ALBIN ESER

Der Schutz vor Selbstbezichtigung im
deutschen Strafprozeßrecht

Der Schutz vor Selbstbezichtigung im deutschen Strafprozeßrecht*

Von Professor Dr. Albin Eser, Bielefeld

I. Die allgemeine Entwicklungstendenz

Wo auch immer man sich heute in den westlichen Rechtskreisen um eine Reform des Strafverfahrens bemüht, gleich ob auf dem Wege der Gesetzgebung wie in Italien, Österreich oder Deutschland, oder gleich ob durch richtungsweisende Judikatur wie in England oder den USA, überall ist ein etwa gleichgerichteter Trend festzustellen: eine Verstärkung der Rechte des Beschuldigten im Strafverfahren¹.

Dies geschieht auf zweierlei Weise: Zum einen wird gewissermaßen der verfassungsrechtliche Cordon um den Beschuldigten verstärkt, indem er sowohl in seiner Willensbildung wie in seinen Äußerungen davor geschützt wird, zum Objekt der ihm übermächtig erscheinenden Strafverfolgungsbehörde und damit zum Überführungszeugen gegen sich selbst zu werden. Zum anderen sollen — über jenen gleichsam passiven Schutz hinaus — auch die aktiven Verteidigungsrechte des Beschuldigten ausgebaut werden, um auf diesem Wege eine größere Chancengleichheit zwischen Strafverfolgung und Verteidigung zu gewährleisten.

Zentralpunkt jener „passiven“ Verteidigung ist das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen. Denn solange die Unschuldsvermutung und der Grundsatz „in dubio pro reo“ Gültigkeit haben, ist bereits das Schweigen des Beschuldigten ein Mittel der Verteidigung; und zwar nicht nur dort, wo die wahrheitsgemäße Aussage zugleich das Eingeständnis der Schuld bedeuten würde, sondern auch dann, wenn eine objektiv wahre und an sich nicht belastende Aussage in der Unsicherheit der Prozeßsituation letzt-

* Für wertvolle Mitarbeit habe ich Herrn Assessor Dr. Günther Gollner zu danken.

¹ Näher Eser, Aussagefreiheit und Beistand des Verteidigers im Ermittlungsverfahren, Rechtsvergleichende Beobachtungen zur Rechtsstellung des Beschuldigten, ZStW (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft) 79 (1967), S. 213 ff.

lich doch als belastende gewertet werden könnte, was sich erfahrungsgemäß nie ganz ausschließen läßt. Deshalb soll durch den nahezu naturrechtlichen Grundsatz des „nemo tenetur prodere seipsum“ der Beschuldigte nicht nur vor zwangsweiser Abnötigung eines Geständnisses bewahrt werden, sondern darüber hinaus stets Herr seiner Aussagefreiheit bleiben können; denn erst durch sein Recht zum Schweigen wird er wirklich davor geschützt, daß sein eigenes Wort zum Beweismittel der Anklage wird.

Auch in Deutschland waren die Bemühungen um eine Reform des Strafverfahrensrechts, die bis ins erste Jahrzehnt dieses Jahrhunderts zurückreichen, immer wieder darauf gerichtet, diesen Schutz- und Verteidigungsinteressen des Beschuldigten in verstärktem Maße Rechnung zu tragen. Erste Fortschritte in diese Richtung brachten aber freilich erst das sogen. Vereinheitlichungsgesetz von 1950² sowie die sogen. „kleine“ Strafprozeßnovelle von 1964 (StPÄG)³, durch die immerhin eine Teilreform des Schweigerechts, nämlich der negativen Aussagefreiheit, erreicht wurde. Wie es allerdings von da aus weitergehen wird, ist noch ungewiß; denn der seit Juli 1972 vorliegende Entwurf für eine umfassende Reform des Strafverfahrensrechts (1. StVRG)⁴ könnte in mancherlei Hinsicht sogar einen Rückschritt darstellen, wenn darin nicht nur die gerichtliche Voruntersuchung abgeschafft, sondern auch die Schlußgehöre eingeschränkt und damit gewisse Verteidigungsrechte wieder abgebaut werden sollten⁵.

Immerhin soll aber jedenfalls das Schweigerecht des Beschuldigten unangetastet bleiben. Ohne hier bei Charakterisierung der allgemeinen Tendenz bereits auf Einzelheiten eingehen zu wollen, läßt sich das Grundanliegen des StPÄG von 1964 darin sehen, dem Beschuldigten möglichst frühzeitig Klarheit über seine Lage und seine Rechte zu verschaffen. Zu diesem Zweck ist er bereits bei seiner ersten Vernehmung über seine Aussagefreiheit, die ihm in

² Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete des GVG, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts vom 12. 9. 1950 (BGBl. I, S. 455).

³ Gesetz zur Änderung der StPO und des GVG (StPÄG) vom 19. 12. 1964 (BGBl. I, S. 1067).

⁴ Dieser Entwurf liegt als Bundestagsdrucksache VI/3478 vor.

⁵ Vgl. dazu Bundestagsdrucksache VI/3478, S. 44 ff.; den Änderungsvorschlägen liegt das Streben nach Konzentration und Verkürzung des Strafverfahrens zugrunde, dem im Rahmen der Güterabwägung gegenüber den nur selten genutzten Rechten der Schlußanhörung und des Schlußgehörs die Priorität zugewiesen wurde.

allen Phasen des Strafverfahrens zusteht, zu belehren⁶. In Verbindung damit, was freilich nicht immer klar genug erkannt wird,

⁶ Die wichtigsten einschlägigen Vorschriften haben folgenden Wortlaut:

§ 136 StPO

I. Bei Beginn der ersten Vernehmung ist dem Beschuldigten zu eröffnen, welche Tat ihm zur 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. In geeigneten Fällen soll der Beschuldigte auch darauf hingewiesen werden, daß er sich schriftlich äußern kann.

II. Die Vernehmung soll dem Beschuldigten Gelegenheit geben, die gegen ihn vorliegenden Verdachtsgründe zu beseitigen und die zu seinen Gunsten sprechenden Tatsachen geltend zu machen.

III. Bei der ersten Vernehmung des Beschuldigten ist zugleich auf die Ermittlung seiner persönlichen Verhältnisse Bedacht zu nehmen.

§ 136 a StPO

I. Die Freiheit der Willensentschließung und der Willensbestätigung 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.

Maßnahmen, die das Erinnerungsvermögen oder die Einsichtsfähigkeit des Beschuldigten beeinträchtigen, sind nicht gestattet.

III. Das Verbot der Absätze 1 und 2 gilt ohne Rücksicht auf die Einwilligung des Beschuldigten. Aussagen, die unter Verletzung dieses Verbots zustandegekommen sind, dürfen auch dann nicht verwertet werden, wenn der Beschuldigte der Verwertung zustimmt.

§ 163 a StPO

I. Der Beschuldigte ist spätestens vor dem Abschluß der Ermittlungen zu vernehmen, es sei denn, daß das Verfahren zur Einstellung führt. In einfachen Sachen genügt es, daß ihm Gelegenheit gegeben wird, sich schriftlich zu äußern.

II. Beantragt der Beschuldigte zu seiner Entlastung die Aufnahme von Beweisen, so sind sie zu erheben, wenn sie von Bedeutung sind.

III. Bei der Vernehmung des Beschuldigten durch die Staatsanwaltschaft sind die §§ 136 und 136 a anzuwenden.

IV. 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

werden ferner gewisse Verteidigungsrechte zu sehen sein, die durch das StPÄG ebenfalls ausgeweitet wurden: so das Recht zur Beiziehung eines Verteidigers, das Recht auf Schlußgehör vor Ende des staatsanwaltschaftlichen Verfahrens, also noch vor Erhebung der Anklage, sowie bestimmte Mitwirkungsrechte in der richterlichen Voruntersuchung, und zwar insbesondere das Recht des Verteidigers auf Akteneinsicht. Erst wenn man all diese passiven und aktiven Verteidigungsmittel in ihrem inneren Zusammenhang mit den Informationen sieht, die ihm über die vorgeworfene Tat zu geben sind, wird deutlich, daß der Beschuldigte nur auf diese Weise in die Lage versetzt wird, durch entsprechenden Aufbau seiner Verteidigung die ihm zustehende Unschuldsvermutung aufrechtzuerhalten oder gar seine Unschuld zu beweisen. Denn nur wenn er weiß, wogegen er sich eigentlich zu verteidigen hat, wird für ihn sein Recht zu schweigen oder auszusagen überhaupt erst realisierbar. Somit sind alle diese Rechte, wenn auch teils nur mittelbar, so letztlich doch auf den Schutz des Beschuldigten vor ungewollter Selbstbezüglichung gerichtet.

durch Beamte des Polizeidienstes § 136 Abs. 1 Satz 2 und 3, Abs. 2, 3 und § 136 a anzuwenden.

V. Bei der Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen durch die Staatsanwaltschaft oder durch Beamte des Polizeidienstes sind § 52 Abs. 2, § 55 Abs. 2 und § 136 a entsprechend anzuwenden.

§ 243 StPO

I. Die Hauptverhandlung beginnt mit dem Aufruf der Sache. Der Vorsitzende stellt fest, ob der Angeklagte und der Verteidiger anwesend und die Beweismittel herbeigeschafft, insbesondere die geladenen Zeugen und Sachverständigen erschienen sind.

II. Die Zeugen verlassen den Sitzungssaal. Der Vorsitzende vernimmt den Angeklagten über seine persönlichen Verhältnisse.

III. Darauf verliest der Staatsanwalt den Anklagesatz. Dabei legt er in den Fällen des § 207 Abs. 3 die neue Anklageschrift zugrunde. In den Fällen des § 207 Abs. 2 Nr. 3 trägt der Staatsanwalt den Anklagesatz mit der dem Eröffnungsbeschluß zugrunde liegenden rechtlichen Würdigung vor; außerdem kann er seine abweichende Rechtsauffassung äußern. In den Fällen des § 207 Abs. 2 Nr. 4 berücksichtigt er die Äußerungen, die das Gericht bei der Zulassung der Anklage zur Hauptverhandlung beschlossen hat.

IV. Sodann wird der Angeklagte darauf hingewiesen, daß es ihm freistehe, sich zu der Anklage zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen. Ist der Angeklagte zur Äußerung bereit, so wird er nach Maßgabe des § 136 Abs. 2 zur Sache vernommen. Vorstrafen des Angeklagten sollen nur insoweit festgestellt werden, als sie für die Entscheidung von Bedeutung sind. Wann sie festgestellt werden, bestimmt der Vorsitzende.

II. Geschichtlicher Rückblick

Um den Stand und das Ausmaß dieser gegenwärtigen Gewährleistung des „Privilege against self-incrimination“ angemessen würdigen zu können, empfiehlt sich ein kurzer Rückblick auf die bisherige Entwicklungsgeschichte. Daraus wird deutlich, daß das Recht vor Selbstbezüglichung im Grundsatz zwar schon seit langem anerkannt wird, seine prozessuale Absicherung jedoch erst allmählich durchgesetzt werden konnte. So hatte beispielsweise noch die jüngste einzelstaatliche StPO vor der Reichsgründung von 1871, nämlich die hamburgische von 1869, sowohl dem Beschuldigten als auch dem Zeugen die Pflicht auferlegt, über alles, was ihm hinsichtlich des Untersuchungsgegenstandes bekannt war, Auskunft zu erteilen. Demgegenüber stellen jedoch bereits die Motive zum Entwurf einer reichseinheitlichen deutschen StPO von 1877 den Grundsatz auf, daß vom Beschuldigten nicht gefordert werden könne, gegen seinen Willen zu seiner eigenen Überführung beizutragen⁷. Dieses Privileg jedoch dadurch abzusichern, daß der Beschuldigte auf sein Recht zu schweigen ausdrücklich hinzuweisen sei, eine solche Anregung wurde noch an gleicher Stelle abgelehnt; denn man befürchtete, diese Belehrung könne den Eindruck erwecken, als solle die sittliche Pflicht des Beschuldigten zu wahrheitsgemäßen Aussagen verneint

⁷ Vgl. Motive zu dem Entwurf einer deutschen Strafprozeßordnung, Berlin 1872, S. 93. Bemerkenswert ist zu der hier interessierenden Frage die arge Diskrepanz zwischen Aussagekraft des Gesetzestextes über die Rechte des Beschuldigten und dem von den Motiven intendierten Gehalt. So wird dort dem § 119 Abs. 1: „Die Vernehmung soll dem Beschuldigten Gelegenheit zu seiner Rechtfertigung und zur Beseitigung der gegen ihn sprechenden Verdachtsgründe geben“ folgende weitreichende Aussage beigemessen (S. 93): „... es kann aber nicht gefordert werden, daß der Beschuldigte gegen seinen Willen zu seiner Überführung beitrage. Dadurch wird auch jeder mittelbare Zwang, welcher die Herbeiführung unfreiwilliger Eröffnungen bezweckt, ausgeschlossen, namentlich die Vorlegung von Fragen, deren Tragweite und Zusammenhang mit dem Belastungsbeweis der Beschuldigte nicht übersieht“.

Dieses liberale Selbstverständnis des Gesetzgebers von der Rolle des Beschuldigten im Strafprozeß hat in die Rechtsprechung nicht Eingang gefunden. Im Jahr 1950 bedurfte es der Schaffung des § 136 a StPO, der noch nicht einmal so weit geht wie der Entwurf von 1873, heißt es doch bei *Kleinknecht*, Strafprozeßordnung, Kommentar, 30. Aufl. 1971, § 136 a 2 A e: „Es ist keineswegs jede Überlistung verboten, sondern nur Täuschung mit Beeinträchtigung der Freiheit des Willens . . .“. Legt man den historischen Gesetzgeber als Maßstab an, stellt die heutige Ansicht in diesem Punkt einen Rückschritt dar.

werden; auch könne durch eine solche Belehrung der Beschuldigte leicht dazu verleitet werden, mit jeder Einlassung zurückzuhalten und damit seiner eigenen Sache zu schaden, weil der Richter häufig geneigt sein werde, selbst ein rechtmäßiges Schweigen des Beschuldigten zu seinem Nachteil zu deuten. Allenfalls wollte der damalige Entwurf in Erwägung ziehen, daß der Beschuldigte vom Richter darauf hinzuweisen sei, daß seine Aussagen als Beweismittel gegen ihn verwendet werden könnten. Insoweit bezogen sich die Motive ausdrücklich auf das damalige englische Vorbild⁸.

Diese Begründung ist zugleich symptomatisch für die beiden Prozeßgrundsätze, die ebenso wie damals auch heute noch bei Ausgestaltung der Aussagefreiheit in einem gewissen Widerspruch miteinander liegen: auf der einen Seite das (gemeinrechtliche) exzessive *Inquisitionsprinzip*, ausgerichtet allein auf Wahrheitsfindung um jeden Preis und sei es um den Preis der Folter, die den Beschuldigten zum bloßen Objekt des Prozesses macht; auf der anderen Seite das moderne Prinzip der *Justizförmigkeit*, wonach die Wahrheitserforschung *unverzichtbare Menschenrechte* zu respektieren hat und daher bis zu einem gewissen Grade beschränkt ist. Freilich, dieses Spannungsverhältnis zwischen der Wahrheitsermittlungsmaxime einerseits und der Respektierung der Aussagefreiheit andererseits war mit dem Grundsatz, daß vom Beschuldigten kein Beitrag zu seiner eigenen Überführung gefordert werden dürfe, noch keineswegs gelöst, ja im Grunde waren damit erst all die Probleme geschaffen, die die Rechtsprechung und Lehre auch heute noch beschäftigen: so insbesondere die Frage, welche Bedeutung der Institution des Schweigerechts im Prozeß angesichts der Pflicht zur Wahrheitserforschung zukommt, oder noch konkreter, ob und wie Erkenntnisse, die unter Verletzung der Aussagefreiheit gewonnen wurden, im Strafverfahren verwertet werden dürfen. Immerhin setzte sich aber aufgrund der schließlich in die StPO von 1877 aufgenommenen Vorschrift, daß der Beschuldigte bei Beginn der ersten richterlichen Vernehmung zu befragen sei, „ob er etwas auf die Beschuldigungen erwidern wolle“ (§ 136 StPO a. F.), die Ansicht durch, daß damit der Richter auch daran gehindert sei, auf ein Geständnis hinzuwirken⁹.

⁸ Motive 1872, S. 94.

⁹ Dies nicht zuletzt auch im Hinblick auf § 343 StGB, wo Aussageerpressung unter Strafe gestellt wird. Vgl. auch Löwe-Rosenberg, Strafprozeßordnung, 19. Aufl. 1934, § 136, Anm. 3.

Freilich bleibt zu beachten, daß sich diese Abkehr vom Inquisitionsprinzip durch verstärkte Achtung der Aussagefreiheit des Beschuldigten zunächst nur auf Vernehmungen durch den Richter, nicht dagegen auf polizeiliche oder staatsanwaltschaftliche Vernehmungen im Ermittlungsverfahren bezog¹⁰. Demzufolge waren bis zum Vereinheitlichungsgesetz von 1950, das durch § 136 a StPO den Schutz vor Geständniszwang brachte, die Organe der Polizei und der Staatsanwaltschaften in ihren Vernehmungsmethoden nur durch ihr Rechtsgefühl bzw. durch § 343 StGB (Aussageerpressung)¹¹ beschränkt, ein Zustand, der nach *Radbruch*¹² den Eindruck erweckte, „als hause die Strafrechtspflege in der Beletage, in der gepflegte Umgangsformen herrschen, die Kriminalpolizei aber in der Kellerwohnung darunter, in der rauhere Sitten üblich sind“. Insbesondere waren Polizei und Staatsanwaltschaften nicht einmal verpflichtet, den Beschuldigten auf sein Schweigerecht aufmerksam zu machen, so daß der schlecht oder überhaupt nicht beratene Beschuldigte regelmäßig im unklaren darüber gehalten wurde, ob und inwieweit er vor diesen Verfolgungsorganen zur Aussage verpflichtet war.

Diese unterschiedlichen Anforderungen an richterliche Vernehmungen einerseits und polizei- bzw. staatsanwaltschaftliche Verhöre andererseits führten zwangsläufig zu dem unglücklichen Ergebnis, daß der Richter unter Umständen Aussagen und Geständnisse, die ein Angeklagter ohne vorherige Belehrung über sein Schweigerecht im Rahmen des Ermittlungsverfahrens gemacht hatte, verwerten durfte, obwohl ihm als Richter bereits die Erlangung dieser Erkenntnisse ohne vorherige Belehrung verwehrt gewesen wäre.

Dieser unterschiedlichen Handhabung setzte erst das StPÄG von 1964 ein Ende. Denn seitdem sind auch Polizei und Staats-

¹⁰ Polizei und Staatsanwaltschaft wurden wegen ihrer Ermittlungsrolle für berechtigt gehalten, auf ein Geständnis hinzuwirken. Vgl. dazu *Radbruch* in: Festschrift für Sauer, 1949, S. 124. Andererseits war es zumindest zweifelhaft, ob nicht auch der Richter mit feineren Mitteln auf eine Aussage oder ein Geständnis hinarbeiten dürfe. *Löwe-Rosenberg*, Strafprozeßordnung, 22. Aufl. 1971 (*Sarstedt*), § 136 a, Anm. 4 f., meint in diesem Zusammenhang: „Feinere Täuschung zu verbieten, ist dagegen unmöglich“; vgl. auch *Kleinknecht*, JZ 1953, S. 534.

¹¹ § 343 StGB: „Ein Beamter, welcher in einer Untersuchung Zwangsmittel anwendet oder anwenden läßt, um Geständnisse oder Aussagen zu erpressen, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünf Jahren bestraft“.

¹² *Radbruch* a. a. O. (Anm. 10), S. 126.

anwaltschaft bei nichtrichterlichen Vernehmungen zur Beachtung der gleichen Vorschriften verpflichtet, an die sich auch der Richter zu halten hat. So ist namentlich durch die in § 163 a StPO enthaltenen Verweisungen auf § 136 StPO klargestellt, daß auch Staatsanwaltschaft und Polizei den Beschuldigten auf sein Schweigerecht aufmerksam zu machen haben.

Freilich hilft dem Beschuldigten das Wissen um sein Schweigerecht nur wenig, wenn er nicht auch weiß, ob und inwieweit er von der Möglichkeit zu schweigen auch tatsächlich Gebrauch machen soll. Diese Entscheidung wird er, wie bereits angedeutet, nur dann situationsgerecht treffen können, wenn ihm bekannt ist, wogegen er sich eigentlich zu verteidigen hat. Um ihm dies zu erleichtern, war ihm bereits nach § 136 Abs. 1 StPO a. F. bei der ersten richterlichen Vernehmung zu eröffnen, „welche strafbare Handlung ihm zur Last gelegt wird“. Allerdings wurde diese Aufklärungspflicht recht eingeschränkt immer nur dahin verstanden, daß der Beschuldigte lediglich über die tatsächliche Seite des Vorwurfs zu informieren sei, nicht dagegen über die rechtliche Würdigung dieses Sachverhalts¹³. Auch in dieser Hinsicht hat das StPÄG die Position des Beschuldigten verbessert; denn seitdem ist ihm auch zu sagen, „welche Strafvorschriften (für die ihm zur Last gelegte Tat) in Betracht kommen“ (§ 136 Abs. 1 StPO n. F.). Und zwar obliegt diese Aufklärungspflicht nicht nur dem Richter, sondern nach § 163 a Abs. 3 auch dem Staatsanwalt. Lediglich die Polizei, von der genauere Rechtskenntnisse nicht immer erwartet werden können, darf sich auf Eröffnung des tatsächlichen Geschehens beschränken¹⁴.

Vor allem aber gelten diese Aufklärungspflichten durch das Gericht nunmehr nicht nur für das Ermittlungsverfahren, sondern auch für die Hauptverhandlung. Zwar war auch früher das Gericht schon verpflichtet, durch Verlesung des Eröffnungsbeschlusses dem Angeklagten „die ihm zur Last gelegte Tat unter Hervorhebung ihrer gesetzlichen Merkmale und des anzuwendenden Strafgesetzes“ zu eröffnen (§ 243 Abs. 2 a. F. i. V. m. § 207 Abs. 1 StPO a. F.); doch war er dann lediglich zu fragen, „ob er etwas auf die Beschuldigung erwidern wolle“ (§ 243 Abs. 3 a. F. i. V. m.

¹³ Vgl. dazu Müller in: KMR, Kommentar zur Strafprozeßordnung, 6. Aufl. 1966, § 136, Anm. 3 b.

¹⁴ Damit entspricht heute die polizeiliche Aufklärungspflicht ihrem Umfang nach der des Richters vor dem StPÄG.

§ 136 Abs. 1 StPO a. F.). Seit dem StPÄG hingegen muß der Staatsanwalt mit Verlesung des Anklagesatzes dem Angeklagten sowohl die ihm zur Last gelegte Tat wie auch deren rechtliche Würdigung bekanntmachen (§ 243 Abs. 3 StPO n. F.). Sodann ist der Angeklagte vom Richter darauf hinzuweisen, „daß es ihm freistehe, sich zu der Anklage zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen“ (§ 243 Abs. 4 StPO n. F.).

Bereits vor diesem gesetzlichen Ausbau des *informierten Schweigerechts* hatte das Vereinheitlichungsgesetz von 1950 die Aussagefreiheit gegen unlautere und zwangsweise Vernehmungsmethoden abgesichert. Nicht zuletzt im Rückblick auf schreckliche Erfahrungen der nationalsozialistischen Verhörpraxis soll durch den neu eingeführten § 136 a StPO der Beschuldigte vor physischem und psychischem Druck bewahrt werden. Diese Schutzvorschrift geht insbesondere auch über das damals bereits existierende strafrechtliche Verbot der Aussageerpressung (§ 343 StGB) hinaus, werden doch durch § 136 a nicht nur Anwendung von Gewalt und Mißhandlung, Ermüdung oder Drogen untersagt, sondern auch raffiniertere Methoden der Überführung wie Täuschung oder das Versprechen gesetzlich nicht vorgesehener Vorteile für jede Art strafprozessualer Vernehmungen für unzulässig erklärt.

Insgesamt gesehen ist also auch das deutsche Strafverfahrensrecht durchweg darum bemüht, den Beschuldigten nicht nur über seine Aussagefreiheit hinreichend aufzuklären, sondern ihn auch davor zu schützen, daß sein Schweigen durch unfaire Mittel gebrochen oder seine Aussagebereitschaft mißbräuchlich in eine ihn selbst belastende Richtung gelenkt wird, und zwar sowohl in allen Phasen des Strafverfahrens wie auch gegenüber allen Verfolgungs- und Gerichtsorganen.

Vergleicht man diesen Entwicklungsstand mit dem anderer Länder, so insbesondere mit den Rechten des Beschuldigten im anglo-amerikanischen Rechtskreis, könnte vielleicht verwunderlich erscheinen, daß diese Grundsätze, die uns heute fast schon zur Selbstverständlichkeit geworden sind, so lange brauchten, um auch strafprozessuale Anerkennung zu finden. Einer der wesentlichen Gründe dafür dürfte darin zu suchen sein, daß nach den Erfahrungen des Dritten Reiches das Bonner Grundgesetz der Achtung der menschlichen Würde in Art. 1 Abs. 1 GG ersten und obersten Rang eingeräumt hat und allgemein das Gefühl dafür gewachsen ist, daß jedem Menschen, auch dem potentiellen Verbrecher, ein humanes und rechtsstaatliches Verfahren zu garan-

tieren ist. Um diesen Verfassungsauftrag in die Tat umzusetzen, will der Gesetzgeber auch der Freiheit des Beschuldigten, an der Wahrheitserforschung mitzuarbeiten oder nicht, in größtmöglichem Maße gerecht werden, gleichgültig, ob er sich letzten Endes als schuldig oder als unschuldig erweisen wird. Dieser Grundsatz wurzelt letztlich in dem humanistischen Gedanken, daß der Mensch von Menschen nicht zum Objekt ihrer Zwecke herabgewürdigt werden darf, eine *Maxime*, die auch in den nach Art. 1 GG garantierten Wertanspruch des Menschen in der Gesellschaft eingegangen ist¹⁵. Wohl am treffendsten findet sich dieser Anspruch in der Rechtsprechung zu Art. 100 der Verfassung des Freistaats Bayern von 1946 umschrieben: „Der Mensch als Person ist Träger höchster geistig-sittlicher Werte und verkörpert einen sittlichen Eigenwert, der unverlierbar und auch jedem Anspruch der Gemeinschaft, insbesondere allen politischen und rechtlichen Zugriffen des Staates und der Gesellschaft gegenüber eigenständig und unantastbar ist . . .“¹⁶. Damit wäre es unverträglich, wollte man im Beschuldigten nur ein rein passives Verfahrensobjekt sehen. Selbst wenn er bis zu einem gewissen Grade Beweismittel bleibt, gebührt ihm doch die Stellung eines mit bestimmten Rechten ausgestatteten Prozeßsubjekts. Daher hatte der BGH im Kern der Sache recht, als er bereits im Lügendetektor-Fall postulierte: „Der Beschuldigte ist Beteiligter, nicht Gegenstand des Strafverfahrens“¹⁷.

In diesen allgemeinen Grundsätzen wurzelt auch das prozeßspezifische Recht des Beschuldigten, nicht gegen seinen Willen an seiner Überführung mitwirken zu müssen. Zwar wird dieser Grundsatz in der StPO nicht absolut durchgehalten, kann der Beschuldigte doch immerhin gezwungen werden, sich aus Strafverfolgungsgründen einer Untersuchung seines Geisteszustandes oder sonstiger körperlicher Eingriffe zu unterziehen¹⁸. Gewiß kann

¹⁵ Vgl. *Maunz-Dürig-Herzog*, Grundgesetz, 3. Aufl. 1971, Art. 1 Rdnr. 2.

¹⁶ BayVerfGH in VerfGHE n. F. 1, 32 = VerwRspr. 1, 3.

¹⁷ Vgl. BGHSt 5, 322(333); ferner insbes. *Peters*, Strafprozeß, 2. Aufl. 1966, S. 72, 89, 174; *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I, Die rechtstheoretischen und rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrechts, 2. Aufl. 1964, Rdnr. 98.

¹⁸ Die einschlägigen Vorschriften seien hier auszugsweise wiedergegeben:

§ 81 StPO

I. Zur Vorbereitung eines Gutachtens über den Geisteszustand des Beschuldigten kann das Gericht nach Anhörung eines Sachverständigen

auch auf diesem Wege der Beschuldigte zu einem Beweismittel gegen sich selbst werden; aber dies nur dadurch, daß er gleichsam als „Augenscheinobjekt“ betrachtet wird¹⁹, nicht dagegen dadurch, daß sein Wort gegen ihn gekehrt würde. Und in dieser anders garteten Angriffsrichtung liegt in der Tat ein wesentlicher Unterschied: Während beim Zwang zum Fingerabdruck oder zur Entnahme einer Blutprobe lediglich ein passives Dulden verlangt wird, soll durch das Schweigerecht der Beschuldigte davor bewahrt werden, aktiv und gegen seinen Willen zu seiner eigenen Belastung beizutragen²⁰. Denn sobald es einem Verfassungssystem nicht mehr auf „Wahrheitserforschung um jeden Preis“ ankommt, sondern auf Überführung des Täters in einer seine Menschenwürde achtenden Weise²¹, ist es „ein Grundsatz rechtsstaatlichen Strafverfahrens, des Angeklagten Wort nicht gegen ihn selbst zeugen zu lassen, wenn es ihm unter Mißachtung seiner Persönlich-

und des Verteidigers anordnen, daß der Beschuldigte in eine öffentliche Heil- und Pflegeanstalt gebracht und dort beobachtet wird. Im vorbereitenden Verfahren entscheidet das Gericht, das für die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständig wäre. . . .

§ 81 a StPO

I. 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.

II. Die Anordnung steht dem Richter, bei Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung auch der Staatsanwaltschaft und ihren Hilfsbeamten (§ 152 des Gerichtsverfassungsgesetzes) zu.

§ 81 b StPO

Soweit es für die Zwecke der Durchführung des Strafverfahrens oder für die Zwecke des Erkennungsdienstes notwendig ist, dürfen Lichtbilder und Fingerabdrücke des Beschuldigten auch gegen seinen Willen aufgenommen und Messungen und ähnliche Maßnahmen an ihm vorgenommen werden.

¹⁹ Eb. Schmidt, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil II (zit. Eb. Schmidt), 1957, § 81 a Anm. 3 mit weiteren Nachweisen.

²⁰ Diese Maxime hebt der BGH (BGHSt 8, 144, und BGHSt 14, 21) mit aller Deutlichkeit hervor, indem er alle Untersuchungsmethoden ausschließt, die vom Beschuldigten ein aktives Tun fordern.

²¹ So heute h. M.; erfreulich klar in diesem Sinne die Tonbandentscheidung BGHSt 14, 358 (365); näher dazu Eser, ZStW 79 (1967), S. 567 ff. (569) mit weiteren Nachweisen.

keit entwunden wurde“ (BGHSt 14, 358/364). Und damit wäre jede Überspielung der Willentlichkeit der Aussage unvereinbar.

III. Inhalt und Umfang des Schutzes vor Selbstbezüglichung

Obgleich in diesen grundsätzlichen Erörterungen bereits wesentliche Einzelpunkte angesprochen wurden, seien im Sinne einer Gesamtübersicht die wichtigsten Schutzrechte des Beschuldigten doch noch einmal zusammenfassend vorgestellt.

1. Kernpunkt des Schutzes vor Selbstbezüglichung ist die *Aussagefreiheit*, die sowohl in ihrer *negativen* wie in ihrer *positiven* Ausprägung gewährleistet wird: in negativer Hinsicht durch das Recht zu schweigen, in positiver Hinsicht durch das Recht zum Reden. Nicht nur bei aktiver Verteidigung durch Reden, die schon durch den „Anspruch auf rechtliches Gehör“ (Art. 103 Abs. 1 GG) verfassungsrechtlich abgesichert ist²², sondern auch beim Schweigen handelt es sich — entgegen einer früheren Auffassung — nicht mehr nur um eine tatsächliche „Möglichkeit“, die eben auch prozessual hinzunehmen und daher lediglich als ein „privilegium odiosum“ zu betrachten sei; vielmehr ist spätestens aufgrund der Neufassung des § 136 StPO durch das StPÄG von 1964 klargestellt, daß auch das Schweigeprivileg ein echtes, jeder dubiosen Anruchigkeit enthobenes Recht ist, dessen Ausübung auch rechtlich nicht mehr suspekt sein soll.

2. Um dieses Kernrecht gegen die Gefahr einer Selbstbezüglichung abzusichern, ist es noch durch einen Wall gleichsam „*flankierender*“ *Schutzrechte* umgeben.

a) Dazu wäre zunächst das Verbot *willensbeeinträchtigender Vernehmungsmethoden* (§ 136 a StPO) zu nennen. Denn wenn dadurch der Beschuldigte vor Zwangseinwirkungen geschützt werden soll, so nicht nur deshalb, weil bei erzwungenen „*Geständnissen*“ die Gefahr der Falschheit eher noch größer ist, sondern auch — wenn nicht gar zuvörderst — um dem Beschuldigten eine freie Entscheidung über sein Schweigerecht zu sichern.

b) Dazu gehört ferner, daß er um sein Schweigerecht überhaupt weiß. Und dazu dienen die verschiedenen *Belehrungspflichten* der Verhörpersonen. Denn erst wenn der Beschuldigte über

²² Ob man in diesen Aufklärungspflichten mehr einen Teilaspekt des Privilegs gegen Selbstinkriminierung sieht oder, wie etwa *Sarstedt* (in: *Löwe-Rosenberg*, § 136 Anm. 4) und *Maunz-Dürig-Herzog* (Art. 103, RdNr. 28) annehmen, darin einen Ausfluß des „*rechtlichen Gehörs*“ erblicken will, ist letztlich zweitrangig, da beide Prinzipien dem Beschuldigten die Möglichkeit einer fairen Verteidigung sichern wollen.

sein Recht zu reden oder zu schweigen hinreichend aufgeklärt ist, besteht die Chance, daß die Aussagefreiheit nicht nur ein papier-nes Recht bleibt, das allenfalls der kaltblütige oder bereits krimi-nell erfahrene Rechtsbrecher auszunutzen verstünde, sondern das auch dem verschüchterten, aufgeregten oder juristisch nicht vor-gebildeten Beschuldigten zugute kommt.

Freilich kann Schweigen auch zu einem zweischneidigen Schwert werden, wenn es unterschwellig als Schuldbekenntnis gedeutet werden könnte. Um dem Beschuldigten auch gegenüber derartigen Formen einer stillschweigenden Selbstbezeichnung eine freie Entscheidung zu ermöglichen, wird er nicht nur über sein Recht zu schweigen, sondern auch über Art und Umfang des gegen ihn erhobenen *Vorwurfs aufzuklären* sein. Denn erst wenn er weiß, wogegen er sich eigentlich zu verteidigen hat, kann er sinnvoll entscheiden, welches der beiden gleichwertigen Ver-teidigungsmittel — schlichtes Schweigen oder aktive Einlassung — er wählen soll. Auch in dieser Hinsicht versucht die geltende StPO den Beschuldigten nunmehr abzusichern, indem er bereits bei seiner ersten Vernehmung neben seinem Schweigerecht auch über den Vorwurf in *tatsächlicher* und *rechtlicher* Hinsicht aufzu-klären ist²³.

c) Eine nicht weniger wichtige Flankierungsmaßnahme zum Schutz vor Selbstbezeichnung ist schließlich auch das Recht auf einen *Verteidiger*. Wenn das englische Sprichwort „he who is his own lawyer, has a fool for a client“ richtig ist — und lange Er-fahrungen sprechen dafür —, so muß sich der Beschuldigte bereits bei Entscheidung über sein Schweigerecht eines Rechtsbeistandes bedienen dürfen. Das gilt noch mehr, wenn er sich zu einer vollen oder wenigstens teilweisen Einlassung bereiterklärt; denn dann könnte sein Schutz vor Selbstinkriminierung vor allem durch un-bedachte oder unklare Aussagen, wenn nicht gar durch eine völlig falsche Selbstverteidigungsstrategie, gefährdet sein.

Nicht zuletzt um solche ungewollten Selbstbelastungen zu verhindern, wird dem Beschuldigten schon seit langem die jeder-zeitige Beiziehung eines Wahlverteidigers gestattet (§ 137 StPO) bzw. kann in Fällen einer sogen. „notwendigen Verteidigung“ (§ 140 StPO) entweder auf Antrag des Beschuldigten oder sogar von Amts wegen ein *Pflichtverteidiger* bestellt werden. Durch das StPÄG wurden diese Rechte dadurch noch weiter ausgebaut, daß

²³ Näher dazu *Löwe-Rosenberg (Sarstedt)*, § 136 Anm. 4 u. 10.

die Beiordnung eines Pflichtverteidigers bereits im Ermittlungsverfahren ermöglicht wird (§ 141 Abs. 3 StPO) und der Verteidiger nicht mehr das Hauptverfahren abwarten muß, um in die Akten Einsicht zu nehmen, sondern ihm dies jetzt bereits im Ermittlungsverfahren gestattet ist und nur ausnahmsweise bei Gefährdung des Untersuchungszweckes verweigert werden darf (§ 147 StPO). Und nicht zuletzt wird der freie und unkontrollierte schriftliche oder mündliche Verkehr zwischen Verteidiger und Beschuldigtem gewährleistet, und zwar selbst dann, wenn sich letzterer in Haft befindet (§ 148 StPO). Auch dieses Recht auf Beistand eines Verteidigers würde dem Beschuldigten natürlich wenig nützen, wenn er davon nicht wüßte²⁴. Deshalb sieht die StPO nunmehr vor, daß der Beschuldigte bei Aufklärung über seine Aussagefreiheit zugleich auch über sein jederzeitiges Recht, „einen von ihm zu wählenden Verteidiger zu befragen“, zu *belehren* ist (§ 136 Abs. 1, § 163 a Abs. 3, 4 StPO). Auch soll er in geeigneten Fällen darauf hingewiesen werden, daß er sich schriftlich äußern könne. Sicherlich liegt auch darin eine bedeutsame Vorkehrung gegen voreilige und unüberlegte Aussagen.

3. Was den *zeitlichen* und *institutionellen* Rahmen betrifft, innerhalb dessen das Schweigerecht gewährleistet wird, ist folgendes festzuhalten:

a) Grundsätzlich ist der Beschuldigte in keiner Phase des Strafverfahrens verpflichtet, gegenüber der *Polizei*, der *Staatsanwaltschaft* oder dem *Gericht* in irgendeiner Weise zur Sache auszusagen²⁵.

b) Die Belehrung über die Aussagefreiheit sowie über das Recht zur vorherigen Befragung eines Verteidigers ist dem Beschuldigten nicht nur vor der ersten Vernehmung durch irgendeines der Strafverfolgungsorgane überhaupt, sondern vor *jeder ersten Vernehmung* durch Polizei, Staatsanwaltschaft oder Richter zu geben, und zwar gleichgültig, ob im Hauptverfahren oder in einem sonstigen Verfahren, wie z. B. Untersuchungshaft, Ermittlungsverfahren, Vorverfahren²⁶. Wird der Beschuldigte also zu-

²⁴ In der Praxis stieß die Einführung dieser Belehrungspflicht auf Zurückhaltung, scheint sie doch gerade die Polizei beim ersten Zugriff in der zügigen Ermittlung zu beeinträchtigen. Vgl. dazu Kleinknecht, JZ 1965, S. 156.

²⁵ Vgl. unten 4.1.

²⁶ Vgl. dazu Kleinknecht, Strafprozeßordnung, 30. Aufl. 1971, § 136 Anm. 1; Löwe-Rosenberg (Sarstedt), §. 136 Anm. 3; Eb. Schmidt, Nachträge und Ergänzungen zu Teil II, Nachtragsband I, 1967 (zit. Nachtrag), § 138

erst von der Polizei, dann vom Staatsanwalt und danach vom Richter vernommen, so ist er dreimal zu belehren.

Wird der Beschuldigte in gleicher Sache vom gleichen Strafverfolgungsorgan mehrmals hintereinander vernommen, so wäre nach dem Wortlaut des Gesetzes an sich nur bei der ersten Vernehmung eine Belehrung erforderlich. Jedoch wird die Belehrung auch bei wiederholter Vernehmung vor dem gleichen Organ jedenfalls dann zu wiederholen sein, wenn seit der ersten Vernehmung der Verdacht einer weiteren strafbaren Handlung dazugekommen ist, sich also der Gegenstand der Vernehmung geändert hat²⁷.

Da die vorerörterten Belehrungen nur dann zu geben sind, wenn der Betroffene als „Beschuldigter“ vernommen wird, sind rein informatorische Befragungen ohne vorherige Belehrungen zulässig. Dies wird jedoch dann problematisch, wenn der zunächst nur als einfache Auskunftsperson Befragte in die Rolle des Beschuldigten gerät und damit in der vorgeschriebenen Weise aufzuklären ist. Hier wird es letztlich vom rechtsstaatlichen Finger-spitzengefühl der Verhörperson abhängen, in welchem Zeitpunkt er den Befragten über seine Aussagefreiheit zu belehren hat. Dies wird jedenfalls spätestens von dem Augenblick an geboten sein, in dem der Tatverdacht gegen den zunächst nur informatorisch Vernommenen so stark wird, daß nach §§ 162, 163 StPO ein förmliches Ermittlungsverfahren notwendig wäre²⁸.

Sind bereits vor dem Hauptverfahren richterliche oder sonstige Vernehmungen mit Belehrung durchgeführt worden, so ist im Hauptverfahren der Angeklagte auf sein Schweigerecht gleichwohl erneut hinzuweisen (§ 243 Abs. 4 StPO).

Darüber hinaus fragt es sich, ob nicht der Beschuldigte grundsätzlich vor jeder Vernehmung erneut belehrt werden sollte, auch wenn er nicht mit einem anderen Vernehmungsorgan als zuvor konfrontiert wird; denn nach jeder Vernehmung kann ein neuer Tatverdacht entstehen bzw. sich das Tatbild ändern²⁹.

RdNr. 5; KMR (Müller), § 136 Anm. 2 und § 163 a Anm. 4; Kleinknecht, JZ 1965, S. 155.

²⁷ Eb. Schmidt, § 136 Anm. I, 2; Löwe-Rosenberg (Sarstedt), § 136 Anm. 3.

²⁸ Vgl. Löwe-Rosenberg (Sarstedt), § 136 Anm. 3; ferner Kohlhaas, NJW 1965, S. 1255; Schmidt-Leichner, NJW 1965, S. 1310; über die kritische Zeitgrenze im ausländischen Recht vgl. Eser, ZtSW 79 (1967), S. 574, 582, 590 f.

²⁹ I. d. S. Eb. Schmidt (Nachtrag), § 136 RdNr. 6: „§ 136 Abs. I, Satz 2 und 3

c) Auch die dem Schutz vor versehentlicher Selbstbezeichnung dienende Pflicht zur Aufklärung des Beschuldigten über die *Art des Tatvorwurfs*³⁰ greift bereits bei der ersten Vernehmung ein. Dabei darf sich lediglich die Polizei mit der Benennung des tatsächlichen Vorgangs begnügen (§ 163 a Abs. 4 StPO), während Richter und Staatsanwalt den Beschuldigten auch über die rechtliche Würdigung der Tat aufzuklären haben (§ 136 Abs. 1, § 163 a Abs. 3 StPO)³¹.

Dazu müssen zwar nicht alle bekannten Einzelheiten der Tat angegeben werden; zumindest aber muß die Tat so deutlich gekennzeichnet werden, daß der Beschuldigte davor bewahrt wird, sich unversehens einer anderen als der gemeinten Tat zu beziehen³². Daher bedeutet diese Informationspflicht nicht, daß dem Beschuldigten gleich zu Anfang sämtliche Ermittlungsergebnisse mitgeteilt werden müßten; deshalb hat auch der Verteidiger nur dann und insoweit ein Akteneinsichtsrecht, als dies nicht zu einer Gefährdung des Ermittlungszweckes führt (§ 147 Abs. 2 StPO)³³. Hier zeigt sich erneut, daß sowohl der Gedanke der Chancengleichheit als auch der Schutz vor Selbstbezeichnung dort seine Grenze findet, wo andernfalls die nicht weniger legitimen Interessen der Allgemeinheit an einer wirksamen Verbrechenverfolgung völlig illusorisch werden müßten.

d) Immerhin ist aber bei der ersten richterlichen Vernehmung ein in Untersuchungshaft Genommener über seine Aussagefreiheit hinaus zusätzlich auch über „die ihn belastenden Umstände“ aufzuklären (§ 115 Abs. 3 StPO). Darin findet die verstärkte *Fürsorge* gegenüber dem in Haft Befindlichen ihren Ausdruck³⁴.

e) Daß schließlich das Verbot *willensbeeinträchtigender* Vernehmungsmethoden (§ 136 a StPO) in jedem Stadium des Verfahrens und gegenüber jedweder Verhörfperson, sei dies ein Polizeibeamter, ein Staatsanwalt oder ein Richter, Gültigkeit erheischt, bedarf kaum einer näheren Begründung; denn bezeichnenderweise hatte auch das „Privilege against Self-Incrimination“ historisch

enthalten einen für *jede* Vernehmung maßgebenden Grundsatz“; so wohl auch Kleinknecht, § 136 Anm. 1.

³⁰ Vgl. oben, II.

³¹ Vgl. oben, II.

³² Vgl. Löwe-Rosenberg (Sarstedt), § 136 Anm. 4.

³³ Vgl. Löwe-Rosenberg (Sarstedt), § 136 Anm. 10.

³⁴ Dazu Kleinknecht, JZ 1965, S. 155 f.; Kleinknecht, § 115 Anm. 3 B; Löwe-Rosenberg (Dünnebier), § 115 Anm. 8.

seinen Ausgang im Kampf gegen den Geständniszwang durch Foltermethoden genommen³⁵.

4. Was den *sachlichen* Umfang des Schutzes vor Selbstinkriminierung betrifft, wird gemeinhin von dem lapidaren Grundsatz ausgegangen, daß es dem Beschuldigten freisteht, „nicht zur Sache auszusagen“ (§ 136 Abs. 1, § 243 Abs. 4 StPO).

a) Damit ist jedoch lediglich klargestellt, daß sich der Beschuldigte jedenfalls auf die „Sache“ nicht einzulassen braucht, sich also jeder Äußerung enthalten kann, die mit dem Tatvorwurf in Zusammenhang steht.

b) Wie aber steht es mit der Angabe der *Personalien*? Da die StPO nur von Aussagefreiheit „in der Sache“ spricht und zudem die Verweigerung von Personalangaben gegenüber Verfolgungsorganen durch § 360 Ziff. 8 StGB unter Strafe gestellt ist^{35a}, steht die überwiegende Kommentarliteratur im Einklang mit der amtlichen Begründung zu § 136 StPO n. F. auf dem Standpunkt, daß der Beschuldigte hinsichtlich seiner Personalien kein Schweigerecht habe³⁶.

Doch dies scheint jedenfalls dann mit dem Privileg gegen Selbstinkriminierung unvereinbar, wenn der Täter bereits namentlich bekannt ist und die Preisgabe der Personalien daher praktisch einem Geständnis der Täterschaft gleichkäme. Da aber schon die Angabe derartiger Verweigerungsgründe einen selbstkompromittierenden Effekt haben könnte, wird der Schutz vor Selbstbezeichnung letztlich wohl zu einem unbeschränkten, also auch die Personalien umfassenden Aussageverweigerungsrecht des Beschuldigten zwingen³⁷.

³⁵ Dazu näher P. Devlin, *The Criminal Prosecution in England*, 1960, passim. Williams, *The Proof of Guilt*, London 1963, S. 1—14.

^{35a} Künftig § 111 Ordnungswidrigkeitengesetz.

³⁶ Kleinknecht, § 136 Anm. 6; KMR (Müller), § 136 Anm. 3 a; Löwe-Rosenberg (Sarstedt), § 136 Anm. 12 mit weiteren Nachweisen; amtliche Begründung zu § 136 n. F. in Bundestagsdrucksache IV/178, S. 32.

³⁷ So Eser bereits in ZStW 79 (1967), S. 575 f.; i. d. S. auch Eb. Schmidt, § 136 RdNr. 9 mit weiteren Nachweisen; ders. im Nachtrag, § 136 RdNr. 17 mit weiteren Nachweisen; ferner Kern, *Strafverfahrensrecht*, 7. Aufl. 1965, S. 100; Walder, *Die Vernehmung des Beschuldigten*, 1965, S. 83 f.; Peters, *Strafprozeß*, 2. Aufl. 1966, S. 178; Seebode, *MDR* 1970, S. 187. Eine vermittelnde Meinung vertreten Kern-Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 11. Aufl., S. 117; Wessels, *JuS* 1966, S. 175 f., und Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch*, 15. Aufl. 1970, § 360 RdNr. 27. Danach soll Straffreiheit von § 360 Ziff. 8 StGB dann eingreifen, wenn Angaben zur Person zugleich bereits eine Selbstbelastung bedeuten. Wer allerdings unter Be-

c) Nimmt man den Schutz vor Selbstbezeichnung wirklich ernst, so wird der Beschuldigte nicht nur in der prozeßtypischen Situation der Vernehmung zu schützen sein, sondern auch hinsichtlich Äußerungen, die von ihm *außerhalb* des Verfahrens gemacht und/oder unter Verletzung seines Persönlichkeitsrechts erlangt wurden. Abgesehen von den gesetzlich umschriebenen Duldungsfällen, in denen vom Beschuldigten als einer Art „Augenscheinsobjekt“ ein passives Verhalten erzwungen werden kann³⁸, darf der Beschuldigte keinesfalls Maßnahmen unterworfen werden, durch die er aktiv zu seiner Selbstbezeichnung beitragen müßte³⁹. Das gilt namentlich für gesetzlich nicht vorgesehene Tests, wie etwa durch Narkoanalyse⁴⁰ oder den Lügendetektor⁴¹. Wenn sich daher der Beschuldigte der Wahrheitserforschung durch derartige Untersuchungen verschließt, darf dies in keiner Weise — etwa als „schlechtes Gewissen“ — schuldindizierend oder straferschwerend gegen ihn gewertet werden. Konsequenterweise hat es daher auch der BGH als unvereinbar mit dem rechtsstaatlichen Schutz vor Selbstbezeichnung angesehen, eine rechtswidrig auf Tonband aufgenommene Äußerung des Beschuldigten im Prozeß als Beweismittel gegen ihn zu verwenden⁴².

5. Was die *Art* der Belehrung betrifft, muß sie schon aus Fairnessgründen so verständlich gestaltet sein, daß sie auch der rechtlich uninformierte Beschuldigte verstehen kann. Dafür wird das hastige Herunterlesen einer Belehrungsformel, deren vollen Sinn man sich bei der *Schnelligkeit* des *Vorgangs* schwerlich bewußt machen kann, regelmäßig nicht genügen; ebensowenig das Vorlegen einer schriftlichen Belehrung, wenn zu deren verständiger Lektüre der Beschuldigte sich praktisch gar keine Zeit nehmen kann. Aus dieser Sicht ist daher nicht zu begreifen, daß sich der BGH bereits wieder mit der alten, vom Durchschnittsbürger in ihrer rechtlichen Bedeutung kaum erfaßbaren Belehrungsformel begnügen will⁴³ und eine erneute Belehrung dann entbehrlich sein

rufung auf diese Einschränkung die Angabe seiner Personalien verweigert, beschuldigt sich damit konkludent zumindest irgendeiner Straftat, wenn auch möglicherweise nicht gerade der, deretwegen er zur Person vernommen wird. Diese Mittelmeinung dürfte nicht zuletzt deshalb schwerlich praktikabel sein.

³⁸ Vgl. oben Fußnote 18.

³⁹ Vgl. dazu BGHSt 8, 144; 14, 21; Eb. Schmidt (Nachtrag), § 136 RdNr. 19.

⁴⁰ Dazu BGHSt 11, 211 ff.; OLG Hamm, DRZ 1950, S. 212.

⁴¹ BGHSt 5, 332.

⁴² BGHSt. 14, 364/365.

⁴³ So BGH NJW 1966, S. 1718 m. abl. Anm. Schmidt-Lechner. Wie hier Eb. Schmidt (Nachtrag), § 136 Anm. 14, zum ganzen auch Eser, ZStW 79

soll, wenn der Angeklagte bereits auf andere Weise als durch richterliche Belehrung (im konkreten Fall durch den Verteidiger) von seinem Schweigerecht Kenntnis gehabt habe⁴⁴.

IV. Gefährdungen des Schutzes vor Selbstbezüglichung

Nach diesem umfassenden Bekenntnis des deutschen Strafprozeßrechts zum Schutz vor Selbstbezüglichung könnte man leicht geneigt sein zu meinen, daß damit der Beschuldigte in jeder Weise abgesichert sei und daß ihm sein Schweigen niemals zum Nachteil gereichen könne. Auch könnte leicht der Eindruck entstehen, als sei der Beschuldigte gegen Verletzung der ihm zustehenden Rechte in gleicher Weise abgesichert, wie das etwa durch entsprechende *Verwertungsverbote* im amerikanischen⁴⁵ oder in schwächerer Form im englischen Recht⁴⁶ der Fall ist. Doch dem ist leider nicht so. Denn genau besehen gibt es noch eine ganze Reihe von Einbruchsstellen, durch die der Beschuldigte um einen wirksamen Schutz seiner Aussageprivilegien gebracht werden kann. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien wenigstens die wichtigsten derartigen Gefährdungen der Beschuldigtenrechte kurz angeführt.

1. Mangelnde *Revisibilität* der Verletzung von Belehrungspflichten:

Wurde der Beschuldigte verurteilt, obgleich er über sein Schweigerecht nicht ordnungsgemäß belehrt worden war, wird er versuchen wollen, einen derartigen Verfahrensverstoß mit der Revision anzugreifen. Nach § 336 StPO wird er damit jedoch nur dann Erfolg haben können, wenn das Urteil auf der unterlassenen bzw. verfahrenswidrigen Belehrung beruht. Ein derartiger, zumindest potentieller Kausalzusammenhang wird jedoch regelmäßig dort fehlen, wo der Belehrungsmangel durch entsprechende Verteidigungsmöglichkeiten in der Hauptverhandlung noch geheilt werden konnte⁴⁷, so etwa dort, wo unzulängliche rechtliche

(1967), S. 572 Anm. 30, und zu den formalen Erfordernissen der Belehrung im englischen und amerikanischen Recht, S. 590 Anm. 97, S. 601 Anm. 140.

⁴⁴ BGH NJW 1966, S. 1719.

⁴⁵ Nachweise dazu bei Eser, ZStW 79 (1967), S. 595 ff.; Karlen, Anglo-American Criminal Justice, Oxford 1967, S. 129 ff.; James George Jr., Constitutional Limitations on Evidence in Criminal Cases, New York City 1969, S. 96 ff., 101 ff.; R. D. Davis, Federal Searches and Seizures, Springfield, Illinois 1964, S. 311 ff.

⁴⁶ Cross R. and Wilkins W., An Outline of the Law of Evidence, 2. ed. London 1968, S. 167 f.; Devlin, a. a. O. (Anm. 35), S. 35 ff.; Karlen, S. 105 ff.

⁴⁷ Vgl. Löwe-Rosenberg (Kohlhaas), § 336 Anm. 2 a; Eb. Schmidt, § 336 Anm. II; vgl. auch BGHSt. 22, 129 ff. (135).

Hinweise bei der ersten Vernehmung in der Hauptverhandlung nachgeholt wurden und damit der Weg zu einer vorwurfsspezifischen Verteidigung eröffnet wurde. Jedenfalls ist bislang kein Fall ersichtlich, wo eine Revision schon allein wegen unzulänglicher Belehrung begründet gewesen wäre.

Anders wird jedoch der Fall zu beurteilen sein, in dem der Beschuldigte infolge einer unzulänglichen Belehrung selbstbelastende Angaben gemacht hat, die dann auch in die Urteilsbegründung tatsächlich Eingang gefunden haben; denn in einem solchen Fall wird der Zusammenhang zwischen der Verletzung einer Belehrungspflicht und dem Schuldspruch schwerlich zu leugnen sein. Trotzdem glaubt die Rechtsprechung auch in diesem Fall einen Revisionsgrund versagen zu müssen, wobei sie sich freilich auf eine Judikatur beruft, die zu einer Zeit ergangen war, als das Schweigerecht noch nicht in derart eindeutiger Weise wie jetzt garantiert war. Denn jene Rechtsprechung sah in der Pflicht des Richters, den Beschuldigten bei seiner ersten Vernehmung zu befragen, ob er etwas auf die Beschuldigung erwidern wolle, lediglich eine Ordnungsvorschrift, deren Verletzung keinerlei Konsequenzen für die Verwertung der Aussage haben könne. Diese Deutung der Belehrungspflichten als bloße Ordnungsvorschriften glaubt man auch heute noch durch ein *argumentum e contrario* aus § 136 a begründen zu können; denn da dort die Verwertung von Aussagen, die aufgrund von verbotswidrigen Vernehmungsmethoden zustande kamen, ausdrücklich für unzulässig erklärt sei, bei den Belehrungspflichten des § 136 StPO hingegen ein derartiges Verwertungsverbot nicht statuiert wird, müsse diesen Pflichten eine geringere Geltungskraft, nämlich lediglich Ordnungscharakter zukommen⁴⁸. Daran habe sich auch durch die Neufassung des § 136 StPO nichts geändert; denn damit sei lediglich die Belehrungspflicht klarer gefaßt und auf Polizei und Staatsanwaltschaft erstreckt worden. Hätte der Gesetzgeber dabei auch den Verbindlichkeitscharakter der Belehrungspflichten aufwerten wollen, so hätte er dies in Kenntnis der abweichenden Rechtsprechung ausdrücklich normieren müssen⁴⁹. Demzufolge — und dies ist bei Annahme bloßen Ordnungscharakters sicherlich

⁴⁸ So BGHSt. 22, 129 ff. (133); 170 ff. (175); OLG Hamburg, NJW 1966, S. 1278, und Löwe-Rosenberg (Sarstedt), § 136 Anm. 18. Gegen dieses *argumentum e contrario* mit guten Gründen Schünemann, MDR 1969, S. 101, und Eb. Schmidt, NJW 1968, S. 1216.

⁴⁹ So z. B. BGHSt. 22, 175, und Löwe-Rosenberg (Sarstedt), § 136 Anm. 18.

konsequent — sah der BGH auch keinen revisionsbegründenden Verfahrensverstoß darin, daß ein Angeklagter lediglich nach der alten Formel befragt wurde, ob er auf die Beschuldigung etwas erwidern wolle, nicht dagegen ausdrücklich auf seine Aussagefreiheit hingewiesen worden war⁵⁰.

Im Gegensatz dazu steht die wohl überwiegende Lehre⁵¹ auf dem Standpunkt, daß den Belehrungspflichten aufgrund ihrer Entstehungsgeschichte und im Hinblick auf den Grundrechtscharakter des Schweigerechts zwingende Kraft zukomme. Deshalb sei bei Verletzung der Belehrungspflicht und nachfolgender Verwertung der Aussage ein Revisionsgrund zumindest dann anzunehmen, wenn sich der Angeklagte mangels „Aufgeklärtheit“ in einem Irrtum über sein Schweigerecht befunden hat⁵².

Keine Frage, daß allein nach dieser Auffassung die dem Schutz vor Selbstbezeichnung dienenden Belehrungspflichten vor Mißbrauch geschützt werden können. Deutet man sie dagegen nur als Ordnungsvorschriften, wie es die Rechtsprechung tut, so werden gerade jene benachteiligt, die ihr Recht nicht kennen und daher besonderen Schutzes bedürften⁵³.

2. Auch für die Frage nach der *Verwertbarkeit* von Aussagen, die unter Verletzung der Hinweispflicht erlangt wurden, ist deren Verbindlichkeitscharakter von entscheidender Bedeutung.

Zwar ist unstreitig, daß frühere Aussagen des Beschuldigten, falls er zuvor ordnungsgemäß über seine Aussagefreiheit belehrt worden war, auch dann verwertet werden dürfen, wenn er erst in der Hauptverhandlung von seinem Schweigerecht Gebrauch macht⁵⁴. Auch soll es dabei keine Rolle spielen, ob jene erste Aussage vor einem Richter, einem Staatsanwalt oder einem Polizeibeamten gemacht wurde⁵⁵. Voraussetzung dafür ist jedoch immer, daß jene frühere Aussage des Beschuldigten durch mündliche Zeugeneinvernahme der jeweiligen Verhörperson, also des da-

⁵⁰ Vgl. BGH, NJW 1966, S. 1718.

⁵¹ Dazu Löwe-Rosenberg (Gollwitzer), § 243 Anm. 8 b; vgl. aber Grünwald, Nachweisen; vgl. insbes. auch Eb. Schmidt (Nachtrag), § 243 RdNr. 30; ders., NJW 1968, S. 1209 ff.; Schünemann, MDR 1969, S. 101.

⁵² So Kunert, NJW 1967, S. 542.

⁵³ Vgl. insbes. Fincke, NJW 1969, S. 1014 f.

⁵⁴ Dazu Löwe-Rosenberg (Gollwitzer), § 243 Anm. 8 b; vgl. aber Grünwald, JZ 1968, S. 754.

⁵⁵ Vgl. z. B. BGHSt. 1, 337 (339); 14, 310 (311); 21, 285 (286); BGH bei Lackner, MDR 1968, S. 202; zusammenfassend Juristische Arbeitsblätter 1972, S. 163 ff.

mals vernehmenden Richters, Staatsanwalts oder Polizeibeamten, in die Hauptverhandlung eingeführt wird. Dagegen würde es nicht zulässig sein, andere als richterliche Protokolle über jene früheren Aussagen des Angeklagten vorzulesen⁵⁶. Freilich kann auch dieser durch § 250 StPO statuierte Ausschluß des Protokolls dadurch unterlaufen werden, daß es im Wege eines Vorhalts gegenüber dem als Zeugen auftretenden Beamten, der es erstellt hat, nach § 253 StPO zur Kenntnis des Gerichts gebracht wird. Denn selbst wenn ein polizeiliches oder staatsanwaltschaftliches Protokoll gegenüber dem schweigenden Angeklagten für den Schuldspruch nicht verwertet werden darf, werden Vorhaltungen aus einem solchen Protokoll vor allem Laienrichter schwerlich unbeeinflußt lassen. Ebenso problematisch ist es, dem Angeklagten selbst solche Protokolle vorzuhalten⁵⁷.

Noch problematischer wird es aber dann, wenn die Rechtsprechung auch die Verwertung solcher Aussagen des Beschuldigten zuläßt, die er außerhalb der Hauptverhandlung ohne vorherige ordnungsgemäße Belehrung über sein Schweigerecht gemacht hat⁵⁸. Wenn auch dies wiederum mit dem bloßen Ordnungscharakter der Belehrungspflichten gerechtfertigt wird, so wird verständlich, daß manchen das Recht zum Schweigen nur noch als „Schwert ohne Griff“ erscheint⁵⁹. In der Tat ist zu befürchten, daß die vom

⁵⁶ Dies deshalb, weil andere als richterliche Geständnisprotokolle (§ 254 StPO) zu Beweis Zwecken nicht verwertet werden dürfen (§ 250 StPO), was sie aber vom Vorhalt dem Zeugen gegenüber (§ 253 StPO) nicht ausschließt (KMR (Sax), § 249 Anm. 3; § 250 Anm. 5; § 254 Anm. 2). Nicht der Inhalt des vorgehaltenen Schriftstücks hat wie beim Urkundenbeweis die Beweiswirkung, sondern allein die auf den Vorhalt erfolgende Aussage des Zeugen oder des Angeklagten (BGHSt. 14, 310, 312).

⁵⁷ Für die Zulässigkeit auch gegenüber dem Angeklagten BGHSt. 14, 311 m. w. Nachw.; dagegen Eb. Schmidt, § 250 Anm. 7 und § 253 Anm. 1 m. w. Nachw., da auf diese Weise der Vorhalt die faktische Wirkung des in diesen Fällen unzulässigen Urkundenbeweises erhält, weil das Protokoll wörtlich und vollständig vorgelesen werden darf.

⁵⁸ So BGH GA 1962, S. 148; BGH NJW 1966, S. 1718; BGHSt. 22, 129, 170; zusammenfassend Juristische Arbeitsblätter 1972, S. 163 f.; dort auch Nachweis der gegenteiligen im Schrifttum herrschenden Meinung.

⁵⁹ In diesem Sinne Jescheck, JZ 1970, S. 206: „Der Schutz des Beschuldigten im Strafverfahren gegen Überraschung und gegen Prozeßnachteile infolge von Unkenntnis, Verwirrung oder Voreiligkeit ist durch die neuere Gesetzgebung stark ausgebaut worden. Die Rechtsprechung hat diesen Schutz jedoch durch Ablehnung der sich daraus ergebenden Beweisverbote inzwischen erheblich eingeschränkt. So wird die erst in der Haupt-

Gesetzgeber beabsichtigte Stärkung der Rechtsstellung des Beschuldigten von der Rechtsprechung, deren Richterschaft jener Rechtspolitik von Anfang an weithin ablehnend gegenüberstand⁶⁰, fast zur Wirkungslosigkeit minimalisiert wurde⁶¹.

3. Selbst das scheinbar absolute Beweismethoden- und Beweisverwertungsverbot des § 136 a StPO für Aussagen, die durch *willensbeeinträchtigende Mittel* erlangt wurden, weist beim näheren Zusehen einige durchaus beachtliche Einbruchsstellen auf.

a) Das gilt einmal hinsichtlich des Personenkreises, vor deren verbotswidrigen Vernehmungspraktiken diese Vorschrift schützen soll. Obgleich § 136 a StPO keinerlei institutionelle Beschränkung erkennen läßt, soll er nach herrschender Meinung nur gegen verbotene Vernehmungsmethoden durch staatliche Verfolgungsorgane und deren Beauftragte (wie z. B. Sachverständige) durchgreifen, nicht dagegen, wenn eine *Privatperson* auf derart unzulässige Weise ein Geständnis erpreßt hat⁶². Gibt also ein Denunziant, der durch Drogen oder Täuschung dem Mitgefangenen ein Geständnis abgeloct hat, dieses als Zeuge in der Hauptverhandlung preis, so soll es verwertbar sein. Allenfalls biete die Beweiswürdigung einen Filter gegen möglicherweise fragwürdige Beweismittel⁶³. Daß dies einen karrierebewußten und daher zum Erfolg verurteilten Kriminalbeamten geradezu zum stillschweigenden Einsatz privater „Ermittlungsgehilfen“ verführen kann, liegt auf der Hand.

b) Noch schwerer wiegt die Beschränkung des Verwertungsverbots auf die *unmittelbar* verbotswidrig erlangten Aussagen. Denn entgegen der amerikanischen Theorie der „*fruits of the poisonous tree*“⁶⁴ soll § 136 a StPO keine Fernwirkung haben⁶⁵,

verhandlung erklärte Aussageverweigerung des Zeugen durch die Vernehmung des Ermittlungs- oder Untersuchungsrichters praktisch illusorisch gemacht und § 252 StPO durch die Verlesung des Protokolls zur Stützung des Gedächtnisses der Verhörperson geradezu umgangen“.

⁶⁰ Vgl. dazu *Eb. Schmidt*, NJW 1968, S. 1214 f.

⁶¹ In diesem Sinne *Fincke*, NJW 1969, S. 1015.

⁶² Vgl. *Kleinknecht*, § 136 a Anm. 4; *Löwe-Rosenberg (Sarstedt)* § 136 a Anm. 2.

⁶³ So OLG Oldenburg, NJW 1953, S. 1237; *Kleinknecht*, NJW 1966, S. 1541.

⁶⁴ Vgl. dazu *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U. S. 385 (1920); *Nardone v. United States*, 308 U. S. 338, 341 (1939); ferner *James George Jr. a. a. O.* (Anm. 45), S. 101 ff., 134 ff.; *R. D. Davis a. a. O.* (Anm. 45), S. 335 ff.; *Karlen a. a. O.* (Anm. 45), S. 129 ff. (133).

so daß etwaige mittelbare Beweismittel, die durch die erpreßte Aussage erlangt wurden (z. B. der unter Hypnose genannte Zeuge; die Leiche, deren Versteck durch Folterung preisgegeben wurde), dem Verwertungsverbot nicht unterliegen sollen⁶⁵. Auch gegen diese Gefährdung des Selbstbezeichnungsprivilegs werden jedoch von der Lehre in steigendem Maße schärfste Bedenken geltend gemacht⁶⁷.

c) Nicht zuletzt wird die Durchschlagskraft des § 136 a StPO auch dadurch beeinträchtigt, daß der *Beweis* für etwaige unzulässige Vernehmungsmethoden dem Beschuldigten obliegen würde⁶⁸. Meist würden dabei seine Angaben über die unerlaubten Verhörmethoden mit den Aussagen der Verhörfpersonen kollidieren, die schon zur Vermeidung möglicher Disziplinarmaßnahmen allen Grund hätten, die Unerlaubtheit ihrer Mittel zu bestreiten. Auch wenn solche Fälle in einem von rechtsstaatlichem Geist getragenen System selten sein mögen, werden sie für den Beschuldigten schwerlich beweisbar sein, wenn sie tatsächlich einmal vorkommen.

4. Teilweises Schweigen als *Schuldindiz*:

Wollte man dem vulgären Vorurteil, daß ein schweigender Angeklagter wohl etwas zu verbergen habe⁶⁹, nachgeben, so

⁶⁵ *Kleinknecht*, § 136 a Anm. 5 mit weiteren Nachweisen; *Löwe-Rosenberg (Sarstedt)*, § 136 a Anm. 7; *Löwe-Rosenberg (Schäfer)* Einleitung, Kap. 12, V, B 1.

⁶⁶ Vgl. *Löwe-Rosenberg (Sarstedt)*, § 136 a Anm. 7.

⁶⁷ Für die Ausweitung des Verwertungsverbots auch auf mittelbare Erkenntnisse aus unzulässiger Vernehmung *Nüse*, JR 1966, S. 284; *Nüse* argumentiert hier aus der überragenden Bedeutung des Schutzes der Menschenwürde; äußerst kritisch gegen die Möglichkeit der Fernwirkung verbotswidrig erlangter Aussagen auch *Löwe-Rosenberg (Sarstedt)*, § 136 a Anm. 7; *Sarstedt* meint dort: „Es genügt nicht mehr, den Beschuldigten so lange zu peinigen, bis er gesteht; diejenigen Vernehmungsbeamten, für die die ganze Vorschrift überhaupt nur gedacht sein kann, müssen ihn jetzt vielmehr weiter peinigen, bis er Augenzeugen nennt, das Versteck der Beute offenbart, kurz, bis er außer der unverwertbaren Aussage verwertbare Beweismittel bekannt gibt“. Für Ausweitung auch 46. Deutscher Juristentag, NJW 1966, S. 2051.

⁶⁸ Vgl. *Kleinknecht*, § 136 a Anm. 6 mit weiteren Nachweisen; *Löwe-Rosenberg (Sarstedt)*, § 136 a Anm. 8.

⁶⁹ Als Illustration dazu die Episode aus dem Mariotti-Prozeß, geschildert bei *Wessels*, JuS 1969, S. 169: Dort versuchte der die Klage vertretende Sitzungsstaatsanwalt das Schweigen der Angeklagten als Schuldindiz hinzustellen, worauf der lediglich als Zuhörer anwesende Generalstaatsanwalt das Wort ergriff und den Staatsanwalt unter Hinweis auf die Bedeutung des Schweigerechts richtig stellte.

könnte das Schweigerecht genau das Gegenteil von dem bewirken, was es eigentlich sichern soll, nämlich den Schutz vor Selbstbezüglichung. Gewiß läßt sich niemals ausschließen — und auch die Motive zur StPO⁷⁰ räumen dies ein —, daß ein schweigender Angeklagter vielen Richtern um so schuldiger erscheinen wird, je mehr sich der Tatverdacht im Laufe des Verfahrens aus anderen Gründen verstärkt⁷¹. Die Frage jedoch ist, welche Schlußfolgerungen prozeßrechtlich daraus zu ziehen sind: völlige Unbeachtlichkeit und Unverwertbarkeit des Schweigens oder wenigstens Berücksichtigung im Rahmen der allgemeinen Beweiswürdigung? Sicherlich würde der erstgenannte Weg dem Schutz vor Selbstbezüglichung in optimaler Weise gerecht, so daß den Vertretern dieser Auffassung⁷² die Folgerichtigkeit ihrer Argumentation nicht bestritten werden kann.

Die herrschende Meinung hingegen glaubt diesen Weg nicht generell gehen zu können, sondern hält folgende Unterscheidung für angebracht:

a) Soweit der Beschuldigte völlig schweigt und sich zu keinerlei Äußerung bereit erklärt, soll dieses *totale Schweigen* auch dann nicht negativ gegen ihn verwertet werden dürfen, wenn das Motiv des Schweigens erkennbar darin besteht, eine Selbstbelastung zu vermeiden⁷³. Denn wollte man anders entscheiden, so würde dem Angeklagten praktisch eine aktive Entlastungspflicht auferlegt, ein Aussagegebot also, das nicht nur mit der Unschuldsvermutung in Widerspruch stünde, sondern das Schweigerecht im Grunde wieder aufheben würde.

b) Hat sich der Beschuldigte dagegen irgendwann einmal zur Sache insgesamt oder wenigstens *teilweise eingelassen*, so soll nach den Grundsätzen der freien Beweiswürdigung diese Teilaussage verwertbar sein; denn damit habe sich der Beschuldigte selbst zum Beweismittel gemacht⁷⁴.

⁷⁰ Motive zu dem Entwurf einer deutschen Strafprozeßordnung, Berlin 1872, S. 94.

⁷¹ Vgl. etwa *Stümpfler*, Das Schweigen im Strafverfahren oder Bußgeldverfahren, DAR 1973, S. 6/7.

⁷² Nachweise bei *Löwe-Rosenberg (Schäfer)*, Einleitung, Kap. 12, V A 1.

⁷³ *Kleinknecht*, § 261 Anm. 4 b.

⁷⁴ So *Löwe-Rosenberg (Schäfer)*, Einleitung, Kapitel 12 V A 1; *Löwe-Rosenberg (Sarstedt)*, § 136 Anm. 5 a; *Kleinknecht*, § 261 Anm. 4 B; *Kleinknecht*, JR 1966, S. 270 f.; *Dallinger*, MDR 1971, S. 18; *Wessels*, JuS 1966, S. 172 mit Einschränkungen; dagegen *Stree*, JZ 1966, S. 593 f.; *Seibert*, NJW 1965, S. 1700.

Diese Differenzierung zwischen vollem und teilweisem Schweigen könnte auf den ersten Blick gekünstelt erscheinen, jedoch dürfte sie zumindest im Ansatz wohl begründet sein. Denn immerhin hat sich der Angeklagte zum Tatvorwurf „verhalten“, und zumindest dieses Verhalten muß — wie das sonstige Verhalten des Angeklagten in der Hauptverhandlung auch — Gegenstand der Beweiswürdigung sein können. Auch geht es keineswegs um die Wertung des Schweigens — denn aus einem Nichts kann nichts entnommen werden —, sondern um die Wertung seines Redens. So wenig nun vom Gericht schon allein aus der Tatsache, daß der Angeklagte auf belastende Fragen schweigt, für sich allein ein Schuldbekenntnis herausgelesen werden darf⁷⁵, so wenig läßt sich ausschließen, daß die tatsächlichen Aussagen zu Schlußfolgerungen drängen, zu denen sich der Angeklagte durch sein Schweigen gerade nicht bekennen möchte.

Es liegt auf der Hand, daß die Grenze zwischen bloßer Wertung der Aussage und Deutung des Schweigens nicht leicht zu ziehen ist und dadurch der Schutz vor Selbstbezeichnung in Gefahr geraten kann. Deshalb wird es immer auf den aussagepsychologischen Gesamtzusammenhang ankommen. Nur dort, wo die Aussage bereits so weit gegangen ist, daß die Nichtbeantwortung einer weiteren Frage zum „bereden“ Schweigen wird, wird man in der *Gesamteinlassung* des Angeklagten ein Schuldindiz erblicken dürfen. Freilich ist nicht zu leugnen, daß der Beschuldigte in eine gefährliche Alternative getrieben wird, wenn bei teilweisem Schweigen und teilweisem Reden seine Gesamteinlassung zum Gegenstand der Beweiswürdigung gemacht wird und damit möglicherweise auch zu seiner Überführung dienen kann. Denn entschließt er sich zu völligem Schweigen, so begibt er sich jeder Möglichkeit, etwaige Beweismittel, die gegen ihn aufgebaut werden, durch Gegendarstellung zu erschüttern. Läßt er sich dagegen auf Teilaussagen ein, macht er sich selbst zu einem Beweismittel. Insofern bleibt das Schweigerecht nach wie vor ein „privilegium odiosum“ mit all seinen negativen Folgen. Um diese abzubauen, wäre von der schuldindizierenden Wirkung teilweisen Schweigens nur mit größter Vorsicht Gebrauch zu machen.

c) Um so mehr muß es verwundern, daß demgegenüber neuerdings einige Stimmen aus der Praxis fordern, daß über die gegenwärtigen Grenzen hinaus das Schweigen generell zum Gegenstand

⁷⁵ Vgl. Löwe-Rosenberg (*Sarstedt*), § 136 Anm. 5 a.

freier richterlicher Beweiswürdigung gemacht werden könne⁷⁶. Dies hätte zur Folge, daß es im richterlichen Ermessen läge, ob Schweigen als Schuldindiz verwertet wird oder nicht. Weiter würde dies dazu führen, daß eine solche Verwertung nur bei Nachweis eines Ermessensfehlers mit der Revision angreifbar wäre, was in der Praxis selten gelingen dürfte. Denn wenn das Gericht aus dem Schweigen des Angeklagten ohne weiteres den Schluß ziehen könnte, daß er schuldig sei, und sich aus der Beweisaufnahme keine anderen Indizien für Schuld oder Unschuld des Angeklagten ergäben, bliebe für eine revisionsrichterliche Überprüfung jenes Ermessens kein Anhaltspunkt mehr. Da Schweigen keine Tatsachen offenbart, auf die sich die richterliche Überzeugung von der Schuld des Angeklagten begründen ließe, müßte dies letztlich auf eine *Schuldvermutung* bei Schweigen hinauslaufen⁷⁷ — ein Ergebnis, dessen Unvereinbarkeit mit dem Privileg gegen Selbstinkriminierung auf der Hand liegt.

5. Verwertung des Schweigens bei der *Strafzumessung*:

Könnte dem Angeklagten sein Schweigen straferschwerend zur Last gelegt werden, so könnte dies ein Grund für ihn sein, entgegen seinem wahren Willen sich auf eine Aussage einzulassen. Doch anders als bei der zuvor erörterten Frage nach der etwaigen Indizwirkung teilweisen Schweigens ist man sich hinsichtlich der Strafzumessung weitgehend einig darüber, daß bloßes Schweigen bei Festsetzen des Strafmaßes keinen Straferschwerungsgrund abgeben darf⁷⁸. Lediglich dort, wo es sich nicht nur um Schweigen, sondern um wahrheitswidriges Verleugnen handelt, das auf Verstocktheit oder Verschlagenheit schließen läßt, soll dies straf erhöhend berücksichtigt werden können⁷⁹. Freilich wird auch hier der Richter darauf achten müssen, aus dem Leugnen des Angeklagten nicht voreilig auf Uneinsichtigkeit zu schließen. Denn wer von seiner eigenen Unschuld überzeugt ist, kann sich leicht zu un-

⁷⁶ So Ostermeyer, NJW 1969, S. 1187; Stümpfler a. a. O. (Anm. 71), S. 7.

⁷⁷ Im Ergebnis auch Stree, JZ 1966, S. 598; a. A. Stümpfler, S. 7.

⁷⁸ Vgl. dazu Löwe-Rosenberg (Gollwitzer), § 243 Anm. 8 c; Löwe-Rosenberg (Sarstedt), § 136 Anm. 5 a a. E.; Schönke-Schröder, § 13 Anm. 40; dazu auch Eb. Schmidt (Nachtrag), § 136 RdNr. 28; vgl. auch dessen grundsätzliche Erwägungen zur Berücksichtigung des Verhaltens des Angeklagten vor Gericht bei der Strafzumessung, in Materialien zur Strafrechtsreform Bd. 1 (1954), S. 27 mit weiteren Nachweisen.

⁷⁹ Schönke-Schröder, § 13 Anm. 40 m. w. Nachweisen.

einsichtig scheinender Streitbarkeit hinreißen lassen⁸⁰. Auch solchen Angeklagten sollte der Schild des Privilegs gegen Selbstbeziehung nicht vorenthalten werden.

V. Schutz des Zeugen vor Selbstbeschuldigung

1. Das Privileg gegen Selbstbeschuldigung wäre unvollständig, wenn es nicht auch von Zeugen in Anspruch genommen werden könnte⁸¹, die, würden sie pflichtgemäß die Wahrheit sagen, sich selbst einer strafbaren Handlung bezichtigen würden. Die StPO sucht dem Rechnung zu tragen, indem sie in solchen Fällen dem Zeugen ein *Auskunftsverweigerungsrecht* gibt, und zwar nicht nur für sich selbst, sondern auch zum Schutz von Angehörigen (§ 55 StPO).

Der Zeuge kann von diesem Recht in jedem Stadium des Verfahrens Gebrauch machen. Im Unterschied zum Zeugnisverweigerungsrecht (unten Ziff. 4) ist das bloße Auskunftsverweigerungsrecht dem Grundsatz nach auf das Recht beschränkt, auf bestimmte Einzelfragen zu schweigen. Es kann sich aber notfalls auf einen ganzen Komplex beziehen, durch dessen Offenlegung sich der Zeuge selbst belasten müßte⁸². Zur Begründung der Auskunftsverweigerung reicht die eidliche Versicherung des Zeugen, daß er sich selbst bezichtigen würde (§ 56 StPO). Er braucht daher nicht die Tat anzugeben, wegen der er verfolgt werden könnte. Doch bleibt es natürlich dem Geschick und den Rechtskenntnissen des Zeugen überlassen, wie nahe er mit seinen etwaigen Angaben bis zur Zeugnisverweigerung den Staatsanwalt und die Polizei an die ihn betreffende Straftat heranläßt.

2. Auch für den Zeugen ist dieses Schutzrecht nur dann realisierbar, wenn er um dessen Existenz weiß. Ähnlich der Beschuldigtenbelehrung ist daher seit dem Vereinheitlichungsgesetz von 1950 auch der Zeuge über sein Auskunftsverweigerungsrecht zu *belehren* (§ 55 Abs. 2 StPO). Doch galt dies zunächst nur für richterliche Vernehmungen, nicht dagegen für die vor dem Staatsanwalt oder der Polizei. Wollte man diese unterschiedliche Handhabung damit rechtfertigen, daß der Zeuge zwar einer richterlichen Vorladung, nicht dagegen der durch Staatsanwaltschaft

⁸⁰ Darauf weist der BGH eindringlich mit Blickrichtung auf die Instanzgerichte hin (BGH VRS 26, 22).

⁸¹ Vgl. dazu BGHSt. 1, 40.

⁸² Vgl. RGSt. 44, 45; BGHSt. 10, 104 f. (105) m. w. Nachw.; Kleinknecht, § 55 Anm. 1; KMR (Sax), § 55 Anm. 1 c; Eb. Schmidt, § 55 RdNr. 1; Löwe-Rosenberg (Kohlhaas), § 55 Anm. 1 m. w. Nachweisen.

oder Polizei Folge leisten müsse, insoweit also seine Mitwirkung eine freiwillige sei⁸³, so würde man verkennen, daß sich die breite Bevölkerung über derartige Unterschiede kaum im klaren ist. Wer von der Polizei oder Staatsanwaltschaft eine Vorladung erhält, wird diese, obwohl er es rechtlich könnte, nur im Ausnahmefall einfach ignorieren und fernbleiben. Deshalb war es sehr zu begrüßen, daß das StPAG von 1964 die Belehrungspflicht auch auf die Staatsanwaltschaft und die Polizei erstreckt hat (§ 163 a Abs. 5 StPO).

Allerdings wird auch diese Schutzmaßnahme vor Selbstbezüglichung praktisch dadurch *unterlaufen*, daß nach vorherrschender Rechtsprechung die Belehrungspflicht durch das Gericht erst dann entstehe, wenn der Richter Grund zu der Annahme habe, der Zeuge könne sich strafbar gemacht haben⁸⁴. Das hat zur Folge, daß das Gericht den Zeugen so lange reden lassen kann, bis es nach pflichtgemäßem Ermessen zu der Auffassung kommt, der Zeuge habe sich mit seiner Aussage nicht nur theoretisch, sondern auch tatsächlich belastet⁸⁵. Erst dann sei der Vorsitzende verpflichtet, den Zeugen „alsbald“⁸⁶ zu belehren. Daß die vor oder aufgrund widerrechtlich unterlassener Belehrung gemachte Aussage des Zeugen nach herrschender Rechtsprechung⁸⁷ jedenfalls gegen einen anderen verwertbar bleibt, mag dahingehen. Problematisch ist dagegen, daß auch dem Zeugen selbst gegenüber die vor der Belehrung bzw. ohne eine solche gemachte Aussage zu seinen Lasten soll verwertet werden dürfen. Denn im Unterschied zum Beschuldigten steht der Zeuge grundsätzlich unter Aussage- und Wahrheitspflicht. Kommt er dieser nach, ohne zu wissen, daß er selbstbelastende Angaben zu verweigern berechtigt wäre, so läßt man ihn in eine Falle tappen, in der er sich unversehens der Straf-

⁸³ Vgl. dazu Eb. Schmidt, vor § 48, RdNr. 16 a. Nach dem Entwurf eines ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrensrechts (1. StVRG), Bundestagsdrucksache VI/3478, S. 43 f., wird in Zukunft auch die Zeugen die erzwingbare Pflicht treffen, vor dem Staatsanwalt zu erscheinen und auszusagen, so wie bisher nur vor dem Richter.

⁸⁴ So BGHSt. 1, 39 (40); OLG Frankfurt NJW 1951, S. 618, weitere Rspr. des BGH bei Dallinger, MDR 1953, S. 402; Kleinknecht, § 55 Anm. 4 A.

⁸⁵ Vgl. Löwe-Rosenberg (Kohlhaas), § 55 Anm. 4; KMR (Sax), § 55 Anm. 23; kritisch dazu Geerds in: Festschrift für Stock, 1966, S. 188.

⁸⁶ So Kleinknecht, § 55 Anm. 4.

⁸⁷ Für Verwertbarkeit: RGSt. 38, 320; BGHSt. 1, 39 (40); 10, 186 (190); 11, 213; dagegen und zum Streitstand mit weiteren Nachweisen: Löwe-Rosenberg (Kohlhaas), § 55 Anm. 3, 6, 7; a. A. insbes. auch KMR (Sax), Anm. 2 b, II 1 vor 48; § 55 Anm. 2 d und 5; Geerds a. a. O., S. 188.

verfolgung ausliefert. Dem wäre durch eine *frühzeitigere Belehrung* abzuhelpfen⁸⁸.

Ähnlich wie bei Unterlaufung des Schweigerechts des Beschuldigten durch Verwertung früherer Aussagen⁸⁹ läßt es die Rechtsprechung auch bei auskunftsverweigernden Zeugen zu, daß ihre frühere Aussage durch *Vernehmung* der *Verhöhperson* oder durch Vorhalt in den Prozeß eingeführt wird⁹⁰. Obgleich das in erster Linie gegen den Beschuldigten ausschlägt und seine Verteidigungsmöglichkeiten beschneidet⁹¹, kann das erneute Aufrollen der selbstbelastenden Aussagen des Zeugen in der Hauptverhandlung doch auch gegen diesen selbst ausschlagen, indem die Aufmerksamkeit der Staatsanwaltschaft auf diese Taten gelenkt wird.

4. Schließlich ist noch auf einen mittelbaren Schutz vor Selbstbezeichnung aufmerksam zu machen, und zwar dadurch, daß Zeugen, die in einem bestimmten Vertrauensverhältnis zum Beschuldigten stehen und dadurch bei einer wahrheitsgemäßen Aussage in einen Interessenkonflikt geraten könnten, ein *Zeugnisverweigerungsrecht* eingeräumt wird. Das gilt namentlich für verwandtschaftliche Verhältnisse (§ 52 StPO) sowie für bestimmte berufliche Beziehungen, bei denen Vertraulichkeitsschutz eine besondere Rolle spielt, wie z. B. bei Geistlichen, Rechtsanwälten, Ärzten und Journalisten (§§ 53, 53 a StPO). Wäre im Rahmen solcher Beziehungen der Zeuge überhaupt zu einer Aussage verpflichtet, so müßte das nicht nur das Vertrauensverhältnis zu dem Beschuldigten belasten, sondern könnte unter Umständen auch eine gewisse — wenn auch nicht notwendig strafrechtliche — Selbstinkriminierung des Zeugen zur Folge haben.

Die Belehrungspflicht ist hier unterschiedlich geregelt: Während der verwandtschaftlich mit dem Beschuldigten verbundene Zeuge über sein Aussageverweigerungsrecht in jedem Stadium des Verfahrens zu belehren ist (§ 52 Abs. 2 StPO), ist bei beruflich bedingtem Zeugnisverweigerungsrecht eine Belehrung nicht vorgeschrieben. Hier geht das Gesetz offensichtlich davon aus, daß

⁸⁸ Vgl. *Geerds a. a. O.*, S. 171 ff., 188 ff.

⁸⁹ Siehe oben IV.

⁹⁰ BGH MDR 1951, S. 180; BGH NJW 1957, S. 919; BGHSt. 17, 245; OLG Celle, NJW 1957, S. 194; vgl. ferner *Löwe-Rosenberg (Kohlhaas)*, § 55 Anm. 1; konsequenterweise auch hier a. A. *Eb. Schmidt*, JZ 1958, S. 596; *ders.*, § 252 Anm. 3.

⁹¹ Dazu *Eser*, NJW 1963, S. 234 (236).

das Aussageverweigerungsrecht aufgrund entsprechender Erfahrungen bereits bekannt ist⁹².

Auch dieses Aussageverweigerungsrecht kann freilich bis zu einem gewissen Grad dadurch unterlaufen werden, daß die Aussage eines Zeugen, der später sein Zeugnis verweigert, auf anderem Wege in die Hauptverhandlung eingeführt wird. Zwar kann dies nicht dadurch geschehen, daß einfach das Protokoll der früheren Vernehmung verlesen wird. Doch soll es nach herrschender Rechtsprechung zulässig sein, daß zumindest die vor einem Richter nach ordnungsgemäßer Belehrung gemachte Aussage durch *Vernehmung* dieses Richters in die Beweisaufnahme eingebracht und dann auch verwertet wird⁹³. Auch diese Praxis trägt die Gefahr in sich, daß der Schutz vor Bezeichnung der eigenen Person oder nahestehender Personen durchlöchert wird⁹⁴.

VI. *Schlußbemerkung*

Trotz der aufgezeigten Einbruchstellen ist das Bemühen der deutschen Strafprozeßordnung unverkennbar, sowohl formell Beschuldigte als auch Zeugen, die sich einer Strafverfolgung aussetzen könnten, soweit wie möglich vor potentiellen Selbstbezeichnungen zu schützen. Doch werden Rechtsprechung und Lehre darauf bedacht sein müssen, daß in dem verständlichen Bestreben nach Wahrheitserforschung die aufgezeigten Einbruchstellen nicht noch größer werden, sondern das grundrechtlich geschützte Privileg gegen Selbstbeschuldigung tatsächlich seinen *Vorrang* behält.

Welchen Lauf die weitere Entwicklung nehmen wird, läßt sich schwer voraussagen. Eines erscheint jedoch sicher, nämlich daß sich das Schwergewicht des Vorverfahrens noch mehr als bisher auf die Staatsanwaltschaft verlagern wird. Um hier das Gleichgewicht zwischen Verfolgung und Verteidigung nicht aus der Balance geraten zu lassen, werden sicherlich auch die Rechte des Beschuldigten einer weiteren Verstärkung bedürfen. Auch wird nicht zu übersehen sein, daß damit die *Justiz* in noch größere *Rollenkonflikte* zwischen größtmöglicher Aufklärung einerseits und Wahrung der Beschuldigtenrechte andererseits kommen wird.

⁹² So BGH 5 StR 388/57 bei Lackner, MDR 1958, S. 14; ferner Löwe-Rosenberg, § 53 Anm. I; KMR (Sax), Vorbem. vor § 48 Anm. 2 b II 3 c.

⁹³ BGHSt. 2, 99/107; 11, 338; Löwe-Rosenberg (Kohlhaas), § 52 Anm. 5; Juristische Arbeitsblätter 1972, S. 166.

⁹⁴ Vgl. näher die Kritik bei Eser, NJW 1963, S. 234/6.

Auch dem wird durch entsprechende Schutzvorschriften zugunsten des Beschuldigten und des Zeugen vorzubeugen sein.

Summary

The principle of “*nemo tenetur prodere seipsum*” is also valid under the law of criminal procedure in the Federal Republic of Germany. Its ultimate roots are founded in the humanistic idea that man must not be abused by serving as object of other men's ends, a maxim that became part of article 1 of the Basic Law of the FRG, protecting the dignity of man. Yet, this privilege against self-incrimination is not explicitly codified as such but rather embodied in various provisions of substantive as well as procedural criminal law. Since most of these rules are applicable to all stages of the proceedings, beginning from police inquiries to the end of the trial, thus the defendant is protected from the impacts of the somehow antagonistic “principle of inquisition” by which the prosecuting authorities as well as the judge are bound to explore the truth to the highest degree possible.

The main rules may be summed up as follows:

- Extortion of confessions from defendants is already prohibited by substantive penal law.
- Primarily due to the awful experience during the Third Reich, the penal procedural code (StPO) was amended by a rule, binding all agencies of the prosecution, banning any infringement on the defendant's free will by force or other unfair practices.
- From the first questioning by the police up to the trial the StPO grants the defendant the right to refuse to answer any question with regard to the charge — a right equivalent to his other right to plead his case by repudiating statements.

The efficacy of the latter is supported by further supplementary rights:

- The defendant must be expressly instructed of his right to refuse to answer questions before the first interrogation by any of the agencies of the prosecution.
- If a defendant is to be interrogated by another prosecutor or judge, he has again to be instructed of his rights.
- The instruction has to comprise the factual circumstances as well as the legal aspects of the case.

— In context with the instruction above the defendant must be informed of his right to consult a defense counsel who is entitled to examine the records in an early stage of the prosecution.

These rules constituting an “informed” privilege against self-incrimination are as a whole based on the observation that the mere refusal of a statement in view of the charge can only reasonably be applied as a means of defense if the defendant knows what he has to stand up for.

The impression of almost perfect legal protection against self-incrimination must not delude as to some essential shortcomings due to the jurisdiction of the courts. Mainly:

— The violation of the pertinent rules on instruction — except for extreme instances of obtaining statements by means banned expressly by law which are rare indeed — does not inhibit the use of statements made thereafter as evidence against the defendant.

— The defendant cannot successfully appeal against the verdict, for example, with the assertion that he had made a self-incriminating statement only because he was not properly instructed of his rights.

— Contrary to authorities in criminal jurisprudence the courts allow exclusion of evidence attained out of court without due instruction only in instances enumerated in the code, which is not the case with regard to instructions against self-incrimination. In this case the statement itself is barred from use. The interrogator, however, may testify as a witness to such a former statement. In the course of such testimony the record of the interrogation may be read in court to the witness to refresh his memory — no doubt as to the effect on the jury.

— Even though statements obtained by unlawful means are strictly barred from use in court, this exclusion is not valid with regard to statements thus gained by others than prosecuting personnel; and if the latter apply such means themselves the exclusion is restricted to statements gained directly thereby. Thus, the American doctrine of “the fruits of the poisonous tree” is not practiced in German law.

— It is generally accepted that refusing to answer questions alone is no indication of guilt. But within his discretionary power, the judge may well interpret a refusal with regard to certain questions in context with other statements the defendant has made.

The witness enjoys similar protection against self-incrimination as the defendant — yet suffering under the same shortcomings.

The further development of this privilege is difficult to judge. As the scene of prosecution is now tending to center towards the public prosecutor and the police, away from the court, further strengthening of the defendants' and witnesses' rights seem necessary.

Resumen

El principio jurídico „nemo tenetur prodere seipsum“ es válido también en derecho procesal penal alemán. Tiene su origen en la idea humanista de que el hombre no puede ser convertido por el hombre en objeto de sus fines, máxima que es parte constitutiva de la dignidad humana protegida por el art. 1 de la Ley Fundamental. Esta protección contra la autoincriminación no está codificada como tal, pero se encuentra sin embargo representada materialmente en distintas disposiciones jurídicas y procesales. Puesto que la mayor parte de estas reglas encuentran aplicación en todas las fases del proceso, empezando por las averiguaciones policiales hasta el final del proceso de cognición, el encartado está protegido de esta manera contra las repercusiones del, de alguna manera opuesto, principio inquisitivo, según el cual Ministerio Fiscal y Tribunal están obligados a la investigación de la verdad tan extensamente como sea posible.

Los más importantes derechos protectores del acusado pueden ser resumidos como sigue:

- La prohibición jurídico-penal de obtener mediante coacción una declaración.
- La prohibición e inutilización de medios indagatorios a través de los cuales pudiera ser mermada la libre determinación de la voluntad del encartado (maltrato, engaño, amenaza, promesas ilegales), prohibición de medios de prueba que fué introducida y no en último término, para impedimento de métodos indagatorios como los que fueron empleados durante el Tercer Reich.
- El derecho del acusado a rechazar, desde el primero hasta el último interrogatorio ante la Policía o el Tribunal, cualquier declaración a preguntas con respecto a la inculpación. Este derecho a guardar silencio expresado negativamente encuentra su complemento a través del positivo derecho a declarar ante cada inculpación.

— El encartado tiene derecho, ya desde el primer interrogatorio, a la asistencia de un defensor.

La eficacia de este derecho a guardar silencio, o en su caso, a defenderse, está protegida a través de los siguientes derechos complementarios:

— El encartado debe ser expresamente informado acerca de sus derechos anteriormente citados, antes del primer interrogatorio.

— Si un encartado que ya ha sido interrogado, es sometido por otro órgano procesal a un interrogatorio posterior, debe ser informado nuevamente sobre su derecho a permanecer callado.

— Esto vale también para el caso de que desde el anterior interrogatorio se hayan producido nuevas sospechas.

— La información debe comprender generalmente tanto las circunstancias fácticas como su calificación jurídica, pues sólo entonces, cuando el encartado sabe contra qué ha de defenderse, puede ser el silencio un práctico medio de defensa. Por eso, la Ley Procesal Penal Alemana le concede un derecho „informado al silencio“.

Esta impresión de una casi perfecta protección ante la auto-incriminación, no debe sin embargo, hacer olvidar algunas esenciales mermas en detrimento de estos derechos que han de atribuirse particularmente a la jurisprudencia. Así en especial:

— La violación del derecho de información conduce sólo en pocos casos excepcionales, así en caso de métodos interrogatorios prohibidos, a una prohibición de utilizarlos.

— Por consiguiente, el encartado no puede generalmente con éxito interponer un recurso, alegando que él ha hecho una declaración agravatoria sólo porque no había sido informado sobre su derecho a permanecer callado, según la ley lo ordena.

— En tanto la lectura del protocolo está prohibida, puede el juez que llevó a cabo el interrogatorio, bajo determinadas circunstancias, ser interrogado como testigo acerca de la declaración del encartado.

— Incluso cuando el encartado rechaza la declaración en las diligencias de prueba, puede ser leído el protocolo judicial sobre una anterior confesión.

— Incluso cuando una declaración no puede ser utilizada a causa de los ilícitos medios interrogatorios, no con esto está excluída la utilización de las pruebas que fueron obtenidas mediante aquella

declaración. La teoría norteamericana de „the fruits of the poisonous tree“ no está por tanto, reconocida por la jurisprudencia alemana.

— Aunque se reconoce generalmente que del silencio del acusado no debe deducirse confesión alguna de culpabilidad, queda al arbitrio del juez en la apreciación de las pruebas, hasta qué punto él estima un silencio parcial del acusado, en relación con eventuales manifestaciones, como agravatorio.

El testigo goza, como el encartado, de parecida protección contra la autoincriminación, por supuesto que con parecidas mermas.

El posterior desarrollo del privilegio contra la autoincriminación es difícil de juzgar. Puesto que las tendencias de reforma se dirigen a desplazar el mayor peso del proceso penal, siempre más fuerte, hacia el Ministerio público, parece necesario un mayor fortalecimiento de los derechos del encartado y de los testigos.