

AUFSÄTZE

Die Anwendung des »nemo-tenetur-Grundsatzes« auf das Prozeßverhalten des Angeklagten

Zugleich Anmerkung zu BGH StV 2000, 234 und StV 2000, 293

von Wiss. Ass. Dr. Claudia Keiser, Hannover

In gleich zwei Entscheidungen hat sich der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs mit der Anwendung des nemo-tenetur-Grundsatzes auf das Prozeßverhalten des Angeklagten auseinandergesetzt. Beide Entscheidungen verdienen schon deshalb besondere Aufmerksamkeit, weil der Senat die eine als Ergänzung,¹ die andere als Abgrenzung² zu BGHSt 20, 298 verstanden wissen will, jenem Urteil, dessen Bedeutung vor allem darin gesehen wird, daß sich mit ihm der Bundesgerichtshof der (freilich stark umstrittenen³) Lehre vom sog. Teilschweigen angeschlossen hat.⁴ Demgegenüber droht es fast in Vergessenheit zu geraten, daß es sich dabei zugleich um das erste höchstrichterliche Urteil handelte, bei dem geprüft wurde, ob das Prozeßverhalten des Angeklagten als solches dem nemo-tenetur-Grundsatz und mithin dem daraus folgenden Verwertungsverbot unterfallen kann. Jetzt ist diese Frage durch die beiden genannten Entscheidungen wieder aufgegriffen und weitergeführt worden. Der folgende Beitrag nimmt dies zum Anlaß, sich mit dem Aspekt der Verwertbarkeit prozessualen Verhaltens des Angeklagten auseinander zu setzen.

I. In der Rechtsprechung stand bereits die Verwertbarkeit ganz unterschiedlichen Verhaltens zur Debatte. So ging es etwa darum, ob und wann sog. nonverbale Verhaltensweisen wie Mimik und Gestik (un-) verwertbar sind⁵ oder um das – nicht die Unschuld betuernde – Verhalten einer Angeklagten während der Untersuchungshaft.⁶ Schon diese Beispiele zeigen, daß für den Prozeß eine unüberschaubare Vielfalt verschiedenster Verhaltensformen und -situationen denkbar ist. Daher ist es kaum möglich, von »dem« Prozeßverhalten des Angeklagten zu sprechen, geschweige denn, eine allgemeine Aussage über dessen Verwertbarkeit zu treffen. Jetzt liegt aber eine sich aus Ausgangs-, Ergänzungs- und Abgrenzungsfall zusammensetzende Serie von Entscheidungen vor, die sich auf exakt dasselbe Prozeßverhalten eines Angeklagten bezieht. In allen drei Fällen geht es gleichermaßen um die Frage, ob für den Angeklagten nachteilige Schlüsse aus dem (Verhaltens-) Umstand gezogen werden dürfen, daß er einen Zeugen nicht nach § 53 Abs. 2 StPO von dessen Schweigepflicht entbunden hat. Damit bietet sich die Gelegenheit, anhand dieser einen prozessualen Verhaltensform exemplarisch zu untersuchen, ob es nicht doch ein allgemeines Kriterium gibt, mit dessen Hilfe sich entscheiden läßt, ob das jeweilige Verhalten nun beweisverwertbar ist oder nicht.

1. In BGHSt 20, 298⁷ hatte der Angeklagte sich zu den gegen ihn u. a. wegen Meineids erhobenen Vorwürfen geäußert und dabei die Frage aufgeworfen, ob eine bestimmte von ihm gegenüber seinem Rechtsanwalt abgegebene Erklärung eine eidesstattliche Versicherung darstellte oder nicht. Das Tatgericht wollte daraufhin den Rechtsanwalt hierzu als Zeugen vernehmen, der Angeklagte entband ihn jedoch nicht von seiner Schweigepflicht. Auf die Revision, die geltend machte, das Prozeßverhalten des Angeklagten sei »ähnlich wie wenn er geschwiegen hätte«, wurde geprüft, ob das fragliche Prozeßverhalten in der Rechtsfolge dem Schweigen gleichgestellt werden könne und ebenso wie dieses nicht zuungunsten des Angeklagten verwertet werden dürfe.⁸ Damit markiert das Urteil für die Anwendbarkeit des nemo-tenetur-Grundsatzes auf das Prozeßverhalten einen wichtigen Meilenstein. Bis dahin war die alleinige Ausgangsfrage nämlich, ob das übrige Prozeßverhalten – so etwa Mimik und Gestik¹⁰ – vom Schweigen des Angeklagten und der damit ausgelösten Rechtswirkung gleichsam mitumfaßt ist oder eben nicht. Für jene Verhaltensweisen, die lediglich unselbständige Attribute der Art und Weise des Re-

dens oder eben auch des Schweigens darstellen, ist diese Herangehensweise auch durchaus richtig, wie noch zu zeigen ist. Doch nun wird erstmals anerkannt, daß zumindest einigen Verhaltensformen auch eine eigenständige Bedeutung zukommen könnte. Der sich so abzeichnende Gedankengang wird in dem Urteil jedoch in dieser Form weder explizit aus- und schon gar nicht weitergeführt. Es enthält demgemäß auch keinerlei Hinweise darauf, welcher Art solche Verhaltensweisen sein könnten. Statt dessen wird die Nichtabgabe der Entbindungserklärung gerade nicht in ihrer Bedeutung als die Ausübung eines eigenständigen Rechts erfaßt, wie dies später beim OLG Düsseldorf¹¹ hinsichtlich der (Nicht-) Benennung von Alibizeugen der Fall ist.¹² Das Verhalten wird auch nicht (erst) in der Rechtsfolge, sondern schon faktisch einem Schweigen gleichgestellt. Gleichwohl soll aber dieses schweigende Verhalten der Beweisverwertung nicht entgegenstehen, denn es beziehe sich nur auf einen einzelnen Punkt, wohingegen insgesamt von einer Einlassung des Angeklagten auszugehen sei.

1 StV 2000, 234 = NJW 2000, 1426 = JZ 2000, 683 m. Anm. Kühne (684); zur Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung vorgesehen.

2 StV 2000, 293 = NJW 2000, 1662; zur Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung vorgesehen.

3 Zur Kritik am sog. Teilschweigen vgl. Rogall, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, Berlin 1977, 250 ff.; Riping JR 1974, 138; Kühl JuS 1986, 120 f. Demgegenüber gab Schmidt JZ 1970, 342 seine bisherige Kritik ausdrücklich auf und schloß sich nun den von der Rechtsprechung vorgebrachten Argumenten für die Verwertung des Teilschweigens an.

4 Anm. Meyer JR 1966, 352; Schmidt JZ 1970, 341; Richter II StV 1994, 690.

5 Für die Verwertbarkeit bei einem schweigenden Angeklagten Roschmann, Das Schweigerecht des Beschuldigten im Strafprozeß und seine rechtlichen und faktischen Grenzen, Diss. Jur. Bremen 1983, 123; Günther GA 1978, 196; Arndt NJW 1961, 871; Seibert NJW 1965, 1706 in Fn. 4. Dagegen jetzt vor allem BGH StV 1993, 458 f. (= NSZ 1994, 24, Nr. 13 bei Kusch) hinsichtlich heftiger Mimik und Gestik, mit welcher der Angeklagte die Beweisaufnahme verfolgt habe, aber auch schon früher Kleinknecht JR 1966, 270.

6 BGHR-StPO, Aussageverhalten 7; vgl. auch BGHR-StPO, Aussageverhalten 11 und zuletzt BGH NSZ-RR 2000, 37, Nr. 15 bei Kusch. Siehe ferner für das Verhalten gegenüber der Polizei (Nichterstattung einer Verurteilung) OLG Stuttgart Die Justiz 1986, 328.

7 = JR 1966, 351 m. Anm. Meyer.

8 BGHSt 20, 298 (299).

9 Zu den »dem Schweigen gleichstehenden« Fallgruppen des Aussageverhaltens siehe auch Miebach NSZ 2000, 235.

10 Vgl. Fn. 6.

11 OLG Düsseldorf StV 1990, 442.

12 Siehe für einen ähnlichen Fall auch BGHR-StPO, § 261, Aussageverhalten 9.

Der Angeklagte habe nämlich »von seinem Recht, zum Anklagevorwurf überhaupt zu schweigen, keinen Gebrauch« und damit seine Einlassung wie auch sein gesamtes Verhalten zum Gegenstand der Beweiswürdigung gemacht.¹³ Ob der Lehre vom Teilschweigen zu folgen ist oder nicht, mag hier dahingestellt bleiben. In dem vorliegenden Zusammenhang ist es allein von Interesse, daß der *BGH* in diesem Urteil die Bewertung des Prozeßverhaltens nach einem System vorgenommen hat, das allein zwischen Schweigen und Einlassung unterscheidet. Das Prozeßverhalten erhält dabei keine eigenständige Dimension, sondern wird einer dieser beiden Kategorien untergeordnet.

2. Durch sein Urteil vom Dezember 1999¹⁴ hat der 3. *Strafsenat* diese Entscheidung ergänzt. Hier hatte das *LG* als Vorinstanz Taten verhandelt, an denen ein unter dem Namen »B.« auftretender Kurde beteiligt gewesen sein soll, dessen Identität jedoch nicht feststand. Dem Angeklagten wurde zur Last gelegt, »B.« zu sein und die Taten begangen zu haben. Da der Angeklagte jedoch dazu und auch sonst keine Angaben zur Sache machte, sowie kein Zeuge bekundet hat, daß es sich bei dem Angeklagten um »B.« handele, standen dem *LG* für diesen Nachweis nur Indizien zur Verfügung. Dazu gehörten u. a. eine auffällige Armverletzung des Angeklagten sowie ein abgehörtes Telefongespräch des »B.«, in dem dieser seinen Gesprächspartner bat, für ihn einen Arzttermin bei Dr. M. abzusagen. In der Hauptverhandlung sollte Dr. M. als Zeuge über die Identität des Angeklagten bzw. »B.« vernommen werden, doch der Angeklagte hat den Arzt nicht nach § 53 Abs. 2 StPO von der Schweigepflicht entbunden. Aus diesem »Nichtbefreien« folgte nun das Gericht, daß der Angeklagte jedenfalls Patient des Dr. M. gewesen sei, da er andernfalls gar nicht das Recht gehabt hätte, über die Entbindung von der Schweigepflicht zu entscheiden, und es gelangte im Ergebnis zu der Überzeugung, daß es sich bei dem Angeklagten um den »B.« handelt. Erneut stellte sich die Frage, ob diese Schlußfolgerung zulässig war. Die Überlegungen, die der *Senat* in diesem Urteil zur Anwendbarkeit des nemo-tenetur-Grundsatzes anstellt, reichen einerseits weit über die Erwägungen in dem soeben geschilderten Ausgangsfall hinaus. Jetzt bezeichnet der *Senat* nämlich den Grundsatz des sog. »nemo tenetur se ipsum prodere (bzw. accusare)« als das Recht eines jeden Menschen, nicht gegen seinen Willen zu seiner Überführung – bzw. des Beschuldigten im Strafverfahren, nicht aktiv zur Sachaufklärung – »beitragen zu müssen«, und führt sodann aus, daß dies, auch für das sonstige prozessuale Verhalten eines umfassend schweigenden Angeklagten gelte. Damit stellt der *Senat* ausdrücklich klar, daß grundsätzlich jedes Prozeßverhalten und nicht etwa nur bestimmte Formen einzelner Verhaltensweisen dem nemo-tenetur-Grundsatz unterfallen kann.¹⁵ Andererseits knüpft der *Senat* dies an die Bedingung, daß es sich um einen (umfassend) schweigenden Angeklagten handelt. Den allein entscheidenden Unterschied zum Ausgangsfall sieht der *Senat* darin, daß der Angeklagte in dem jüngeren Fall jegliche Angaben zur Sache verweigert habe. Er kommt somit im Ergebnis zu einem Verwertungsverbot für das fragliche Prozeßverhalten, hat das Verhalten jedoch wiederum nicht als eigenständig betrachtet, sondern es letztlich nach den gleichen Koordinaten ausgerichtet wie schon zuvor *BGHSt* 20, 298 – mit dem Unterschied, daß diesmal nicht die sog. Gesamteinlassung, sondern das umfangreiche Schweigen seine Wirkung auch auf das Prozeßverhalten erstreckte. So gesehen handelt es sich bei diesem Urteil in der Tat um nichts anderes als eine Ergänzung zu dem eingangs geschilderten Ausgangsfall.

3. Anders verhält es sich jedoch mit der kurz darauf durch den selben *Senat* vorgenommenen Abgrenzung.¹⁶ Diesmal war die Ausgangslage durch das sog. Teilschweigen des wegen Mordes Angeklagten gekennzeichnet. Er hatte sich dahin eingelassen, das Opfer nicht gekannt, angerufen und aufgesucht zu haben.

Nachdem eine Zeugin angab, von dem Verteidiger erfahren zu haben, daß der Angeklagte diesem gegenüber eingeräumt habe, sich zur Tatzeit bei dem Opfer aufgehalten zu haben, sollte der Verteidiger hierzu als Zeuge gehört werden. Daß der Angeklagte seinen Verteidiger nicht von der Schweigepflicht entbunden hat, versteht sich eigentlich fast von selbst. Gleichwohl folgerte daraus das *LG*, die Angaben der Zeugin seien zutreffend gewesen. Aufgrund dieser Konstellation sah sich der *Senat* veranlaßt, nunmehr zu prüfen, inwieweit die Grundsätze über die Verwertbarkeit des Teilschweigens auch auf die Bewertung des sonstigen prozessualen Verhaltens eines sich zur Sache einlassenden Angeklagten übertragen werden können – und deutliche Bedenken gegen die Argumentation in *BGHSt* 20, 298, 300 hervorzubringen. In diesem Beschluß wendet sich der *Senat* ausdrücklich dagegen, daß das gesamte Prozeßverhalten automatisch gemeinsam mit der Einlassung der freien Beweiswürdigung unterfallen solle. Gleichzeitig greift er den im Ausgangsfall geprüften Gedanken von der selbständigen Bedeutung des Verhaltens wieder auf. Indem der *Senat* diesmal im Hinblick auf das Prozeßverhalten einen Verstoß gegen das nemo-tenetur-Prinzip und ein daraus folgendes Verwertungsverbot bejaht,¹⁷ ohne jedoch zugleich die bisherige Rechtsprechung zum Teilschweigen zu verwerfen, erkennt er zu gleich erstmals die eigenständige Bedeutung des Prozeßverhaltens ausdrücklich an.

Gleichwohl unterwirft der *Senat* aber nicht jegliches Prozeßverhalten dem Anwendungsbereich des nemo-tenetur-Grundsatzes, sondern trifft eine Abgrenzung. Möglicherweise verbirgt sich hier hinter ein erster Hinweis für die Behandlung des Prozeßverhaltens überhaupt. Maßgeblich scheint nach der Auffassung des *Senats* zu sein, ob das Prozeßverhalten unabhängig von der Einlassung einen eigenständigen Erklärungswert hat und in welchem inneren Zusammenhang dieses Verhalten bzw. sein Erklärungswert zu der Einlassung steht.¹⁸ So hat er denn auch die Verletzung des nemo-tenetur-Grundsatzes vorliegend damit begründet, daß die (Teil-) Einlassung und das fragliche Prozeßverhalten des Angeklagten unterschiedliche Beweisthemen betroffen haben. Dies läßt sich allerdings keinesfalls so verstehen, als käme es im Gegensatz zu den beiden vorherigen Entscheidungen für die Bewertung des Prozeßverhaltens gar nicht mehr wesentlich auf die Frage des Schweigens oder Nicht-Schweigens an. Der aufgezeigte Kerngedanke des Beschlusses läßt sich nämlich auch anders ausdrücken: Bezieht sich das Prozeßverhalten auf einen Punkt, zu dem der Angeklagte auch im übrigen schweigt, so ist dieses Verhalten nicht verwertbar. Diese bloße Umformulierung macht einmal mehr deutlich, daß immer wieder das Schweigen in den Blickpunkt gerät. Offenkundig läßt sich das Prozeßverhalten nicht bewerten, ohne zuvor erfaßt zu haben, was eigentlich mit »Schweigen« gemeint ist.¹⁹

II. Aus dem Konversationslexikon erfährt man nur, daß es sich beim Schweigen um eine Unterform menschlichen Verhaltens

13 *BGHSt* 20, 298 (300).

14 Siehe Fn. 1.

15 So auch *Kühne* JZ 2000, 864. Ähnlich umfassend aber auch schon *OLG Stuttgart* Die Justiz 1986, 328: »Es ist ein umfassendes Recht für sein [des Angeklagten] gesamtes Verhalten gegenüber den Strafverfolgungsorganen.«

16 Siehe Fn. 2.

17 Darüber hinaus bejahte der *Senat* auch einen Verstoß gegen das in Art. 6 Abs. 3 lit. c MRK und dem Rechtsstaatsprinzip verbürgte Recht auf die Beiziehung eines Verteidigers sowie einen Verstoß gegen das sachliche Recht, da bei der Beweiswürdigung nicht alle in Betracht kommenden Deutungen berücksichtigt worden seien (StV 2000, 294).

18 Wörtlich lautet die entsprechende Passage in den Gründen: »... nachteilige Schlüsse ... jedenfalls dann nicht gezogen werden dürfen, wenn dieses Prozeßverhalten nicht in einem engen und einem einer isolierten Bewertung unzugänglichen Sachzusammenhang mit dem Inhalt seiner [des Angeklagten] Einlassung steht.« (StV 2000, 294).

19 Siehe auch den Ansatz von *Verrcl* NSJZ 1997, 418.

handelt.²⁰ Eine darüber hinausgehende Begriffsbestimmung, der sich entnehmen ließe, was eigentlich inhaltlich unter »Schweigen« zu verstehen ist, findet sich jedoch nirgends, auch in keiner Wissenschaftsdisziplin. Schweigen wird lediglich als Negativwert zu seinem jeweiligen Gegenstück definiert, welches natürlich abhängig vom Kontext ist.²¹ So bezeichnet Schweigen im allgemeinen das Gegenteil von Reden, also das »Nichtreden«,²² im Zivilrecht jedoch das Gegenteil einer Erklärung,²³ Formulierungen, die das Schweigen mit weiteren Attributen belegen und bspw. ein »betroffenes«, »verlegenes«, »ratloses« oder gar »beredtes« Schweigen erwähnen²⁴ oder klarstellen, daß auch eine »stillschweigende Willenserklärung« in Wahrheit eine Erklärung und mithin kein Schweigen sei, machen deutlich, wie schwer es fällt, das (bloße) Schweigen als das aufzufassen und vor allem zu definieren, was es eigentlich ist: Weder Zustimmung noch Ablehnung,²⁵ sondern ein der Wertung entzogenes Neutrum.

Ganz anders jedoch die Behandlung des Schweigens im Strafprozeßrecht: Ob der Angeklagte redet oder nicht, ist nicht so wesentlich, denn das Schweigen verlangt nicht, daß jedwede Erklärung in Worten unterlassen wird.²⁶ Als schweigend gilt bspw. auch, wer den Tatvorwurf zwar mit wenigen Worten kommentiert, sich hierbei aber inhaltlich auf ein pauschales Bestreiten und mithin auf eine kurze Ablehnung beschränkt.²⁷ Anders herum würde aber derjenige, der den Tatvorwurf nach dem Verlesen der Anklage nicht mit einem lauten »Ja«, sondern mit deutlichem Kopfnicken einräumen würde, selbstverständlich (?) nicht als schweigend angesehen. Schweigen wird also keineswegs als ein wertfreies Neutrum behandelt, sondern nichts interessiert im Strafprozeß so sehr, wie gerade die Frage, ob das Schweigen nicht doch verwertet werden darf.²⁸ Mit der größten Selbstverständlichkeit wird Schweigen auch nicht als absolutum betrachtet, d. h. es wird eben nicht nur zwischen »Schweigen« und »Nicht-Schweigen« unterschieden, sondern man kennt mit dem »umfänglichen«, »zeitweisen« und »teilweisen«²⁹ Schweigen verschiedene »Formen«³⁰ oder »Fallgruppen«³¹ des Schweigens. Es fragt sich daher, ob das Schweigen im strafprozessualen Sinne ein wesensbestimmendes Charakteristikum aufweist – das nicht nur für die Frage der Verwertbarkeit entscheidend ist, sondern das auch zumindest bei einigen Verhaltensweisen vorliegen könnte.

Versuchte man, das Schweigen allein über seinen Gegenbegriff, die Einlassung, zu definieren, würden sich die aufgezeigten Friktionen nicht auflösen lassen. Dies kann nur gelingen, wenn man den Begriff des Schweigens nicht aus sich heraus, sondern über seine Funktion bestimmt. Schließlich interessiert das Schweigen eines Angeklagten (oder Zeugen) im Strafprozeß lediglich als Ausübung des sog. Schweigerechts bzw. der Aussagefreiheit.³² Anders als in den empirischen Wissenschaften ist das Schweigen im Strafprozeß nicht beobachtbar und kategorisierbar, sondern eine normative Größe, für deren Bestimmung es einzig und allein auf die rechtlichen Determinanten ankommt. Als ein solches »Schweigen im Rechtssinne« läßt sich deshalb alles bezeichnen, was im Ergebnis dem Schweigerecht unterfällt, und zwar unabhängig davon, ob im Einzelfall einzelne Worte oder nonverbale Kommunikationsformen gebraucht werden oder nicht. Dementsprechend läßt sich auch nicht durch eine Art von Verhaltensbeobachtung ermitteln, ob sich ein sog. Aussageverhalten als eine Ausübung des Schweigerechts darstellt. Dies wird vielmehr anhand einer Art Beweisregel bzw. -vermutung entschieden.³³ Im Zweifel ist davon auszugehen, daß der Angeklagte sein Recht, sich nicht zur Sache einlassen zu müssen, ausüben will.³⁴ Das Gegenteil ist ihm zu beweisen.³⁵ Dem Angeklagten darf daher kein Wille unterstellt werden, solange nicht die Existenz dieses Willens eindeutig und zweifelsfrei feststeht.³⁶ Das aber bedeutet im Klartext, daß sich hinter dem sog. totalen oder umfänglichen Schweigen, das immer wieder als Ausgangspunkt der Über-

legungen zur Verwertbarkeit bezeichnet,³⁷ aber niemals definiert oder zumindest umschrieben wird, nichts anderes verbirgt als ein rechtliches Konstrukt und – methodologisch gesehen – eine widerlegbare Vermutung. Daraus folgt für das Prozeßverhalten: Jedes Verhalten das geeignet wäre, diese Vermutung mit der erforderlichen Eindeutigkeit zu widerlegen, muß umgekehrt auch *grundsätzlich* diesem »Schweigen im Rechtssinne« unterfallen. Ob dann aber das Verhalten tatsächlich verwertet werden darf oder nicht, hängt nicht von der Art des Verhaltens ab, sondern von seinem Erklärungswert in dem jeweiligen Kontext. Wie noch zu zeigen ist, hat dies die vom 3. Strafsenat zuletzt vorgenommene Abgrenzung zu BGHSt 20, 298 besonders deutlich gemacht.³⁸

III. Damit verbleiben letztlich noch zwei Fragen. Die erste richtet sich auf die Beschaffenheit jener Verhaltensweisen, die für die Aussagefreiheit überhaupt relevant werden können. Die zweite hat sich damit zu befassen, welche Bedeutung dem zweiten Aspekt des nemo-tenetur-Grundsatzes, der Mitwirkungsfreiheit, für die (Un-) Verwertbarkeit des dann übrigen Prozeßverhaltens zukommt.³⁹

1. Wenn es das zentrale Element der Aussagefreiheit ist, dem Beschuldigten seinen freien Willen darüber zu belassen, ob er sich zur Sache einlassen möchte oder nicht,⁴⁰ dann kann es bei der Bewertung einzelner Verhaltensweisen nur noch darauf ankommen, ob sie eine Willensäußerung des Angeklagten beinhalten oder zumindest eindeutig als solche verstanden wer-

20 Brockhaus Enzyklopädie, 19. A., Band 19, Mannheim 1992, Stichwort »Schweigen« unter Bezugnahme auf den religionswissenschaftlichen Kontext.

21 Dies ist etwas anderes, als das Schweigen als negativen Bestandteil des Redens selbst zu betrachten, wogegen sich Rogall, a. a. O. (Fn. 3), 253 zu Recht wendet.

22 Brockhaus Enzyklopädie, Deutsches Wörterbuch III, Mannheim 1995, Stichwort »schweigen« und »Schweigen«.

23 Palandt-Heinrichs, Einf. Vor § 116, Rdnr. 7.

24 Vgl. nur einige der Beispiele in Brockhaus Enzyklopädie, Deutsches Wörterbuch III, Mannheim 1995, Stichwort »schweigen« und »Schweigen«.

25 Palandt-Heinrichs, Einf. Vor § 116, Rdnr. 7.

26 K/Meyer-Gößner, § 261 Rdnr. 16; BGH NStZ 1997, 147.

27 BGHSt 25, 365 (368); 34, 324 (326); 38, 302 (307); siehe auch BGHR-StPO, § 261, Aussageverhalten 14.

28 Schneider Jura 1990, 572. Leiwesmeyer, Diss. Jur. Kiel 1994, widmet dem »Aussagewert« des Schweigens sogar einen eigenen (allerdings kurzen) Abschnitt, S. 79 ff.

29 Man spricht vom zeitweisen auch als dem horizontalen, vom teilweisen auch als vom vertikalen oder punktuellen Schweigen, Richter II StV 1994, 689.

30 Schneider Jura 1990, 573.

31 Miebach NStZ 2000, 235.

32 Vgl. auch den Ansatz von Verrel NStZ 1997, 418, der die Reichweite des nemo-tenetur-Grundsatzes für den »nonverbalen« Bereich von der ratio des Schweigerechts aus bestimmen will. Zur Funktion und Herleitung des Schweigerechts selbst, das mit Blick auf die Menschenwürde und das Persönlichkeitsrecht aus der Freiheit vom Selbstbelastungszwang folgt, vgl. SK-StPO-Rogall, Vor § 133 Rdnr. 26 ff. und LR-Rieß, 25. A., Einl., Abschn. I, Rdnr. 88 ff. jeweils m. w. N.

33 Der Begriff ist hier selbstredend nicht im strengen technischen Sinne gemeint (dazu vgl. aber SK-StPO-Schlüchter, § 261 Rdnr. 65 ff. und KMR-Stuckenberg, § 261 Rdnr. 37 ff.); der Wille des Angeklagten ist nicht Beweisthema für die Schuldfrage.

34 Dahs/Langkeit NStZ 1993, 214; diesen folgend Miebach NStZ 2000, 235.

35 Rogall a. a. O. (Fn. 3), 252.

36 Dahs/Langkeit NStZ 1993, 214. Vgl. auch BayObLG VRS 60 (1981), 120 (121) im Hinblick auf die Verwertbarkeit von Tatsachenangaben in den Erklärungen des Verteidigers.

37 Vgl. z. B. Stree JZ 1966, 594; Kühl JuS 1986, 118; Miebach NStZ 2000, 235.

38 Siehe unter IV.

39 Die beiden Komponenten werden sonst sprachlich zwar recht umständlich miteinander verbunden (vgl. bspw. BGHSt 5, 332 (334) »Er braucht sich zur Anklage nicht zu äußern und an der Aufklärung des Sachverhalts nicht mitzuwirken« sowie die Ausführungen etwa in BGHSt 42, 139 (152) = NJW 1996, 2940 ff.; Bosch, Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht, 1998, S. 17 und 277, inhaltlich aber tunlichst auseinandergehalten (besonders deutlich bei SK-StPO-Rogall Vor § 133, Rdnr. 72, 73, 190).

40 Stree JZ 1966, 595; Kühl JuS 1986, 118; Stürmer NJW 1981, 1757.

den können.⁴¹ Bei solch zumindest für unseren Kultur- und auch Rechtskreis anerkannten Zeichen wie dem Kopfnicken ist die Sachlage damit klar, und eine solche Geste kann (wie in dem obigen Beispiel, wo es um die Antwort auf eine Frage ging) beim Vorliegen der weiteren Voraussetzungen durchaus als – verwertbares! – Einlassungssurrogat behandelt werden,⁴² und zwar unabhängig davon, ob der Angeklagte in dem Sinne schweigt, daß er lediglich nicht redet.⁴³ Würde der Angeklagte in den eingangs geschilderten Fällen jedoch auf die Frage, ob er bereit sei, den Zeugen von seiner Schweigepflicht zu entbinden, mit den Achseln gezuckt haben, mag man daraus entnehmen, es sei ihm gleichgültig. Als Zustimmung wird man ein solches Verhalten jedoch nicht ohne weiteres ansehen dürfen, da die Erklärung nach § 53 Abs. 3 StPO ungeachtet dessen, daß sie auch durch schlüssiges Verhalten erfolgen kann,⁴⁴ gerade zweifelsfrei erfolgen muß.⁴⁵ Solange der Angeklagte jedoch lediglich zu verstehen gibt, es sei ihm gleichgültig, drückt er damit zwar keine Ablehnung, aber eben auch nicht die erforderliche Zustimmung aus.

Das eigentliche Problem liegt jedoch weniger im Gebrauch einer nonverbalen Zeichensprache und im bewußten Agieren des Angeklagten, sondern vielmehr in den spontanen physischen Reaktionen und seiner körperlichen Beschaffenheit überhaupt. So sehr man sich darüber einig ist, daß der Tatrichter solche »Begleitumstände einer Aussage«⁴⁶ wie das vielzitierte Erröten be- und verwerten darf,⁴⁷ so umstritten ist aber, ob dies auch dann gilt, wenn derartige Verhalten sich als Begleitumstand des Schweigens ausnimmt.⁴⁸ Arndt⁴⁹ und später auch Roschmann⁵⁰ haben die Ansicht vertreten, das Prozeßverhalten eines schweigenden Angeklagten sei schlechterdings nicht verwertbar. Dem ist jedoch nicht zu folgen. Arndt bezieht sich auf eine Entscheidung des KG,⁵¹ wo es im Hinblick auf einen sein Zeugnisverweigerungsrecht ausübenden Zeugen heißt, ein solcher Zeuge sei prozeßrechtlich als nicht existent anzusehen. Diese Formulierung darf man allerdings nicht so wörtlich verstehen, wie Arndt es offenbar getan hat. Daß das KG sich hat auf den Standpunkt stellen wollen, es sei für den gesamten Prozeß davon auszugehen, daß der Zeuge nicht existiere, kann nicht ernsthaft angenommen werden. Dies schon allein deshalb nicht, weil gerade die Existenz des Zeugen, sein Erscheinen und der Umstand, daß dieser sein Zeugnisverweigerungsrecht ausübt, zu protokollieren sind.⁵² Gemeint war lediglich eine »beweisrechtliche« Nicht-Existenz. Diese bezieht das KG selbst jedoch ausdrücklich nur auf die Tatsache der Aussageverweigerung selbst, die »als Beweismittel nicht in der Welt«⁵³ sei, nicht jedoch auf die Person des Zeugen insgesamt.⁵⁴ Im Gegensatz zum zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen, der, sofern er dieses Recht ausübt, allenfalls zu einem (kurzen) Erscheinen verpflichtet bleibt, läßt sich der Angeklagte als Beweismittel schon deshalb nicht aus der Welt schaffen, weil er zur Anwesenheit in der Hauptverhandlung verpflichtet ist und damit jede seiner Verhaltensweisen während dieser Zeit automatisch dem richterlichen Augenschein unterliegt. Die Beweisverwertbarkeit der körperlichen Beschaffenheit des Angeklagten, soweit sie gerade nicht von dessen Verhalten abhängig ist, kann demnach gar nicht erst in Frage stehen.⁵⁵ So wurde auch in dem zweiten der geschilderten Fälle ebenso selbstverständlich wie richtig die Armverletzung des Angeklagten für den Identitätsnachweis mit herangezogen. Damit ist jedoch nicht gesagt, daß auch die spontanen Verhaltensweisen wie das Erröten usw. verwertbar sind.⁵⁶

Richtigerweise kann ein Prozeßverhalten, auch ein unbewußtes, nur dann für die Beweisverwertung in Betracht kommen, wenn ihm auch ein Erklärungswert in einer bestimmten Beweisrichtung zukommt.⁵⁷ Daran fehlt es jedoch bei Verhaltensweisen, die nicht eindeutig sind, wie neben dem Erröten bspw. auch das Herumrutschen auf dem Stuhl oder das Ausweichen mit dem Blick.⁵⁸ Hierbei handelt es sich um, wie Schmidt⁵⁹ es formuliert hat, bloße »Begleitumstände des gesprochenen

Wortes«.⁶⁰ Sofern aber solche Begleitumstände nicht das gesprochene Wort, sondern das Schweigen umgeben, müssen sie gleichsam als Annex zu diesem betrachtet werden und dürfen schon mit Blick auf die insoweit vorrangige Komponente der Aussagefreiheit nicht verwertet werden.⁶¹

2. Fraglich bleibt damit allein, ob es bestimmte Verhaltensformen gibt, deren Verwertung gegen die vom nemo-tenetur-Grundsatz mitumfaßte Mitwirkungsfreiheit verstoßen würde. Gemeinhin werden unter dieser Rubrik solche Fallgestaltungen diskutiert, bei denen dem Angeklagten ein Verhalten aufzuerzwingen wird, das über den Umfang seiner Mitwirkungspflichten noch hinausgeht. So stellt es bspw. einen Verstoß gegen die Mitwirkungsfreiheit dar, wenn der Beschuldigte, der verpflichtet ist, an einer Gegenüberstellung teilzunehmen, darüber hinaus daran gehindert wird, die Augen zu schließen oder eine bestimmte Grimasse zu schneiden.⁶² Vor diesem Hintergrund mag es befremdlich sein, auch die Ausübung eines Rechts hier anzusprechen. Doch die hier besprochenen Entscheidungen legen das jedenfalls insoweit nahe, als sie ungeachtet der geschilderten Bezugnahme auf das Schweigerecht jeweils auch hervorheben, daß der Angeklagte nicht verpflichtet gewesen sei, den Zeugen von seiner Schweigepflicht zu entbinden und auf diese Weise an der Sachverhaltsaufklärung »mitzuwirken«. Tatsächlich handelt es sich bei der Ausübung von Verfahrensrechten um eine spezielle Verhaltensform, für deren Bewertung eigene Grundsätze gelten müssen. Die Ähnlichkeit zur Aussagefreiheit liegt darin, daß es dem Angeklagten überlassen ist, ob er sich für oder gegen die Ausübung eines solchen Rechts entscheidet und wie er es ggf. wahrnimmt. Anders als beim Schweigen kann jedoch nicht im Zweifel von der vollständigen Rechtsausübung ausgegangen werden, weil die einzelnen Rechte sehr unterschiedlich ausgestaltet sind und, wie etwa im Zusammenhang mit Beweisanträgen, umfangreiche

41 Auf die Eindeutigkeit der Äußerungsform stellt auch Miebach, NSiZ 200, 235 ab. Zu Fehlinterpretationen nonverbalen Verhaltens siehe aber L. Schneider, Nonverbale Zeugnisse gegen sich selbst, Tübingen 1991, passim, insbesondere 85 ff.; 270 f.

42 Der Begriff des »Einlassungssurrogats« wird auch von Dahs/Langkeit NSiZ 1993, 214 verwendet, allerdings in einem etwas anderen Zusammenhang: Dort geht es um die Beweisbehauptungen, die in den Beweisanträgen des Angeklagten und seines Verteidigers enthalten sind. Völlig zu Recht lehnen die Autoren deren Verwertbarkeit ab.

43 Ähnlich auch Miebach NSiZ 2000, 235.

44 Kleinknecht/Meyer-Göfner, § 53 Rdnr. 47; LR-Dahs, 25. A., § 53 Rdnr. 73.

45 BGHSt 42, 73 (75).

46 Rogall a. a. O. (Fn. 3), 252.

47 LR-Gollwitzer, 25. A., § 261 Rdnr. 16 und 73, jew. m. w. N.; KK-Engelhardt, § 261 Rdnr. 19; SK-StPO-Schlüchter, § 261 Rdnr. 13.

48 LR-Rieß, 25. A., Einl. Abschn. I, Rdnr. 92; Miebach NSiZ 2000, 235.

49 Arndt NJW 1966, 871.

50 Roschmann a. a. O. (Fn. 5), 121 ff.

51 KG NJW 66, 605 (606).

52 K/Meyer-Göfner, § 273 Rdnr. 7.

53 KG NJW 66, 605 (606).

54 Ähnlich für den Angeklagten im Ergebnis auch Kühl JuS 1986, 118, der jedoch zunächst im Anschluß an Roschmann a. a. O. (Fn. 5), 120, äußerst mißverständlich von dem Angeklagten als einem »rechtlichen nullum« spricht. Vgl. ferner Salger, Das Schweigerecht des Beschuldigten. Vergleich zwischen deutschem und amerikanischem Strafverfahrensrecht, 1998, S. 79.

55 SK-StPO-Rogall, Vor § 133 Rdnr. 73; grundlegend insoweit die Entscheidung zum Polygraphen in BGHSt 5, 332 (335).

56 Vgl. auch Rogall a. a. O. (Fn. 3), 253. Für die Verwertung unbewußter Mimik jedoch Kühl JuS 1986, 118; Kleinknecht JR 1966, 270 und Günther GA 1978, 196.

57 Ähnlich auch die Überlegungen von Roschmann a. a. O. (Fn. 5), 121, der diese Unterscheidung jedoch im Grunde ablehnt.

58 Leiwesmeyer a. a. O. (Fn. 27), 85 meint, solche Verhaltensweisen seien gerade deshalb oft von höherer Aussagekraft, mahnt aber wie auch Seibert NJW 1965, 1706, Fn. 4 zur Vorsicht bei ihrer Beweisverwertung. Zur Gefahr der Fehldeutung nonverbalen Verhaltens siehe auch L. Schneider a. a. O. (Fn. 39).

59 Schmidt JZ 1970, 342.

60 Ähnlich Rogall a. a. O. (Fn. 3), 252.

61 Dahs/Langkeit NSiZ 1993, 215; Miebach NSiZ 2000, 235.

62 Einen Verstoß zu Recht bejahend SK-StPO-Rogall, Vor § 133 Rdnr. 73; Odenthal NSiZ 1985, 435; a. A. jedoch KG NJW 1979, 1669 (1670).

Aktivitäten verlangen können. Eine Subsumtion unter dem Aspekt der Aussagefreiheit kommt damit nicht in Betracht.⁶³ Was nun aber die Mitwirkungsfreiheit betrifft, so vereint diese in sich selbst zwei Komponenten, nämlich zum einen die Freiheit von der Mitwirkung und zum anderen die Freiheit zur Mitwirkung, d. h. eben auch zur Mitwirkung durch die Ausübung von Verfahrensrechten.⁶⁴ Ein Verstoß gegen die Mitwirkungsfreiheit liegt demnach vor, wenn der Angeklagte entweder zu einem Verhalten gezwungen wurde, das über die Erfüllung seiner Mitwirkungspflichten hinausgeht, oder aber wenn er an einem Verhalten gehindert wurde, zu dem er berechtigt war. Eine solche Verhinderung liegt aber auch dann vor, wenn der Angeklagte befürchten muß, daß ihm die Ausübung seiner Verfahrensrechte zum Nachteil gereicht.

IV. Diesen besonderen Aspekt, der dem Prozeßverhalten immer dann innewohnt, wenn es sich dabei um die Ausübung eines konkreten Verfahrensrechtes handelt, haben die beiden hier besprochenen Entscheidungen des 3. *Senats* nicht hinreichend hervorgehoben. Vor dem Hintergrund, daß das geforderte bzw. erlaubte Prozeßverhalten hier die Abgabe einer Erklärung war, und man die Nichtabgabe einer solchen (Willens-) Erklärung als Schweigen anzusehen hat, erscheint es zwar nachvollziehbar, daß es zu einer Verquickung der beiden Komponenten des nemo-tenetur-Grundsatzes gekommen ist. Im Ergebnis ist ja auch beiden Entscheidungen zuzustimmen. Gleichwohl ist aber für die Anwendbarkeit des nemo-tenetur-Prinzips auf das Prozeßverhalten überhaupt danach zu fragen, ob die Ausübung eines Verfahrensrechts in Frage steht. Die Wahrnehmung eines solchen Rechts darf dem Angeklagten für sich genommen nicht zum Nachteil gereichen.

Ein Widerspruch zu *BGHSt* 20, 298 ergibt sich dadurch nicht, sondern, wie der *Senat* zutreffend ausgeführt hat, lediglich die

Notwendigkeit zur Abgrenzung.⁶⁵ Die Besonderheit des Ausgangsfalls lag ja gerade darin, daß der Angeklagte eben nicht nur im Verlauf des Prozesses irgendein Recht einfach wahrgenommen hat, sondern daß er durch seine eigene Anregung dem Prozeßverlauf überhaupt erst die spezielle Wendung gegeben und die Beweisfrage aufgeworfen hat, deren Beantwortung er dann letztendlich vereitelte. In solchen Fällen ist es jedoch nicht allein die Tatsache der Rechtsausübung als solche, die dem Angeklagten bei der Beweisverwertung zum Nachteil gereicht. Abgestellt wird vielmehr auf den inneren Zusammenhang zu der Einlassung, die der Angeklagte zu dem Beweisthema gemacht hat. Aufgrund der spezifischen Situation handelte es sich also um ein die Erklärung des Angeklagten umgebendes und diese begleitendes Aussageverhalten, mit der Folge, daß es deren rechtliches Schicksal teilt.

Im übrigen beginnen die unter dem Gesichtspunkt der Aussagefreiheit zu behandelnden Fragen jedoch erst jenseits derartiger Rechtsausübung und betreffen nur die Fälle sonstigen prozessualen Verhaltens. Das Schweigen ist nichts anderes als eine der hierfür in Betracht kommenden Verhaltensweisen und wird daher völlig zu Recht unter dem Topos »Aussageverhalten« diskutiert.⁶⁶

Den beiden Entscheidungen kommt insgesamt insoweit richtungsweisender Charakter zu, als sie diese Fragen mehr oder minder überhaupt erst aufgeworfen haben.

63 Vgl. auch *OLG Düsseldorf StV* 1990, 442.

64 Man könnte auch von positiver vs. negativer Mitwirkungsfreiheit sprechen, siehe dazu *Rogall* a. a. O. (Fn. 3), 59; vgl. ferner jedenfalls zur negativen Mitwirkungsfreiheit *Bosch* a. a. O. (Fn. 36), 277 ff.

65 *StV* 2000, 293 (294).

66 So etwa das einschlägige Stichwort in der Sammlung *BGHR-StPO* oder auch die Überschrift in *LR-Gollwitzer*, 25. A., § 261 Rdnr. 73 ff.

Verfahrensspaltung bei gegenläufigen Revisionen des Angeklagten und der Staatsanwaltschaft

– Zugleich Anmerkung zu BGH-Beschluß vom 7. 5. 1999 – 3 StR 460/98 –¹

von Rechtsanwalt Prof. Dr. Rainer Hamm, Frankfurt/M.

Es kommt nicht allzu häufig vor, daß der *BGH* die immer wieder unternommenen Versuche, seine Beschlüsse nach § 349 Abs. 2 StPO (Verwerfung einer Revision als offensichtlich unbegründet) mit einer »Gegenvorstellung« in Frage zu stellen, mit einer ausführlichen Begründung beantwortet. Gewöhnlich beschränken sich die *Senate* auf den Hinweis, daß der die Rechtskraft des angefochtenen Urteils herstellende Beschluß nach § 349 Abs. 2 StPO grundsätzlich weder aufgehoben noch abgeändert werden dürfe und nur unter den Voraussetzungen des § 33 a StPO, also im Falle der Verwertung von Tatsachen, zu denen der Revisionsführer vor der Entscheidung keine Gelegenheit zur Stellungnahme hatte, eine nachträgliche Überprüfung möglich sei.² Zum Abdruck in Entscheidungssammlungen oder Zeitschriften sind solche Beschlüsse wegen ihres stets mehr oder weniger gleichbleibenden Inhalts weder bestimmt noch geeignet.

In der hier besprochenen, vom *Senat* sogar mit einem »amtlichen« Leitsatz und einem Veröffentlichungsvermerk versehenen Entscheidung befaßte sich der *BGH* mit einem verbreiteten Ärgernis, das stets dann entsteht, wenn der Revisionsführer erleben muß, daß der *BGH* oder ein *OLG* seine mit sehr viel Hingabe und Begründungsaufwand betriebene Revision und seine gründliche Erwiderung auf den Antrag des GBA

nach § 349 Abs. 2 StPO mit der begründungslosen Verwerfung seines Rechtsmittels quittiert, während die Revision der Staatsanwaltschaft gegen dasselbe Urteil für Wert befunden wird, zum Gegenstand einer Revisionshauptverhandlung (§§ 350, 351 StPO) gemacht und durch Urteil beschieden zu werden. Diese Verfahrensaufspaltung am Ende des Instanzenzuges anläßlich der (ohnehin nur noch rechtlichen) Überprüfung ein und desselben trichterlichen Urteils, war so lange noch einigermaßen unauffällig, als § 349 StPO dahingehend ausgelegt wurde, daß die Hauptverhandlung im Falle einer Revision der Staatsanwaltschaft zwingend vorgeschrieben sei, während nun einmal für die Revisionen der Angeklagten das Gesetz die Möglichkeit der Beschlußentscheidung vorsieht. Seit aber der *BGH* vereinzelt auch Revisionen der Staatsanwaltschaft auf entsprechende Anträge des GBA nach § 349 Abs. 2 StPO als offensichtlich unbegründet verwirft³ und sogar Freisprüche gemäß § 354 Abs. 1 StPO in Anwendung des § 301 StPO nach

1 *StV* 2000, 605 (in diesem Heft) = *NJW* 1999, 2199 = *NSiZ* 1999, 425

2 So unter Hinweis auf *BGHSt* 17, 94, 97 und *BGHR StPO* § 349 Abs. 2 Beschluß 2 z. B. in *BGH*, 3 StR 139/99, Beschl. vom 30. 7. 1999, *BGH*, 5 StR 172/99, Beschl. vom 2. 6. 1999, *BGH*, 1 StR 236/98, Beschl. vom 25. 6. 1998.

3 *BGH GA* 1995, 333; *BGHR StPO* § 349 Abs. 2, Verwerfung 2.