

Heike Jung/Jocelyne Leblois-Happe/
Claude Witz (Hrsg.)

200 Jahre Code d'instruction
criminelle – Le Bicentenaire du
Code d'instruction criminelle



Nomos

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

ISBN 978-3-8329-5126-9

1. Auflage 2010

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2010. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Der Band vereint die Beiträge zum zweiten deutsch-französischen Strafrechtskolloquium, das am 13./14. März 2009 aus Anlass des 200jährigen Jubiläums des Code d'instruction criminelle an der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität des Saarlandes stattgefunden hat. Ein zweites Kolloquium mag vielleicht noch keine Tradition begründen, es zeigt aber, dass die Initiative von Jocelyne Leblois-Happe, der wir das erste derartige Kolloquium in Metz im Jahre 2007 verdanken, auf fruchtbaren Boden gefallen ist. Dass das zweite Kolloquium an der Universität des Saarlandes ausgerichtet wurde, kommt nicht von ungefähr, da die Pflege des französischen Rechts zu deren Schwerpunkten zählt. Dies kommt auch in der Mitwirkung des Centre juridique franco-allemand de l'Université de la Sarre zum Ausdruck. Dessen Kolloquium zum 200jährigen Jubiläum des Code civil war ein zusätzlicher Stimulus, sich nunmehr dem strafprozessualen Aspekt der napoleonischen Gesetzgebung zu widmen.

Die Herausgeber danken der Universität des Saarlandes für die finanzielle Unterstützung der Tagung einschließlich der Drucklegung. Unser Dank für die finanzielle Förderung der Drucklegung gilt gleichermaßen der Siebenpfeiffer-Stiftung und der Saarland-Sporttoto GmbH. Schließlich danken wir den Autorinnen und Autoren sowie dem Nomos Verlag für die vorzügliche Zusammenarbeit.

Möge diese Veröffentlichung dazu beitragen, noch mehr Begeisterung für die deutsch-französische Strafrechtsvergleichung zu wecken.

Heike Jung

Jocelyne Leblois-Happe

Claude Witz

Der Nemo tenetur-Grundsatz – ein Erbe Napoleons im deutschen, französischen und europäischen Recht

Sabine Gless

Si le principe selon lequel nul ne peut être contraint de contribuer à sa propre accusation (nemo tenetur se ipsum accusare) s'applique partout en Europe, il n'a pas pour autant la même signification dans tous les Etats. Des différences d'interprétation s'observent notamment entre la France et l'Allemagne, ce qui fait craindre que l'harmonisation du droit au plan européen soit une harmonisation de façade, insuffisamment protectrice des libertés.

Le droit allemand voit dans le principe Nemo tenetur une conséquence de l'Etat de droit. Il en résulte que les autorités ont l'obligation d'informer systématiquement la personne mise en cause de son droit de se taire; à défaut, la preuve obtenue ne peut pas être utilisée. Aucune conséquence négative pour l'intéressé ne peut être tirée de ce silence par les juges. En France au contraire, seul le juge d'instruction a l'obligation d'informer la personne mise en examen de son droit de se taire. Sur la police – qui met actuellement en état plus de 90 % des affaires pénales – ne pèse aucune obligation de ce genre. La Cour de cassation admet en outre que le juge puisse tirer toute conséquence utile du silence observé par « l'accusé ». Le principe Nemo tenetur est pourtant vu comme un principe directeur de la procédure.

Au plan européen, le principe s'évince du droit à un procès équitable et conserve des contours assez flous. Les progrès récents de la reconnaissance mutuelle en matière de preuve rendent le débat particulièrement actuel. La Cour européenne des droits de l'homme, dont la jurisprudence est aujourd'hui prise en compte par les juridictions nationales, paraît la mieux à même de renforcer les garanties offertes aux personnes mises en causes dans un procès pénal.

I. Einleitung

„Nemo tenetur se ipsum accusare.“ Dieser Grundsatz gilt überall in Europa – so lautet die allgemeine Meinung. Diese Ansicht stützt sich auf den Prozess der Strafprozesskodifikationen zu Beginn des 19. Jahrhunderts in Kontinentaleuropa, der die Abkehr vom Inquisitionsprozess markiert.¹

Dieses gemeinsame historische Erbe ist ein Grund dafür, dass im europäischen Einigungsprozess der Verweis auf den nemo tenetur-Grundsatz lange Zeit als hinreichende Erklärung dafür akzeptiert war, dass eine grenzüberschreitende Strafverfol-

¹ Dazu etwa: Reiter, „Nemo tenetur se ipsum prodere“ und Steuererklärungspflicht (Bayreuth 2007), 34 f.

gung auf gemeinsame Standards gegründet werden kann. Denn überall in Europa gilt: „Niemand ist verpflichtet, sich selbst anzuklagen.“ Erst in jüngerer Zeit werden Zweifel laut, ob der Verweis auf die gemeinsame Wurzel napoleonischer Reformgesetzgebung des frühen 19. Jahrhunderts in befriedigender Weise zu begründen vermag, dass europaweit ein einheitlicher *nemo tenetur*-Grundsatz gilt.²

Denn wenn zwei dasselbe sagen – in unserem Falle: *nemo tenetur* – meinen sie noch lange nicht das Gleiche. Dieses Problem kennt jeder, der rechtsvergleichend arbeitet. Um die materielle Bedeutung eines Rechtsinstitutes festzustellen, bedarf es deshalb der funktionalen Rechtsvergleichung:³ Ein Rechtsinstitut wird nicht nach seiner Bezeichnung, sondern nach seiner Funktion in einer Rechtsordnung bewertet. Das gilt auch dann, wenn ein strafprozessuales Institut dieselbe historische Wurzel und eine gleichlautende Bezeichnung hat. Denn jedes einmal eingeführte Rechtsinstitut wird nach der Rezeption in einer Rechtsordnung im Laufe der Zeit adaptiert und modifiziert. Beispiel dafür ist nicht nur der *nemo tenetur*-Grundsatz, sondern etwa auch das – ebenfalls aus der napoleonischen Gesetzgebung stammende – Untersuchungsrichteramt, das sich in verschiedenen Jurisdiktionen ganz unterschiedlich entwickelt hat.⁴

Welchen Bedeutungsgehalt hat der *nemo tenetur*-Grundsatz heute im deutschen und im französischen Recht – und welche Bedeutung hat die Antwort für eine Rechtsvereinheitlichung in Europa? Diese – fast naiv vorsichtig formulierte – Frage steht im Zentrum der folgenden Ausführungen.

Meine Vermutung ist – auch dies sei gleich vorab verraten –, dass der *nemo tenetur*-Grundsatz in den beiden genannten Rechtsordnungen heute unterschiedliche Bedeutungsgehalte hat – und in anderen europäischen Rechtsordnungen wiederum anderes bedeutet. Wäre dies so, dann könnte sich die napoleonische Errungenschaft einer rechtlichen Verankerung der Unschuldsvermutung durch den *nemo tenetur*-Grundsatz als Danaergeschenk erweisen, weil der europaweit einheitliche Verweis auf den *nemo tenetur*-Grundsatz in Wahrheit in jedem Land eine (etwas) andere Bedeutung hat, die je nach den Umständen des Einzelfalles zu einem anderen Ergebnis führen kann. Das gemeinsame Etikett *nemo tenetur*-Grundsatz verschleiert dann – so die These – die unterschiedlichen Inhalte und verhindert damit eine inhaltliche Auseinandersetzung über die Bedeutung und die Konsequenzen einer Freiheit vom Zwang, sich selbst belasten zu müssen. Diese These möchte ich im Folgenden an dem *nemo tenetur*-Grundsatz im deutschen und im französischen Strafverfahren beleuchten – beispielhaft am Schweigerecht des Beschuldigten gegenüber den Strafverfolgungsbehörden in der Beschuldigtenvernehmung (s.u. II.).

2 Vgl. dazu Grünbuch über die Unschuldsvermutung KOM (2006)174 endg. sowie *F. Meyer*, GA 2007 17 f. und *Gless*, Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung (2006), 200 ff.; *Janicki*, Beweisverbote im deutschen und englischen Strafprozeß. Auswirkungen auf die europäische Zusammenarbeit (2002) 157 ff. und 186 ff.

3 *Eser*, in: Blanpain (ed.), Law in Motion, 491 ff.; *Jung*, JuS 1998, 1 ff.; *Perron*, ZStW 109 (1997), 281 ff.; *Wise*, (2000), 27 Syracuse Journal of International Law and Commerce, 313 f.

4 Vgl. etwa zur Entwicklung des Untersuchungsrichteramtes: *Gless/Leblois-Happe/Mauro/Messner/Murschetz*, Regards de droit comparé sur la phase préparatoire du procès, in: Malabat/ de Lamy/ Giacomelli (dir.), La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Dalloz, Paris 2009, 203; vgl. auch *Jung*, GA 2002, 65 ff.

Stimmt die These, so hat Napoleon uns insofern ein schweres Erbe hinterlassen, weil wir in beiden resp. in allen europäischen Rechtsordnungen einen Grundsatz – fast wie eine religiöse Monstranz – vor uns hertragen, der aber in unseren Rechtsordnungen in concreto etwas Unterschiedliches bedeutet. Dies hätte nicht nur bzw. nicht zuvorderst Bedeutung für die nationalen Rechtsordnungen, sondern vor allem für das Europäische Strafrecht bzw. für die grenzüberschreitende Zusammenarbeit in Europa (s.u. III.).

II. *Der nemo tenetur-Grundsatz in Deutschland und Frankreich*

Dass es Anlass für die Vermutung für Unterschiede in der Bedeutung des nemo tenetur-Grundsatz in deutschen und französischen Strafverfahren gibt, führt vielleicht am besten eine Anekdote vor Augen: Eine Staatsanwältin aus Offenburg, die grenzüberschreitende Strafrechtsfälle bearbeitet, schilderte mir einmal folgendes Phänomen: in über 70 % der Fälle, in denen Beschuldigte, die in Deutschland von der Polizei zur Beschuldigtenvernehmung vorgeladen wurden, kamen diese entweder nicht oder machten nach Belehrung keine Angaben. Wenn jedoch Beschuldigte (im Wege der Rechtshilfe) in Frankreich vernommen wurden, erschienen die Beschuldigten nicht nur in ca. 90 % der Fälle bei der Polizei zur Vernehmung, sondern machten dort auch Angaben zur Sache. Wie lässt sich dieser Unterschied erklären? Vielleicht bietet das unterschiedliche Verständnis des nemo tenetur-Grundsatzes in den beiden Rechtsordnungen eine Erklärung?

1. *Deutsche Rechtsordnung*

a) *Allgemein*

Im deutschen Strafprozess ist der nemo tenetur-Grundsatz als solcher zwar nicht ausdrücklich in der Strafprozessordnung festgehalten. Der nemo tenetur-Grundsatz ist aber als Prinzip eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens allgemein anerkannt.⁵ Das Verbot eines Zwangs zur Selbstbelastung wirkt sich in vielfältiger Weise aus. Der gemeinsame Kanon der Regelungen ist: Niemand ist verpflichtet, durch aktives Tun⁶ an seiner eigenen Strafverfolgung mitzuwirken.⁷

5 Vgl. etwa BVerfGE 38 113; 56, 43 = NJW 1981 1431; BGHSt 34 45; 37 343; 38 220 und 305; SK/Rogall, Vor § 133, 73, 130 ff.; Bosch, Aspekte des nemo tenetur-Grundsatzes aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht (1998), 24 ff.

6 Dass der Grundsatz im Prinzip anerkannt ist, bedeutet nicht, dass er in verschiedenen Aspekten nicht auch umstritten ist. Etwa zu der Frage, ob der nemo tenetur-Grundsatz den Beschuldigten nur in Bezug auf die freie „geistige Handlungssteuerung“ bzw. „Willensbildung“ schützt oder auch vor Selbstbelastung durch vis absoluta, vgl. Grünwald, JZ 1981, 428; Rogall, NSTZ 1998, 67 f.; Weßlau, StV 1997, 343 einerseits und Hackethal, Der Einsatz von Vomitivmitteln zur Beweissicherung im Strafverfahren (2005), 137; Neumann, FS E. A. Wolff, 376; Verrel, Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren (2001), 223 andererseits.

7 Janick, (Fn. 2), 157; Nothelfer, Die Freiheit vom Selbstbeichtigungszwang (1989); Rogall, Beweisverbote im System des deutschen und des amerikanischen Strafverfahrensrechts, Rudolphi-Symp., 104 ff.; Schilling, Illegale Beweise (2003), 200 ff.; H. A. Wolff, Selbstbelastung und Ver-

b) *Beispiel: Belehrungspflichten*

In Deutschland verpflichtet die Strafprozessordnung alle staatlichen Organe den Beschuldigten über sein Schweigerecht zur Sache zu belehren.⁸ In dieser Hinsicht hat die Belehrung unstrittig eine Informationsfunktion. Der Gesetzgeber setzt die Kenntnis von der Aussagefreiheit bei Beschuldigten nicht voraus. Das zeigen die Regelungen der Belehrungspflichten in § 136 Abs. 1 StPO und § 243 Abs. 4 StPO. Über die Informationsfunktion hinaus, kommt der Belehrung im deutschen Strafprozess aber auch eine Art Schwellenfunktion zu. Die Belehrung soll dem Beschuldigten klar vor Augen führen, dass ab diesem Zeitpunkt die Vernehmung seiner Strafverfolgung dient.⁹ Die historische Entwicklung der Belehrungsformel illustriert dies: Nach der bis 1965 geltenden Fassung des § 136 StPO wurde der Beschuldigte lediglich befragt, „ob er etwas auf die Beschuldigung erwidern wolle“.¹⁰ Die heute geltende Belehrungsformel hingegen führt dem Beschuldigten seine Lage und die Wahlfreiheit bezüglich seiner Verteidigung eindeutig und drastisch vor Augen.¹¹ Seit 1964 verpflichtet § 163 a StPO auch Polizei und Staatsanwaltschaft, den Beschuldigten vor der Vernehmung ausdrücklich über das Schweigerecht zu belehren.

Die Belehrungspflicht ist abgesichert durch ein grundsätzliches Beweisverwertungsverbot: Wird die Belehrungspflicht verletzt, darf ein in der Vernehmung erlangtes Geständnis oder ein anderes Beweismittel grundsätzlich nicht verwertet werden. Werden sie dennoch verwertet, so kann resp. muss der Betroffene widersprechen und den Fehler mit Revision rügen, wenn der Hinweis erforderlich war, um den Angeklagten über seine Verteidigungsmöglichkeiten zu unterrichten, und er die Aussage zur Sache verweigert hätte.¹²

c) *Würdigung des Schweigens eines Beschuldigten*

Neben den Belehrungspflichten prägt der nemo tenetur-Grundsatz ferner die Regeln über die Würdigung des Schweigens eines Beschuldigten durch das Gericht: Wenn der Beschuldigte von seinem Schweigerecht Gebrauch macht, darf der Richter, die Aussageverweigerung weder in der weiteren Verhandlungsführung noch bei der Begrün-

fahrungstrennung (1997), 21 ff.; Böse, GA 2002, 99 ff.; Stürner, NJW 1981, 1757; Weßlau, ZStW 110 (1998), 1 ff.

8 Dabei steht die unverständene Belehrung (s.u. Rn. 86) der unterlassenen Belehrung gleich, BGHSt 39, 349.

9 BGH NJW 2002, 975, 976; Bosch, Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht (1998) 140 ff.; Köbel, Selbstbelastungsfreiheiten: der nemo-tenetur-Satz im materiellen Strafrecht 42; Roxin, NSTZ 1995, 466; Müssig, GA 2004, 98; Pawlik, GA 1998, 379.

10 Zur Entstehungsgeschichte: Bauer, Die Aussage des über sein Schweigerecht nicht belehrten Beschuldigten (1972), 77 ff.; Beckemper, Durchsetzbarkeit des Verteidigerkonsultationsrechts und die Eigenverantwortlichkeit des Beschuldigten (2002), 46 ff.; Eb. Schmidt, NJW 1968, 1213 ff.

11 BGHSt 22 174; KK/Boujong, 12; SK-Rogall, § 136, Rn. 33; Eb. Schmidt, NJW 1968, 1216; Eser, ZStW 79 (1967), 575 und 86 (1974) Beih. 153.

12 Vgl. LR/Gless, § 136, Rn. 82 m.w.N.

dung des Urteils als eine mindere Verteidigungsmöglichkeit behandeln:¹³ Das heisst, dass ein unfängliches Schweigen des Angeklagten nicht nachteilig verwertet werden darf.¹⁴ Das gilt selbst dann, wenn das Schweigen des Beschuldigten dem Gericht unverständlich ist.¹⁵ Denn dürfte das Schweigen als Anzeichen für Schuld gewertet werden, so wäre der Beschuldigte zum ersten in seiner Entscheidung zwischen Aussage und Verweigerung nicht mehr frei. Zum zweiten verstieße eine richterliche Beweiswürdigung, die eine solche Wertung vornähme, regelmäßig gegen Erfahrungssätze, weil der Richter die Gründe für das Schweigen nicht kennt und es keinen Erfahrungssatz gibt, dass nur der Schuldige schweigt, der Unschuldige hingegen redet.¹⁶ Eine Benachteiligung des schweigenden Angeklagten kann sich aber bekanntlich dann ergeben, wenn ein Geständnis grundsätzlich strafmildernd berücksichtigt wird.¹⁷

d) Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis lässt sich damit festhalten: In Deutschland muss heute ein Beschuldigter in jeder Vernehmung über sein Schweigerecht belehrt werden – unabhängig davon, welches Strafverfolgungsorgan zuständig ist, das heisst gleichgültig ob Richter, Staatsanwälte und Polizei tätig werden. Sie müssen ihm explizit den Tatvorwurf eröffnen und ihn dann darauf hinweisen, dass es ihm freisteht, sich zur Sache zu äussern oder nicht auszusagen.

Schweigt die beschuldigte Person, ist es prinzipiell verboten, aus deren Schweigen nachteilige Schlüsse zu ziehen.¹⁸

2. Französische Rechtsordnung

Wie steht es mit dem *nemo tenetur*-Grundsatz im Allgemeinen und dem Schweigerecht im Besonderen im französischen Strafverfahren? Wie liesse sich der – anekdotisch behauptete – Umstand erklären, dass Beschuldigte in Deutschland nicht einmal in 30 % in einer polizeilichen Vernehmung aussagen, während sie in Frankreich in fast 90 % der Fälle eine Aussage zur Sache machen?

13 Instrukтив: *Torka*, Nachtatverhalten und *Nemo tenetur* (2000), 74; *Böse*, GA 2002, 119; vgl. aber: *LR/Hanack*²⁵, § 136, Rn. 21.

14 Statt aller BGHSt 32, 140, 144; *Kölbel*, 36 f. m.w.N.; *Miebach*, NSTZ 2000, 235.

15 BGH StV 1989, 90 mit Nachw.

16 OLG Stuttgart VRS 69 (1985) 295; *LR/Gless*, § 136 Rn. 36; *Eisenberg*, Beweisrecht Rn. 912; mit Hinweisen auf grundlegende interdisziplinäre Überlegungen: *F. Meyer*, GA 2007, 20 f.; kritisch zum Ganzen *SK/Rogall*, Vor § 133, 193 m.w.N.

17 Zur Frage der Zulässigkeit einer Honorierung eines Geständnisses (*de lege lata*) vgl.: *Aseilmann*, Die Selbstbelastungs- und Verteidigungsfreiheit (2004), 164 ff.; *Bosch*, (Fn. 5), 197 ff.; *Hönig*, Die strafmildernden Wirkung eines Geständnisses im Lichte der Strafzwecke (2004), 78 ff.; *Salger*, Das Schweigerecht des Beschuldigten (1998), 85; *Verrel*, (Fn. 6), 53 ff.; *Weßlau*, KJ 1993, 465.

18 Zu den Ausnahmen vgl. *LR/Gless*, § 136 StPO Rn. 37 ff.

a) *Allgemein*

Die französische Strafprozessordnung regelt den nemo tenetur-Grundsatz ebenso wenig in einer ausdrücklichen Strafprozessnorm wie das deutsche Recht. Der nemo tenetur-Grundsatz ist in Frankreich aber ebenfalls als Prinzip eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens anerkannt.¹⁹ Daraus wird hier ebenso abgeleitet, dass der Beschuldigte zum Tatvorwurf schweigen darf.²⁰

b) *Beispiel: Belehrungspflichten*

Vielfältige Unterschiede bestehen aber in der konkreten Übersetzung des nemo tenetur-Grundsatzes in harte Regelungen der Strafprozessordnung. Das zeigt sich etwa hinsichtlich der Belehrungspflicht für *Vernehmungsorgane bei einer Beschuldigtenvernehmung*:

Nach geltendem französischem Strafprozessrecht ist *nur der Richter in der gerichtlichen Voruntersuchung unter gewissen Bedingungen verpflichtet*, den Beschuldigten über sein Schweigerecht zu belehren. Diese Pflicht obliegt dem „juge d’instruction“ nur im Rahmen des „interrogatoire de première comparution“, wenn er den Beschuldigten schriftlich über den gegen ihn gerichteten Vorwurf unterrichtet hat und wenn dieser mit einem Verteidiger vor ihm erscheint.²¹ Sind diese Bedingungen nicht erfüllt oder findet keine „interrogatoire de première comparution“ statt, etwa weil der Beschuldigte bereits als verteidigter Zeuge („témoin assisté“) vernommen wurde, besteht keine Belehrungspflicht.²² Ohnehin wird nur in einem Bruchteil der eröffneten Strafverfahren der Untersuchungsrichter im Rahmen einer gerichtlichen Voruntersuchung tätig. Nach den für das Jahr 2007 veröffentlichten Zahlen gab es in 1 476 535 anhängigen Strafverfahren in nur 28 063 Sachen eine gerichtliche Voruntersuchung.²³ Wird der Beschuldigte – wie in ca. 90 % der Verfahren der Fall – von der Polizei im Rahmen einer „enquête“, einer polizeilichen Untersuchung vernommen, muss er nicht belehrt werden.

Ist das vielleicht nur ein historisches Versehen, ein Fehler, der bei einer der unzähligen Gesetzesänderungen zufällig unterlaufen ist?

Die Beschaffung gerichtsverwertbarer Beweise gehörte zwar nach dem klassischen Konzept des französischen CPP zu den Kompetenzen des Untersuchungsrichters. In der Praxis wird aber seit langem in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle eine „enquête“ durchgeführt, und nicht wie ursprünglich im normativen Konzept des Gesetzgebers eine gerichtliche „instruction“ vorgenommen. Der Gesetzgeber hat die Änderung der faktischen Umstände durchaus zur Kenntnis genommen. Deshalb verpflicht-

19 Siehe *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité de procédure pénale*, Economica, 2009, Nr. 593 ff, 401 ff.

20 Zur Vereinbarkeit der französischen Doktrin zum Schweigerecht und den Straßburger Vorgaben zur EMRK *Funke*./I. France Serie A/256-A = (1993) 16 EHRR 297, § 44.

21 Art. 116 Abs. CPP.

22 Vgl. Art. 113-8 CPP.

23 Ministère de la Justice, *Les chiffres-clés de la Justice*, octobre 2008, 14.

tete er im Jahr 2000²⁴ die Polizei, einen in Polizeihaft befindlichen Beschuldigten über sein Schweigerecht zu belehren.²⁵

Nach der seinerzeit festgelegten Belehrungsformel musste die Polizei den Beschuldigten auf sein Recht hinweisen: „*de ne pas répondre aux questions posées par les enquêteurs*“.

Diese kurze und bündige Belehrungsformel war so effektiv, dass auch die polizeilich inhaftierten Beschuldigten die Aussage verweigerten. Dabei dient die regelmässig angeordnete „garde à vue“ heute gerade auch der Beweiserlangung. Darauf forderten die Untersuchungsbehörden eine Reform des Gesetzes mit dem Ziel künftig zwar zu belehren, aber in einer Form, die dem Beschuldigten ein Schweigen als Handlungsoption weniger „natürlich“ erscheinen lasse.²⁶

Diesem Anliegen hat der Gesetzgeber im Jahr 2002²⁷ Rechnung getragen und die Belehrungsformel modifiziert oder „weichgespült“.²⁸ Die Polizei belehrt den Beschuldigten über sein Recht „*de faire des déclarations, de répondre aux questions (...) ou de se taire*“.

Parallel zu anderen Verschärfungen im Strafprozessrecht hat der Gesetzgeber mit einem Gesetz zur inneren Sicherheit vom 18. März 2003²⁹ die Belehrungspflicht in der polizeilichen Vernehmung dann einfach wieder abgeschafft.

Das Schweigerecht gilt damit noch immer im französischen Strafverfahren; die Beschuldigten werden aber darüber in 90 % der Fälle nicht informiert.

Ausserhalb der „garde à vue“ gilt: Jede Person, die von der Polizei im Rahmen einer „enquête“ zur Vernehmung vorgeladen ist, muss erscheinen – unabhängig davon, ob sie Beschuldigte ist oder nicht. Bei Nichterscheinen kann sie vorgeführt werden.³⁰ Eine Aussagepflicht besteht zwar nicht, doch ist die Polizei nicht verpflichtet, die betroffene Person darüber zu belehren.

Die Differenzierung zwischen polizeilicher und richterlicher Vernehmung setzt sich im Übrigen auch in der Absicherung des Schweigerechts durch Beweisverbote fort:

Während das Schweigerecht in der gerichtlichen Voruntersuchung durch Art. 114, 170 CPP abgesichert ist, war selbst zu der Blütezeit der Belehrungspflicht in Frankreich – nach der Reformgesetzgebung von 2000 – das dem Beschuldigten in der polizeilichen Vernehmung zugesicherte Schweigerecht nicht durch eine „nullité textuelle“, also ein ausdrücklich festgelegtes Verwertungsverbot abgesichert.³¹ Also hätte die Rechtsprechung eine entsprechende Verfahrensnichtigkeit künftig als „nullité substantielle“ herleiten müssen, was sie nicht tat.³²

24 Loi du 15 juin 2000; dazu: *Guinchar/Buisson*, Procédure Pénale, 4 éd. Paris LexisNexis Litec, no. 565.

25 Art. 63-1 CPP a.F. -Loi du 15 juin 2000.

26 *Fourment*, Procédure pénale, éd. Paradigme 2008-09, S. 101 E.15.

27 Loi du 4 mars 2002.

28 Vgl. *Guinchar/Buisson* (Fn. 24).

29 Art. 19 de la loi du 18 mars 2003.

30 Artt. 62, 78 CPP.

31 *Stefani/Levasseur/Bouloc*, Procédure Pénale 19. Aufl. [2004] S. 407 f., 652 ff.; vgl. auch *Eser*, ZStW 79 [1967], 564, 582.

32 Vgl. dazu: *Spencer*, in: *Delmas-Marty/Spencer* (eds.), *European Criminal Procedures*, 612.

c) Würdigung des Schweigens eines Beschuldigten

Ferner ist es in Frankreich nicht grundsätzlich verboten, das Schweigen des Angeklagten zu seinen Lasten zu verwerten. Vielmehr ist es nach französischer Doktrin Sache des erkennenden Gerichts, eine Entscheidung des Angeklagten zur Sache zu schweigen, entsprechend zu bewerten. Das Gericht in Frankreich darf die Aussageverweigerung – anders als ein deutsches Gericht – als mindere Verteidigungsmöglichkeit bewerten. „[L]a personne poursuivie peut toujours se refuser à répondre si elle estime cette attitude plus conforme aux intérêts de sa défense et sous réserve, pour les magistrats et jurés, du droit de tirer de cette attitude toute conséquence utile à la formation de leur conviction.“³³ Der Beschuldigte darf also zwar schweigen, aber das Gericht darf daraus durchaus seine Schlüsse ziehen.³⁴

d) Zwischenergebnis

Zusammenfassend ist damit festzuhalten: Der nemo tenetur-Grundsatz gilt auch im französischen Strafprozess. Das französische Strafprozessrecht differenziert aber hinsichtlich der Verpflichtung, Beschuldigte über dieses Recht zu belehren: Eine Belehrungspflicht gilt nur in der richterlichen Vernehmung; die Polizei muss den Beschuldigten nicht über sein Schweigerecht informieren. Polizei und Staatsanwaltschaft müssen in einer Beschuldigtenvernehmung – etwa im Rahmen der garde à vue nicht über das Schweigerecht belehren. In der Praxis führt dies dazu, dass in der ganz überwiegenden Zahl der Strafverfahren die Beschuldigten nicht über ihr Schweigerecht belehrt werden. Selbst in den Fällen, in denen eine Belehrungspflicht besteht, ist sie nicht über ein striktes Verwertungsverbot abgesichert. Ferner kann das Schweigen eines Angeklagten zu seinen Ungunsten verwertet werden.

3. Fazit

Beantworten die Hinweise auf die gesetzlichen Vorgaben zur Belehrung des Beschuldigten ausreichend die Diskrepanz der Aussagewilligkeit von Beschuldigten in Frankreich und in Deutschland, welche die Staatsanwältin aus Offenburg geschildert hat? Diese Frage lässt sich ohne eine empirische Studie der Polizeiarbeit vor Ort, die teilnehmende Beobachtung einschließt, nicht beantworten.³⁵

Die normativen Vorgaben sind bestimmt ein wichtiges Element, aber meines Erachtens nicht das einzige. Hinzu treten weitere wichtige Aspekte: Etwa die Kommunikationssituation der Vernehmung. Hier spielen neben der Art der Belehrung in dieser Situation auch weitere Umstände eine Rolle. Denn Belehrungspflichten haben nicht

33 Merle/Vittu, Procédure pénale, 4. Aufl. no. 150; vgl. Koering-Joulin, Rev. sc. crim. 1997, 478 und Rev. sc. crim. 1998, 395.

34 Ähnlich stellt sich die Rechtslage in England dar, vgl. Gless (Fn. 2), 215 f.

35 Klassisches Beispiel für eine solche Untersuchung Kürzinger, Private Strafanzeige und polizeiliche Reaktion (1978); speziell zur Rolle der Beobachtung als Methode der Strafprozessvergleichung Jung, FS K. Volk, 223.

nur eine Informationsfunktion: Ihnen kommt darüber hinaus auch eine Bedeutung für die Kommunikationssituation zwischen Vernehmungsorgan und Beschuldigten zu. Diese findet ihren Ausdruck in der Art der Belehrung:

In Deutschland soll die Belehrung dem Beschuldigten klar vor Augen führen, dass jedenfalls ab diesem Zeitpunkt eine dem Strafverfolgungszweck dienende Vernehmungssituation gegeben ist, in der er formal verdächtigt wird und ihm bestimmte Rechte zustehen.³⁶ In Frankreich findet dieser Kommunikationsakt in der Regel, nämlich bei polizeilichen Vernehmungen so nicht statt.

Hinzu kommt, dass Beschuldigte in Frankreich durch die „garde à vue“, die Vernehmung oftmals als Teil der Haftsituation erleben werden, während Beschuldigte in Deutschland eine Vorladung zur polizeilichen Vernehmung eher im Briefkasten vorfinden. Beschuldigte in Deutschland und in Frankreich befinden sich also auch aufgrund anderer äußerer Umstände in unterschiedlichen (Kommunikations-)Situations:

Mit Blick auf unsere Eingangsfrage lässt sich also Folgendes festhalten:

Vergleicht man die deutsche und die französische Strafprozessordnung so gelten zum einen unterschiedliche normative Regeln für die praktische Ausübung des *nemo tenetur*-Grundsatzes. Beschuldigte befinden sich ausserdem in den beiden Staaten in ganz unterschiedlichen Kommunikationssituationen. Wenn zwei das Gleiche – nämlich *nemo tenetur* – sagen, meinen sie also noch lange nicht dasselbe.³⁷

III. Der *nemo tenetur*-Grundsatz in Europa

Haben die Unterschiede in der Übersetzung des *nemo tenetur*-Grundsatzes in konkrete Vorgaben Bedeutung für die grenzüberschreitende Beweissammlung in Europa? Oder gibt es ohnehin einen eigenständigen europäischen Standard für den *nemo tenetur*-Grundsatz?

1. Rechtshilfe in Strafsachen

Im traditionellen Rechtshilferecht wirken grundsätzlich die unterschiedlichen nationalen Regeln. Das gilt auch für den *nemo tenetur*-Grundsatz. Eine Vernehmung im Wege der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen wird grundsätzlich nach den Regelungen des Staates durchgeführt, in dem die Vernehmung stattfindet („*locus regit actum*“).³⁸ In einer richterlichen Vernehmung, die im Wege der Rechtshilfe für ein ausländisches Strafverfahren in Deutschland durchgeführt wird, ist deshalb nach den deutschen Vorgaben über die Aussagefreiheit zu belehren,³⁹ in einer Vernehmung, die

36 Pfeiffer, 4; Bosch, 140 ff.; Geppert, FS F.-C. Schroeder 682; Köbel, NSTZ 2003, 42; Ransiek, StV 1994, 344; Roxin, NSTZ 1995, 466; vgl. auch Müssig, GA 2004, 98; Pawlik, GA 1998, 379.

37 Der BGH verweist aber ausdrücklich auf die Bedeutung der Wurzeln des *nemo tenetur*-Grundsatzes im französischen Strafprozessrecht für das deutsche Recht BGH Beschluss vom 14. Mai 1974 – 1 StR 366/73 mit Verweis auf Art. 114 Abs. 1 CPP; vgl. auch Amtliche Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 7. Februar 1962, BTDrucks. IV/178 S. 32.

38 Dazu: Daamen, Zur Verwertbarkeit ausländischer Vernehmungsniederschriften (2004) 27 ff.

39 Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner-Lagodny, § 59 IRG Rn. 39.

in Frankreich durchgeführt wird, nach französischen Vorgaben. Gleichwohl finden die Unterschiede hinsichtlich des *nemo tenetur*-Grundsatzes bisher kaum Beachtung.

Dass der Beschuldigte aber an sich über sein Recht zu schweigen belehrt wird, gehört nach deutschem Verständnis zwar grundsätzlich zum „*ordre public*“.⁴⁰ Wird im Ausland eine Vernehmung für ein deutsches Strafverfahren durchgeführt und entsprechend der am Ort geltenden Vorschriften nicht über die Aussagefreiheit belehrt, so stellt sich die Frage, ob das über die Vernehmung angefertigte Protokoll verwertbar ist. Jedenfalls müssen die deutschen Organe im Vorfeld mit den ihnen zur Verfügung stehenden Mitteln darauf hinwirken, dass die von der StPO vorgeschriebene Belehrung Beachtung findet.⁴¹

2. EMRK

Alle europäischen Staaten sind jedoch durch die EMRK gebunden, so dass auf diesem Wege die Unterschiede nivelliert sein könnten. Bekanntlich ist der *nemo tenetur*-Grundsatz nicht ausdrücklich in der EMRK normiert, wird aber als Teil des *fairen Verfahrens* nach Art. 6 Abs. 2 EMRK anerkannt.⁴² Daraus wird das Recht auf die Freiheit vor Selbstbelastung insofern als gesicherter Grundsatz abgeleitet, als der Beschuldigte sich zu gegen ihn erhobenen Vorwürfen *nicht zu äußern* braucht.⁴³ Was darüber hinaus aus dem *nemo-tenetur*-Grundsatz abgeleitet werden kann, ist allerdings streitig.⁴⁴

Die Frage, ob das Recht zu schweigen und das Verbot erzwungener Selbstbelastung in unzulässiger Weise beeinträchtigt werden, entscheidet der Gerichtshof im Rahmen einer Gesamtabwägung. Relevante Kriterien sind hierbei die Art und Schwere des ausgeübten Drucks im Lichte anderer Verfahrenssicherungen: „*the nature and degree of the compulsion used to obtain the evidence, the existence of any relevant safeguards in the procedures and the use to which any material so obtained is put*“.⁴⁵

40 Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner-Lagodny, § 73 IRG, zur Belehrungspflicht im Auslieferungsverfahren: *ders., ebda.*, § 28 Abs. 2 S. 2 IRG.

41 Gless, FS Grünwald 203 f. m.w.N. in Fn. 38.

42 Vgl. etwa EGMR *John Murray*./ Vereinigtes Königreich, Urteil v. 8.2.1996, Reports 1996-I, § 45 = EuGRZ 1996, 587 mit Anm. Kühne; EGMR *Saunders*./ Vereinigtes Königreich, Urteil v. 17.12.1996, Reports 1996-VI, § 68; EGMR *Heany/Mc Guinness*./ Irland, Urteil v. 21.12.2000, EGMR 2000-XII, § 40; EGMR *J.B.*./ Schweiz, Urteil v. 3.5.2001, EGMR 2001-III (= NJW 2002 499); Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht (2002), 520; Gaede, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäss Art. 6 EMRK (2007), 312 ff.; Rau, Schweigen als Indiz der Schuld (2004) 308; Meyer-Ladewig, EMRK-Handkommentar (2003) Art. 6 Rn. 52 ff.; Eser, in: J. Meyer Charta der Grundrechte der EU (2005) Art. 48 Rn. 10 a.

43 Aus jüngerer Zeit: EGMR *Jalloh*./ Deutschland, Urteil v. 11.7.2006, EuGRZ 2007, 150 ff, § 102, vgl. ferner EGMR *Allan*./ Vereinigtes Königreich StV 2003 257 m. Anm. Gaede sowie *Eidam* 65 ff. und *Esser* JR 2004 98.

44 Dazu auch EGMR *Bykov*./ Russland vom 21. Januar 2009, Rn. 84 ff., HRRS 2009 Nr. 360; zur Auseinandersetzung im deutschen Rechtskreis Kölbl, NSTz 2003, 44; Rzepka, Zur Fairness im deutschen Strafverfahren (2000), 388 einerseits und Verrel (Fn. 6), 238 ff. andererseits; vgl. auch Böse, GA 2002, 99 ff. sowie aus französischer Sicht: *Guinchard/Buisson* (Fn. 24), no. 564.

3. EG- und EU-Recht

Im EU-Recht können allgemeine Angaben zum nemo tenetur-Grundsatz und zur Hinweispflicht auf die Aussagefreiheit im speziellen letztlich nur aus der Maxime eines fairen Verfahrens abgeleitet werden. Art. 6 EUV verpflichtet insofern nicht nur die EU-Mitgliedstaaten, sondern auch die EU selbst.

Die EG-Kommission hat zwar – unter anderen politischen Vorgaben – ein Grünbuch über die Unschuldsvermutung vorgelegt,⁴⁶ das unter anderem die Frage des Schweigerechts erläutert.⁴⁷ Dieses Grünbuch hat aber wohl keine große politische Zukunft und die dort enthaltenen Vorschläge lassen aus deutscher Sicht auch eher eine Auslöschung des Schweigerechts befürchten.

Auch der Vorschlag für einheitliche europäische Verfahrensrechte von Beschuldigten in Strafverfahren hat nur eine ungewisse politische Zukunft.⁴⁸

Die Unterschiede im Verständnis vom nemo tenetur-Grundsatz können aber eine praktische Bedeutung in Zusammenhang mit der Europäischen Beweisordnung (EBA) erlangen, welchen die EU-Mitgliedstaaten im Dezember letzten Jahres als Rahmenbeschluss angenommen haben:⁴⁹ Die Europäische Beweisordnung setzt das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung um. Sie soll es künftig ermöglichen, dass grenzüberschreitend in einem anderen EU-Staat vorhandene Dokumente – etwa auch Protokolle aus Beschuldigtenvernehmungen – in das eigene Strafverfahren beordert und dort verwertet werden *können* (wohlgemerkt nicht müssen).⁵⁰

Damit wird grenzüberschreitend das jeweils andere Konzept des nemo tenetur-Grundsatzes in die eigene Rechtsordnung importiert, ohne dass dies offensichtlich wäre und ohne dass insoweit ausdrücklich Schranken bzw. Schutzrechte für die Betroffenen existieren würden. Der Rahmenbeschluss zum EBA, wie ihn die EU-Mit-

45 Aus jüngerer Zeit: EGMR, Grand Chamber, Case of O'Halloran and Francis v. the United Kingdom vom 29. Juni 2007 – Application nos. 15809/02 and 25624/02 § 55.

46 KOM (2006)174 endg.

47 Grünbuch über die Unschuldsvermutung KOM (2006)174 endg., S. 8; dazu: F. Meyer, GA 2007, 17 f.

48 Das Fehlen europäischer Verfahrensrechte bemängelt etwa: Löff, European Law Journal 2006, 423 f.

49 ABI L 350 vom 30.12.2008, 72.

50 Zur europäischen Beweisordnung vgl. De Amicis, Il mandato europeo di ricerca delle prove: un'introduzione, Cassazione penale 2008, 3033 ff.; Belfiore, Il mandato europeo di ricerca delle prove e l'assistenza giudiziaria nell'Unione europea, Cassazione penale (2008, 3894 ff.; Belfiore, Movement of Evidence in the EU: The present scenario and possible future developments, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 17 (2009), S. 1 ff.; Gazeas, Zeitschrift für Rechtspolitik 2005, 18 ff.; S. Gless, Kommentar zum Vorschlag für einen Rahmenbeschluss über eine « Europäische Beweisordnung », Strafverteidiger (StV) 2004, 679 ff.; Iuz-zolino, Arriva il mandato europeo di acquisizione delle prove, Diritto e giustizia (9) 2004, 110 ff.; Kotzurek, Gegenseitige Anerkennung und Schutzgarantien bei der Europäischen Beweisordnung, Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS) 2006, 123 ff.; Manacorda, Reconnaissance mutuelle et droits fondamentaux dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne: un développement inégal, Rev. sc. crim. 2006, 886.

gliedstaaten im Dezember letzten Jahres erlassen haben,⁵¹ sieht nämlich keine neuen Verfahrensrechte oder Garantien vor, welche spezifisch vor einer Einschränkung eines nationalen Standards des *nemo tenetur*-Grundsatzes in der grenzüberschreitenden Beweissammlung schützen würden.⁵² Solche Schutzgarantien für Betroffene waren zwar in einem früheren Vorschlag (aus dem Jahr 2003) noch enthalten.⁵³ Sie sollten unverhältnismässige Vollstreckungen ebenso verhindern wie die Verletzung des *nemo tenetur*-Grundsatzes.⁵⁴ In dem endgültigen Text des Rahmenbeschlusses sind sie jedoch nicht mehr zu finden.

IV. Schlusswort

Hat Napoleon mit der rechtlichen Verankerung des *nemo tenetur*-Grundsatzes in den europäischen Strafrechtskodifikationen des 19. Jahrhunderts dem Europa des 21. Jahrhunderts ein Geschenk oder eine Bürde hinterlassen? Diese Frage stellt sich, weil die Strafverfolgungsbehörden zu Recht darauf verweisen, dass sie alle den *nemo tenetur*-Grundsatz beachten, dabei aber ganz unterschiedliche Einzelaspekte vor Augen haben. Der Umstand, dass sie sich alle auf das Gleiche berufen, ohne dass sie dasselbe meinen, hat im Prozess der europäischen Rechtsvereinheitlichung lange suggeriert, es gebe keine Probleme, wo es vielleicht doch Probleme gibt.

Hier muss sich wohl einmal mehr die einigende Kraft der EMRK als Lösung erweisen. Zwar gab und gibt es Zweifel an der (kurzfristigen) Effektivität dieses Weges.⁵⁵ Der Grund dafür ist die lückenhafte Regelung in der EMRK selbst, welche den EGMR dazu veranlasst, in ständiger Rechtsprechung immer wieder zu betonen, dass auch aus Art. 6 EMRK – der unbestritten ein Kernelement des Rechts auf ein faires Verfahren darstelle – keine zwingende generelle Aussage für die Verwertbarkeit eines Beweismittels vor einem nationalen Gericht abgeleitet werden könne.⁵⁶ Doch die langfristige Tendenz zeigt, dass sich die nationalen Gerichte – mehr oder weniger frei- und bereitwillig – an der Rechtsprechung des EGMR in einschlägigen Punkten orientieren. In jüngerer Zeit haben etwa verschiedene Senate des deutschen Bundesgerichtshofes explizit oder implizit die Rechtsprechung des EGMR zum *nemo tenetur*-Grundsatz in ihre Entscheidung einfließen lassen.⁵⁷ Eine europaweite inhaltliche Auseinandersetzung, welche die Rechtsordnungen in einen Diskurs über diesen strafprozessualen Grundsatz bringt, würde die napoleonische Errungenschaft des *nemo tenetur*-Grundsatzes zu einem wertvollen Geschenk machen.

51 ABl L 350 vom 30.12.2008, 72.

52 Verschiedene Mitgliedstaaten sahen dies aber als überflüssig an und wollten in Bezug auf die EBA keine anderen Verfahrensgarantien anerkennen als im innerstaatlichen Verfahren gelten, vgl. Rats-Dok 11965/02/05.

53 Vgl. Art. 12 Ziff. 1 lit. a des Vorschlags von 2003.

54 Ausf. dazu: *Kotzerek*, ZIS 2006, 128 ff.

55 Aus deutscher Sicht: *Gless* (Fn. 2), 190 f.; aus französischer Sicht: *Guinchard/Buisson* (Fn. 24).

56 EGMR *Jalloh./.* Deutschland, Urteil v. 11.7.2006, EuGRZ 2007, 150 ff, §§ 94 ff.

57 BGH NJW 2007 3138, 3140 (3. Senat) mit Blick auf EGMR StV 2003, 257, 259 – Allen./. Vereinigtes Königreich.