ve Korunması Açısından Ceza Soruşturmasının Ümanist İlkeleri. TBBD 1/1988, 156–165.
- Zaczkyk, Rainer*, Anmerkung zum Urteil des KG v. 08.05.2001 – (4) 1 Ss 180/99. StV 2002, 125–127.
- Zarinebaf, Fariba*, Crime and Punishment in Istanbul 1700–1800. Berkeley 2010.
- Zerbes, Ingeborg*, Spitzeln, Spähen. Spionieren. Sprengung strafprozessualer Grenzen durch geheime Zugriffe auf Kommunikation. Habil. Wien 2009.
- Zippelius, Reinhold*, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 57. Lfg. Dezember 1989 Band 1 (Einleitung Art. 1–3).
- Zöller, Mark A.*, Heimliche und verdeckte Ermittlungsmaßnahmen im Strafverfahren. ZStW 124/2012, 411–439.
- Zuck, Rüdiger*, Faires Verfahren und der Nemo tenetur-Grundsatz bei der Besuchsüberwachung in der Untersuchungshaft – zugleich Anmerkung zu BGH Ur. v. 29.04.2009 – 1 StR 701/08 (BGHSt 53, 295). JR 2010, 17–21.

Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht

Die zentralen Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht werden in Zusammenarbeit mit dem Verlag Duncker & Humblot in den folgenden vier Unterreihen der „Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht“ vertrieben:

- „Strafrechtliche Forschungsberichte“,
- „Kriminologische Forschungsberichte“,
- „Interdisziplinäre Forschungen aus Strafrecht und Kriminologie“ sowie
- „Sammlung ausländischer Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung“.

Diese Publikationen können direkt über das Max-Planck-Institut unter <www.mpicc.de> oder über den Verlag Duncker & Humblot unter <www.duncker-humblot.de> erworben werden.

Darüber hinaus erscheinen im Hausverlag des Max-Planck-Instituts in der Unterreihe „research in brief“ zusammenfassende Kurzbeschreibungen von Forschungsergebnissen und in der Unterreihe „Arbeitsberichte“ Veröffentlichungen vorläufiger Forschungsergebnisse. Diese Veröffentlichungen können über das Max-Planck-Institut bezogen werden.

Detaillierte Informationen zu den einzelnen Publikationen des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht sind unter <www.mpicc.de> abrufbar.

The main research activities of the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law are published in the following four subseries of the “Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht” (Research Series of the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law), which are distributed in cooperation with the publisher Duncker & Humblot:

- “Strafrechtliche Forschungsberichte” (Reports on Research in Criminal Law),
- “Kriminologische Forschungsberichte” (Reports on Research in Criminology),
- “Interdisziplinäre Forschungen aus Strafrecht und Kriminologie” (Reports on Interdisciplinary Research in Criminal Law and Criminology), and
- “Sammlung ausländischer Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung” (Collection of Foreign Criminal Laws in German Translation).

These publications can be ordered from the Max Planck Institute at <www.mpicc.de> or from Duncker & Humblot at <www.duncker-humblot.de>.

Two additional subseries are published directly by the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law: “research in brief” contains short reports on results of research activities, and “Arbeitsberichte” (working materials) present preliminary results of research projects. These publications are available at the Max Planck Institute.

Detailed information on all publications of the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law can be found at <www.mpicc.de>.



Auswahl aus dem strafrechtlichen Forschungsprogramm:

- S 152 *Albin Eser / Walter Perron (Hrsg.)*
**Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit
und Sanktionierung in Europa**
Zugleich ein Beitrag zur Theorie der Strafrechtsvergleichung
2015 • 1147 Seiten • ISBN 978-3-86113-802-0 € 66,00
- S 151 *Emmanouil Billis*
**Die Rolle des Richters im adversatorischen und im
inquisitorischen Beweisverfahren**
Modelltheoretische Ansätze, englisches und deutsches
Beweisführungssystem, internationalrechtliche Dimensionen
2015 • 503 Seiten • ISBN 978-3-86113-804-4 € 44,00
- S 150 *Ulrich Sieber / Benjamin Vogel*
Terrorismusfinanzierung
Prävention im Spannungsfeld von internationalen
Vorgaben und nationalem Tatstrafrecht
2015 • 237 Seiten • ISBN 978-3-86113-805-1 € 35,00
- S 149 *Stefan Drackert*
Die Risiken der Verarbeitung personenbezogener Daten
Eine Untersuchung zu den Grundlagen des Datenschutzrechts
2014 • 338 Seiten • ISBN 978-3-86113-806-8 € 35,00
- S 148 *Harald Weiß*
Haft ohne Urteil
Strafprozessuale Freiheitsentziehungen
im deutsch-französischen Vergleich
2015 • 891 Seiten • ISBN 978-3-86113-807-5 € 60,00
- S 147 *Lennart M. Hügél*
**Strafbarkeit der Anschlagsvorbereitung durch terroristische
Einzeltäter und deren Unterstützer**
Eine rechtsvergleichende Untersuchung anhand der deutschen
und amerikanischen Rechtsordnung
2014 • 260 Seiten • ISBN 978-3-86113-808-2 € 35,00
- S 146 *Jon Petter Rui / Ulrich Sieber (eds.)*
Non-Conviction-Based Confiscation in Europe
Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation
without a Criminal Conviction
2015 • 306 Seiten • ISBN 978-3-86113-809-9 € 40,00
- S 145 *Xenia Lang*
**Geheimdienstinformationen
im deutschen und amerikanischen Strafprozess**
2014 • 400 Seiten • ISBN 978-3-86113-811-2 € 41,00



Auswahl aus dem strafrechtlichen Forschungsprogramm:

- S 128.1.1 *Ulrich Sieber / Konstanze Jarvers / Emily Silverman* (eds.)
National Criminal Law in a Comparative Legal Context
Volume 1.1: Introduction to National Systems
2013 • 314 Seiten • ISBN 978-3-86113-822-8 € 40,00
- S 128.1.2 Volume 1.2: Introduction to National Systems
2013 • 363 Seiten • ISBN 978-3-86113-826-6 € 43,00
- S 128.1.3 Volume 1.3: Introduction to National Systems
2014 • 297 Seiten • ISBN 978-3-86113-818-1 € 40,00
- S 128.1.4 Volume 1.4: Introduction to National Systems
2014 • 391 Seiten • ISBN 978-3-86113-810-5 € 43,00
- S 128.2.1 *Ulrich Sieber / Susanne Forster / Konstanze Jarvers* (eds.)
Volume 2.1: General limitations on the application
of criminal law
2011 • 399 Seiten • ISBN 978-3-86113-834-1 € 43,00
- S 128.3.1 Volume 3.1: Defining criminal conduct
2011 • 519 Seiten • ISBN 978-3-86113-833-4 € 46,00
- S 128.4.1 *Ulrich Sieber / Konstanze Jarvers / Emily Silverman* (eds.)
Volume 4.1: Special forms of criminal liability
2015 • 401 Seiten • ISBN 978-3-86113-803-7 € 43,00
- S 114.1 *Ulrich Sieber/Karin Cornils* (Hrsg.)
Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung
– Allgemeiner Teil –
Band 1: Grundlagen
2009 • 790 Seiten • ISBN 978-3-86113-849-5 € 55,00
- S 114.2 Band 2: Gesetzlichkeitsprinzip – Internationaler Geltungs-
bereich – Begriff und Systematisierung der Straftat
2008 • 470 Seiten • ISBN 978-3-86113-860-0 € 41,00
- S 114.3 Band 3: Objektive Tatseite – Subjektive Tatseite –
Strafbares Verhalten vor der Tatvollendung
2008 • 490 Seiten • ISBN 978-3-86113-859-4 € 41,00
- S 114.4 Band 4: Tatbeteiligung – Straftaten in Unternehmen,
Verbänden und anderen Kollektiven
2010 • 527 Seiten • ISBN 978-3-86113-842-6 € 45,00
- S 114.5 Band 5: Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit –
Aufhebung der Strafbarkeit – Verjährung
2010 • 718 Seiten • ISBN 978-3-86113-841-9 € 55,00



Auswahl aktueller Publikationen aus den kriminologischen Veröffentlichungsreihen:

- K 171 *Rita Haverkamp, Harald Arnold* (Hrsg.)
**Subjektive und objektivierte Bedingungen
von (Un-)Sicherheit**
Studien zum Barometer Sicherheit in Deutschland (BaSiD)
Berlin 2015 • 384 Seiten • ISBN 978-3-86113-254-7 € 38,00
- K 170 *Moritz Tauschwitz*
Die Dopingverfolgung in Deutschland und Spanien
Eine strafrechtliche und kriminologische Untersuchung
Berlin 2015 • 332 Seiten • ISBN 978-3-86113-253-0 € 37,00
- K 169 *Andreas Schwedler, Gunda Wössner*
Elektronische Aufsicht bei vollzugsöffnenden Maßnahmen
Implementation, Akzeptanz und psychosoziale Effekte
des baden-württembergischen Modellprojekts
Berlin 2015 • 126 Seiten • ISBN 978-3-86113-252-3 € 25,00
- K 168 *Daniela Hunold*
Polizei im Revier
Polizeiliche Handlungspraxis gegenüber Jugendlichen
in der multiethnischen Stadt
Berlin 2015 • 288 Seiten • ISBN 978-3-86113-251-6 € 35,00
- K 167 *Christopher Murphy*
**“Come in Spinner” – Money Laundering in the Australian
Casino Industry**
Berlin 2014 • 152 Seiten • ISBN 978-3-86113-250-9 € 29,00
- K 166 *Ramin Tehrani*
**Die „Smart Sanctions“ im Kampf gegen den Terrorismus
und als Vorbild einer präventiven Vermögensabschöpfung**
Berlin 2014 • 256 Seiten • ISBN 978-3-86113-247-9 € 35,00
- K 165 *Daniela Cernko*
Die Umsetzung der CPT-Empfehlungen im deutschen Strafvollzug
Eine Untersuchung über den Einfluss des Europäischen Komitees
zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender
Behandlung oder Strafe auf die deutsche Strafvollzugsverwaltung
Berlin 2014 • 455 Seiten • ISBN 978-3-86113-246-2 € 39,00
- K 164 *Franziska Kunz*
Kriminalität älterer Menschen
Beschreibung und Erklärung auf der Basis von Selbstberichtsdaten
Berlin 2014 • 387 Seiten • ISBN 978-3-86113-244-8 € 35,00
- BC 1 *Anna-Maria Getoš Kalac, Hans-Jörg Albrecht, Michael Kilchling* (eds.)
Mapping the Criminological Landscape of the Balkans
A Survey on Criminology and Crime
with an Expedition into the Criminal Landscape of the Balkans
Berlin 2014 • 540 Seiten • ISBN 978-3-86113-248-6 € 44,00