

Honig und das US-amerikanische Strafrecht, insbesondere Beweisverbote (*exclusionary rules*) – Zugleich eine Analyse des US-amerikanischen Rechts der Beweisverbote

*Kai Ambos**

Honig hat die Türkei, wo er seit September 1933 exiliert war, im Oktober 1939 in Richtung USA verlassen. Dort hat er sich – nach Aufenthalt in Georgia und Tennessee – im Jahre 1944 in New York und später in Princeton (New Jersey) niedergelassen.¹ Honig ist erst mit 82 Jahren im Jahre 1974 endgültig nach Göttingen zurückgekehrt,² doch bestand schon seit Kriegsende ein reger und ständiger Kontakt mit seiner früheren Stadt und Fakultät. Tatsächlich ist Honigs Verbindung mit Deutschland nie abgerissen und diese Verbindung hat auch, wie wir sehen werden, seine Arbeiten zum US-amerikanischen Strafrecht geprägt. In der Sache hat sich Honig sowohl mit dem materiellen als auch mit dem Verfahrensrecht beschäftigt,

* Ich danke Herrn Julian Vormkahl und Frau Paula Schaaf für Unterstützung bei der editorischen Bearbeitung des Texts. Alle Weblinks wurden zum 11.10.2023 zuletzt überprüft.

¹ Vgl. *Huber*, Richard Martin Honig (1890–1981). Auf der Suche nach dem richtigen Recht, in: Heinrichs et al. (Hg.), *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, München 1993, S. 745 (755); darauf aufbauend *Weiglin*, Richard Martin Honig (1890–1981) – Leben und Frühwerk eines deutschen Juristen jüdischer Herkunft. Zugleich ein Beitrag zur Entwicklung der modernen Lehre von der objektiven Zurechnung, Baden-Baden u.a. 2011, S. 31 f. Sein späterer Wohnort Princeton ergibt sich aus den u.g. Veröffentlichungen der 1960er Jahre.

² *Huber* (Fn. 1), S. 759; *Weiglin* (Fn. 1), S. 39; dazu auch *Eser*, in diesem Band, S. 339 ff.

wobei ich mich – nach einem knappen Überblick zu diesen Arbeiten (B.) – auf seine verfahrensrechtlichen Arbeiten, die sich im Kern mit den Beweisverboten befassen, konzentrieren werde (C.). Doch vorab möchte ich noch einige biographische Aspekte hervorheben.

A. Biografische Aspekte

Honigs Werdegang ist im Einzelnen von Eva Schumann dargestellt worden,³ so dass ich mich hier auf die für mein Thema wichtigen Aspekte beschränken kann. Die Göttinger Fakultätsakten dokumentieren nicht nur die zwangsweise Versetzung Honigs in den Ruhestand per Verfügung vom 2. September 1933,⁴ sondern auch die Bemühungen der Fakultät in der Nachkriegszeit, Honig zu einer Rückkehr oder doch zumindest zur Wiederaufnahme von Lehrveranstaltungen zu bewegen. Schon am 2. April 1946 wendet sich Hans Welzel im Namen der Fakultät brieflich an Honig und bietet diesem die Rückkehr nach Göttingen an, weil die Fakultät beschlos- sen habe, „sämtliche vom Nationalsozialismus aus ihren Ämtern entfernten [!] Mitgliedern ihres Lehrkörpers zurückzurufen“.⁵ Honig hat dieses Angebot allerdings am 15. Februar 1947 mit folgender Begründung abgelehnt:

„Sowenig ich den Verlust meiner Professur jemals werde völlig verschmerzen können, und so sehr ich die Bereitschaft der Fakultät zu schätzen weiß, dass mir angetane Unrecht wiedergut- zumachen, ebenso sehr glaube ich doch, dass ich mich im Laufe der letzten 14 Jahre zwangs- läufig zu weit von meinem früheren Leben in Göttingen fortentwickelt habe, um mich nun wieder in die alten und doch so gänzlich veränderten Verhältnisse zurückfinden zu können“.⁶

Nachdem am 1. April 1953 – nach langem bürokratischem Kampf und auch inso- weit mit tatkräftiger Unterstützung der Fakultät⁷ – Honigs Emeritierung und Wie- deraufnahme in die Fakultät gelungen ist (was bei Honig große Freude auslöste⁸),

³ In diesem Band, S. 169 ff.

⁴ Erste Fakultätsakte (1919-7/1960), S. 194.

⁵ Abschrift des Briefes von Welzel an Honig vom 2.4.1946, Erste Fakultätsakte, S. 185.

⁶ Brief von Honig vom 15.2.1947, Erste Fakultätsakte, S. 177. Dort weist Honig weiter auf die inzwi- schen angenommene US-amerikanische Staatsangehörigkeit hin, die ebenfalls eine Rückkehr er- schwere.

⁷ Diese hatte schon am 20.4.1950 den Antrag auf Emeritierung an das Niedersächsische Kultusminis- terium gestellt, vgl. den entsprechenden Brief des Dekans Kromphardt in Erster Fakultätsakte, S. 164.

⁸ Siehe sein Schreiben vom 21.5.1953 an den Dekan, wo er die „besondere Freude, der Fakultät, der ich viele schöne, arbeitsreiche Jahre angehörte, wenigstens rechtlich wieder nahezustehen“, zum Aus- druck bringt (Erste Fakultätsakte, S. 117).

kehrte er ab Sommersemester 1954 wieder regelmäßig nach Göttingen zurück, um hier Lehrveranstaltungen vor allem im US-amerikanischen Strafrecht abzuhalten.⁹

Diese jahrelange Lehrtätigkeit ist mehrfach universitätsöffentlich gewürdigt worden. So heißt es in einer Presseinformation der Universität zum Goldenen Dozentenjubiläum Honigs am 4.11.1969: „In treuer Anhänglichkeit ... hat Prof. Honig seit 1954 fast regelmäßig jährlich Vorlesungen und Seminare über deutsch-amerikanische Strafrechtsvergleiche ... gehalten, die eine wertvolle Erweiterung des Lehrprogramms darstellen.“¹⁰ In einer Presseinformation zu Honigs 80. Geburtstag am 22.12.1969 werden die Vorlesungen zum deutsch-amerikanischen Strafrechtsvergleich im gleichen Sinne als „wertvolle Erweiterung des Lehrprogramms“ gewürdigt.¹¹ In der Todesanzeige des Universitätspräsidenten vom Juni 1981 lesen wir:

„Der langjährige Aufenthalt in den USA prädestinierte geradezu einen so hervorragenden Gelehrten wie Richard Honig dazu, der deutschen Strafrechtswissenschaft auch durch rechtsvergleichende Arbeiten neue Impulse zu geben. In einer Reihe gedankentiefer Abhandlungen stellte er nach seiner Rückkehr nach Deutschland aus seiner eindringenden Kenntnis beider Rechtsordnungen die kriminalpolitischen und rechtsdogmatischen Hintergründe der Reformentwicklungen dar, die in beiden Ländern nach dem Krieg eingesetzt hatten. Aus seiner Feder ist auch die maßgebende Übersetzung des Model Penal Code ins Deutsche entstanden ...“¹²

Die intensive Lehrtätigkeit Honigs zeigt – trotz seiner Freiburger Ausflüge¹³ – seine starke Verbundenheit mit Göttingen und der Göttinger Fakultät. Sie kennzeichnet auch – die in den Fakultätsakten dokumentierten – Bemühungen zahlreicher Fakultätsangehöriger, Honigs Aufenthalt und Lehre in Göttingen möglich zu machen. Dabei galt es nicht unerhebliche praktische Schwierigkeiten zu überwinden, sei es die Finanzierung der strapaziösen Schiffsreise von den USA nach Deutschland oder die Beschaffung einer angemessenen Wohnung.

⁹ Im SoSe 1954 hielt er ein Seminar „Parallelen und Gegensätze im deutschen und amerikanischen Strafrecht“, im SoSe 1955 ein Seminar „Gegensätze zwischen dem amerikanischen und deutschen Strafrecht“, vgl. Erste Fakultätsakte, S. 84, 97, 101, 112, 113, 73, 81, 87 f.; vgl. auch *Huber* (Fn. 1), S. 6; *Weiglin* (Fn. 1), S. 37; *Mainvald*, JZ 1980, S. 71 (seit 1953 als Emeritus wieder Angehöriger der Göttinger Fakultät).

¹⁰ Zweite Fakultätsakte (1961–1981), S. 79.

¹¹ Ebd., S. 8. Vgl. auch die Presseinformation zum 85. Geburtstag, wo ebenfalls der Bezug zum US-Strafrecht betont wird, Presse-Info vom 27.12.1974, Zweite Fakultätsakte, S. 9.

¹² Zweite Fakultätsakte, S. 14 f.

¹³ Zu seinen Aufenthalten zwischen 1960 und 1972 s. *Huber* (Fn. 1), S. 757, 759.

B. Überblick zu den US-amerikanischen Arbeiten

Was Honigs Arbeiten im *materiellen Strafrecht* angeht, so ist zunächst auf seine bahnbrechende Auseinandersetzung mit dem amerikanischen Muster-Strafgesetzbuch (Model Penal Code, MPC) des American Law Institute aus dem Jahre 1962 hinzuweisen.¹⁴ Honig hat insoweit nicht nur eine deutsche Übersetzung vorgelegt,¹⁵ sondern den MPC auch einer gründlichen deutsch-dogmatischen Analyse in zwei Beiträgen in der ZStW unterzogen.¹⁶ Diese Arbeiten Honigs verdienen auch deshalb besondere Erwähnung, weil er, worauf Barbara Huber sehr plausibel hinweist, durch die durch den MPC unternommene Kodifizierung des äußerst fragmentierten und richterrechtlich geprägten US-amerikanischen Strafrechts erst den „Zugang zur strafrechtlichen Materie“ gefunden hat.¹⁷ Allerdings hat Honig es nicht dabei belassen, sondern mit einer über 250-starken Monografie zum US-amerikanischen Strafrecht¹⁸ eine im deutschsprachigen Bereich, soweit ersichtlich, bis heute unübertroffene systematische und umfassende Darstellung vorgelegt. Honig klärt in diesem aus acht Kapiteln bestehenden Mammutwerk zunächst die Grundbegriffe des US-amerikanischen Strafrechts (Kapitel I),¹⁹ um dann in den Kapiteln zwei bis acht²⁰ das überaus fragmentierte US-Strafrecht zu systematisieren und zwar „entsprechend den in der deutschen Strafrechtswissenschaft gebräuchlichen Kategorien“, um so dem deutschen Juristen den Zugang zu erleichtern.²¹ Allerdings setzt sich Honig mit dieser deutschen Herangehensweise der Gefahr aus, die Besonderheiten des US-amerikanischen Strafrechts aus dem Blick zu verlieren. So spricht denn auch

¹⁴ Zum MPC zusammenfassend *Dubber*, *An Introduction to the Model Penal Code*, 2. Aufl., Oxford/New York 2015; in deutscher Sprache s. *Dubber*, *Einführung in das US-amerikanische Strafrecht*, München 2005.

¹⁵ Erschienen in der damals noch von Jescheck und Kielwein herausgegebenen Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung, Berlin 1965.

¹⁶ *Honig*, ZStW 75 (1963), S. 63 ff. und *Honig*, ZStW 77 (1965), S. 37 ff.; siehe ferner den weiteren Beitrag zur Irrtumsregelung des MPC in *Honig*, MschrKrim 1964, 137 ff.

¹⁷ *Huber* (Fn. 1), S. 755.

¹⁸ *Honig*, *Das amerikanische Strafrecht*, in: Mezger/Schönke/Jescheck (Hg.), *Das ausländische Strafrecht der Gegenwart*. Viertes Band: Amerika, Norwegen, Türkei, Berlin 1962, S. 7–262.

¹⁹ Dabei geht es um die Elemente der Straftat, die Quellen der Strafgerichtsbarkeit, mala in se und mala prohibita, die Klassifizierung der Straftaten und den Gegensatz zwischen Straftat und Zivilunrecht.

²⁰ Diese behandeln die Tat (Kap. 2), den Täter (Kap. 3), die Schuld (Kap. 4), Unrechts- und Schuld-ausschlussgründe (Kap. 5), Versuch, Lockspitzel und Verabredung (Kap. 6), Teilnahme (Kap. 7) und Zusammentreffen mehrerer Straftaten/Konkurrenzen (Kap. 8). Ähnlich ging Honig in seiner sehr lesenswerten Besprechung der *General Principles* von Hall in ZStW 74 (1962), S. 379 ff. vor.

²¹ *Honig* (Fn. 18), S. 18.

Eser in der, soweit ersichtlich, einzigen Rezension des Werks²² – nach einer anfänglich, vielleicht obligatorischen *captatio benevolentiae*²³ – von „Fragwürdigkeiten des methodischen Ansatzes“, die eben darin lägen, dass Honig sich deutscher, „dem amerikanischen Strafrecht weitgehend fremd[er]“ Kategorien bedient und es damit versäumt habe, „das fremde Recht sehr viel stärker aus sich selbst heraus zu verstehen und darzustellen“, und zwar „nicht zuletzt deshalb, weil ja auch das begrifflich-systematische Eigenverständnis ein nicht unerhebliches Charakteristikum des betreffenden Rechts sein kann.“²⁴ Huber wiederum weist knapp darauf hin, dass „wegen der stark aus dem deutschen Blickwinkel erfolgten Analyse“ diese „heute“ „in den Hintergrund“ gerückt sei.²⁵

Honig war insoweit also ganz Kind seiner Zeit und hat Rechtsvergleichung aus rein deutscher Sicht betrieben, durchaus auf der Linie seines Mentors Hans-Heinrich Jescheck, der in seiner Freiburger Antrittsvorlesung im Jahre 1954 propagiert hatte, bei der Rechtsvergleichung vom eigenen dogmatischen und kriminalpolitischen Standpunkt auszugehen.²⁶ Moderne Rechtsvergleichung zeichnet sich aber durch Methodenoffenheit aus, ihr Ausgangspunkt und Bezugsgegenstand (*tertium comparationis*) ist – ganz im Sinne der sog. funktionalen Methode – das zu lösende Sachproblem und sie fragt dementsprechend danach, wie dieses in der/den untersuchten Rechtsordnungen (funktional äquivalent) gelöst wird bzw. – stärker institutionalisierend – welche Funktion das zur Lösung dieses Sachproblems entwickelte Rechtsinstitut – jenseits seiner Begrifflichkeit und seiner Zuordnung zu einer bestimmten Rechtsdisziplin – in dieser Rechtsordnung hat.²⁷

Auf dem Gebiet des *Verfahrensrechts* hat Honig drei Beiträge verfasst,²⁸ die sich im Kern alle mit möglichen Verletzungen der Grundrechte der Zusatzartikel

²² Eser, ZStW 79 (1967), S. 193–208. Zur durchaus eigentümlichen Genese dieser Rezension, die nach ersten Kürzungsaufgaben und längerem Stillstand schließlich in erweiterter Form erschienen ist, s. Eser, in diesem Band, S. 339 ff.

²³ Eser, ZStW 79 (1967), S. 193 (195 f.) (wonach es Honig „meisterhaft gelungen“ sei, „die allgemeinen Lehren, so wie sie auf dem Boden des an Präjudizien ausgerichteten case-law gewachsen sind, in ihren entscheidenden Linien in Erscheinung treten zu lassen.“).

²⁴ Eser, ZStW 79 (1967), S. 193 (196 f.).

²⁵ Huber (Fn. 1), S. 757 f.

²⁶ Vgl. Jescheck, *Entwicklung, Aufgaben und Methode der Strafrechtsvergleichung*, Tübingen 1955, S. 36 ff., 37 f., 40 ff., wo er ein vierstufiges Vorgehen vorschlägt: Vom eigenen dogmatischen oder kriminalpolitischen Standpunkt ausgehend (1. Stufe) soll das ausländische Recht ausgelegt (Exegese, 2. Stufe), sodann systematisiert (3. Stufe) und schließlich rechtspolitisch bewertet werden (4. Stufe).

²⁷ Vgl. Ambos, RW 2017, S. 247 (259 ff.) m.w.N.

²⁸ Honig, *Beweisverbote und Grundrechte im amerikanischen Strafprozess*, Tübingen 1967; ders., ZStW 79 (1967), S. 89; ders., *Wiederaufnahme und dissenting opinions im amerikanischen Strafverfahren*, Göttingen 1969.

(*Amendments*) IV-VI und XIV zur US-Verfassung²⁹ im Rahmen des Ermittlungsverfahrens und den Konsequenzen für die Beweisverwertung befassen.³⁰ Im Folgenden werde ich die erste Monographie aus 1967 näher in den Blick nehmen,³¹ doch auch auf Überschneidungen mit den beiden anderen Abhandlungen hinweisen.

Sein „amerikanisches Gesamtwerk“, vor allem seine Darstellung des materiellen Strafrechts, macht Honig unzweifelhaft zum wichtigsten deutschsprachigen Vermittler des US-Strafrechts.³² Allerdings ist Honig in den USA, wie Nachfragen bei dortigen Kollegen/-innen ergeben haben, völlig unbekannt geblieben. Dies dürfte darauf zurückzuführen sein, dass er seine Arbeiten nicht in Englisch veröffentlicht hat. Auch haben ihn seine US-amerikanischen Forschungen doch wohl nicht völlig ausgefüllt, wie seine parallelen Arbeiten in anderen Rechtsgebieten und auch die Tatsache zeigen, dass Honig in seiner letzten Lebensphase –Anfang der 1970iger Jahre im hohen Alter von 80 Jahren (seine letzte Abhandlung zum US-amerikanischen Strafrecht stammt aus 1969³³) – ganz zum deutschen Strafrecht zurückgekehrt ist.³⁴

C. Honigs Abhandlung zu den Beweisverboten

I. Konzeptionelle Vorbemerkungen und kriminalpolitischer Ansatz

In seiner monographischen Abhandlung von 1967³⁵ wendet Honig zunächst die deutschen Beweisverbotsbegriffe auf die US-amerikanischen Beweisverbote an, weil dort eine entsprechende Terminologie nicht existiere (S. 5). Honig will untersuchen, ob „amerikanische Beweisregeln und die aus ihnen abgeleiteten Beweisverbote“ für das deutsche Strafverfahren fruchtbar gemacht werden können (S. 7). Er unterscheidet dabei zwischen Beweisverfahrens- und Beweismittelverboten (S. 5 f.), weist aber nicht auf den konzeptionellen Unterschied zwischen einer exclusionary

²⁹ Näher u. Fn. 44 ff. mit Haupttext.

³⁰ Der Titel der Monographie zu „Wiederaufnahme etc.“, *Honig*, Wiederaufnahme (Fn. 28), ist insoweit missverständlich. Honig untersucht auch hier die grundrechtliche Rspr. des Supreme Court (S. 12 ff., 35 ff., 47 ff., 77 ff., 105 ff.), einschließlich daraus folgender Beweisausschlüsse (S. 61 ff., 102 ff.), und versteht unter „Wiederaufnahme“ seine verfassungs- bzw. grundrechtliche Überprüfungscompetenz (s. S. 5, 8 ff., 25 ff. und passim, wo er treffender von „Verfassungsbeschwerden“ i.S.d. „writ of certiorari“ spricht); die „dissenting opinions“ würdigt er im Rahmen der Besprechung dieser Rspr.

³¹ Krit. dazu erneut *Eser*, JZ 1967, S. 614; s. auch *ders.*, in diesem Band, S. 339 ff.

³² So auch *Huber* (Fn. 1), S. 757 („wichtigster Vermittler des amerikanischen Strafrechts im Nachkriegs-Deutschland der 50er und 60er Jahre“); siehe auch *Jesbeck*, ZStW 93 (1981), S. 827 (829) („Aufbereitung des amerikanischen Strafrechts für den deutschen Juristen“); *Großfeld*, Vorwort, FS Honig, Göttingen 1970, ohne S. („Mittler zwischen den Rechtswelten seiner alten und neuen Heimat“).

³³ *Honig*, Wiederaufnahme (Fn. 28).

³⁴ *Huber* (Fn. 1), S. 758 f.

³⁵ *Honig*, Beweisverbote (Fn. 28). Die im Haupttext angegebenen Seitenzahlen beziehen sich darauf.

rule und einem bloßen Beweisverwertungsverbot hin: Während jene, jedenfalls idealtypisch, die Kenntnis des richterlichen Organs vom betreffenden Beweis a limine ausschließt³⁶ (im Sinne eines Beweiseinführungsverbots³⁷ oder Beweisausschlusses), verbietet dieses nur die Nutzung des (bekannten) Beweises durch die spruchrichterlichen Organe.³⁸ Dabei gibt es, wie wir im Folgenden sehen werden, zahlreiche (richterrechtlich entwickelte)³⁹ exclusionary rules mit unterschiedlicher (verfassungsrechtlicher oder einfachgesetzlicher)⁴⁰ Grundlage, wobei der IV. Zusatzartikel⁴¹ als verfassungsrechtlicher Ausgangspunkt und grundlegender Maßstab angesehen werden kann.⁴² Auch werden von den exclusionary rules unterschiedliche Zwecke verfolgt, wobei sich allerdings bis heute die Vermeidung künftiger (polizeilicher) Rechtsverletzungen durch Abschreckung und Disziplinierung gehalten hat.⁴³

Beweisverfahrensverbote sieht Honig in den Zusatzartikeln IV-VI (1791) der US-Verfassung verankert. Diese garantieren grundlegende Verfahrensrechte, nämlich u.a. Schutz vor willkürlicher („unreasonable“) Durchsuchung und Beschlagnahme

³⁶ S. die klassische Definition von *Burkoff*, ‘Exclusionary Rules’, in: Kadish (Hg.), *Encyclopedia of Crime and Justice. Volume II: Criminalistics to Human Rights*, New York 1983, S. 715: „... a rule that generally operates to exclude from admission at a criminal trial evidence obtained as a result of unlawful activity ...“.

³⁷ Vgl. schon *Ambos*, Beweisverwertungsverbote. Grundlagen und Kasuistik, internationale Bezüge, ausgewählte Probleme, Berlin 2010, S. 19 mit Fn. 16.

³⁸ Vgl. *Ambos*, *Treatise on International Criminal Law. Volume III. International Criminal Procedure*, Oxford 2016, S. 514 m.w.N.; auch *Thaman/Brodowski*, Exclusion or Non-Use of Illegally Gathered Evidence in the Criminal Trial: Focus on Common Law and German Approaches, in: *Ambos et al. (Hg.), Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice. Volume I*, Cambridge 2020, S. 428.

³⁹ Im common law und vorher geltenden Recht spielte die Art und Weise der Beweiserlangung für seine Zulässigkeit keine Rolle, es kam alleine auf Zuverlässigkeit („reliability“) und Beweiswert („probative value“) an, vgl. *Dix*, *The Privilege Concerning Improperly Obtained Evidence* in: *Mosteller et al. (Hg.), McCormick on Evidence*, 8. Aufl., St. Paul 2020, S. 379 f.; *Roberts*, *Roberts and Zuckerman’s Criminal Evidence*, Oxford 3rd ed. 2022, S. 191 („... admissibility ... wholly unaffected by the circumstances in which it was obtained ...“); s. auch House of Lords Session 2005–06 [2005] UKHL 71 (appeal zu [2004] EWCA Civ 1123, para. 16) mit Verweis auf *R v. Warickshall* (1783) 1 Leach 263, 168 ER 234.

⁴⁰ In diesem Beitrag geht es vor allem um Ausschlussregeln wegen Verletzungen der Zusatzartikel IV-VI und XIV; zur (restriktiven) „exclusion for nonconstitutional illegality“ s. näher *Dix* (Fn. 39), S. 393 ff. Für ein Beispiel einer einfachgesetzlichen Ausschlussregel s. 18 U.S.C. § 2515: „Whenever any wire or oral communication has been intercepted, no part of the contents of such communication and no evidence derived therefrom [Fernwirkung!] may be received in evidence in any trial, hearing, or other proceeding in or before any court, grand jury, department, officer, agency, regulatory body, legislative committee, or other authority of the United States, a State, or a political subdivision thereof if the disclosure of that information would be in violation of this chapter.“ Dabei sind neben einem Richtervorbehalt auch der Verdacht einer Katalogtat (18 U.S.C. § 2516) und weitere Begründungsanforderungen (18 U.S.C. § 2518) vorgesehen.

⁴¹ Dazu sogleich u. Fn. 44.

⁴² *Dix* (Fn. 39), S. 380.

⁴³ Dazu u. Fn. 219 mit Haupttext. Überblickartig zu den Zwecken („policy bases“) *Dix* (Fn. 39), S. 379, (380 ff.) (neben „prevention of future violations“, „promotion of accurate results“, „judicial integrity“ und „remedy for wrongs done in illegality“).

sowie unbegründeter (ohne „probable cause“) Verhaftung,⁴⁴ Doppelverfolgung- und Selbstbelastungsverbot,⁴⁵ Anspruch auf ein rechtsstaatlich-justizförmiges (insbesondere zügiges und öffentliches) Verfahren („due process“⁴⁶) vor einer jury⁴⁷ (deren Einfluss auf das Beweisrecht nicht unterschätzt werden kann)⁴⁸ sowie das Recht auf einen Anwalt.⁴⁹ Ferner ist in diesem Zusammenhang auf den späteren (1868) XIV. Zusatzartikel, Absatz 1, hinzuweisen, der u.a. die im V. Zusatzartikel schon enthaltene *due process clause* enthält und diese sowie die Rechte auf Leben, Freiheit, Eigentum und gleichem Rechtsschutz auf die einzelstaatliche Ebene überträgt.⁵⁰ Unter dem Begriff der Beweismittelverbote beschäftigt sich Honig näher mit dem Zeugenbeweis und den damit zusammenhängenden intrikaten Regeln der Zeugenbefragung im US-amerikanischen Strafverfahren. Insoweit hält er einen Vergleich mit dem deutschen Strafverfahrensrecht allerdings nicht für möglich bzw.

⁴⁴ Amendment IV (1791): „The right of the people to *be secure* in their persons, houses, papers, and effects, against *unreasonable searches and seizures*, shall not be violated, and no *Warrants* shall issue, but upon *probable cause*, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.“ (Herv. K.A.).

⁴⁵ Zur entstehungsgeschichtlichen Verwurzelung im adversatorischen Verfahren des 18. Jh. und der wachsenden Bedeutung der Verteidigung vgl. *Langbein*, Mich.L.Rev. 92 (1994), S. 1047 ff.; zur Genese im kontinentaleuropäischen Verfahren s. *Rogall*, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, Berlin 1977, S. 68 ff.

⁴⁶ Der Begriff des „due process“ hat kein eindeutiges Äquivalent im deutschen bzw. kontinentaleuropäischen Recht, kann aber in der Sache mit dem Konzept des rechtsstaatlich-justizförmigen (fairen) Verfahrens gleichgesetzt werden, vgl. *Zedner/Stuckenberg*, Due Process, in: Ambos et al. (Hg.), *Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice. Volume I*, Cambridge 2020, S. 304 (324), (325); zur historischen Genese des Begriffs ebd., S. 308 f.; zur inhaltlichen Konkretisierung ebd., S. 309 ff.

⁴⁷ Amendment V (1791): „No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury ...; nor shall any person be subject for the same offence to be *twice put in jeopardy* of life or limb; nor shall be *compelled* in any criminal case *to be a witness against himself*, nor be deprived of life, liberty, or property, without *due process of law*; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.“ (Herv. K.A.).

Amendment VI (1791): „In all criminal prosecutions, the *accused* shall enjoy the right to a *speedy and public trial*, by an impartial *jury* of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be *informed* of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the *Assistance of Counsel* for his defence.“ (Herv. K.A.).

⁴⁸ Vgl. etwa *Imwinkelried*, The Procedure of Admitting and Excluding Evidence, in: Mosteller et al. (Hg.), *McCormick on Evidence*, 8. Aufl., St. Paul 2020, S. 145 (171) (Thayer zitierend): Beweisrecht zum Großteil „product of the jury system“.

⁴⁹ Amendment VI (1791) in fine: „... to have the *Assistance of Counsel* for his defence.“ (Herv. K.A.).

⁵⁰ Amendment XIV (1868): „Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of *life, liberty, or property*, without *due process of law*; nor deny to any person within its jurisdiction the *equal protection* of the laws.“ (Herv. K.A.). S. auch u. Fn. 124 mit Haupttext.

zielführend, weil der hierzulande herrschende Aufklärungsgrundsatz („Wahrheitsermittlungspflicht“) „mit den beengenden Beweisregeln, nach denen die amerikanische Zeugenvernehmung zu erfolgen hat, nicht vereinbar“ sei (S. 7).

Noch bevor Honig sich der genaueren Analyse der von ihm sog. Beweismittel- und -Beweisverfahrensverbote zuwendet, lässt er keinen Zweifel daran, dass er der liberalen, grundrechtsfreundlichen Auslegung der genannten Zusatzartikel durch den US-Supreme Court – des sog. Warren-Court der 1960iger Jahre („due process revolution“)⁵¹ – mit großer Skepsis begegnet. Diese Auslegung sei, so Honig, „mit der Tradition, sogar mit dem Wortlaut der Zusatzartikel kaum“ vereinbar, und sie erweitere den „Freiheitsanspruch des Bürgers gegenüber der Staatsgewalt“ über Gebühr, was eine „Ausweitung der Verfahrensverbote zur Folge“ habe und „wodurch der Endzweck einer gesunden [!] Strafrechtspflege, die Sicherung des Gemeinwesens durch Bestrafung des Verbrechers, in den Hintergrund gedrängt wird.“ (S. 8) So könne man „sich des Eindrucks nicht erwehren,“ dass die jüngere Rechtsprechung „weniger das Volk vor dem Verbrecher als den Verbrecher vor der Strafjustiz“ schütze (ebd.). Vor dem Hintergrund dieser kriminalpolitischen Äußerungen kann schon an dieser Stelle konstatiert werden, dass Honig ein – in den Worten der bekannte Dichotomie Herbert Packers⁵² – *crime control* Modell einem *due process*-Modell vorzieht. Diese Präferenz wird auch in seine anderen prozessualen Schriften erkennbar.⁵³

Dabei scheint Honig allerdings den anti-etatistischen Ansatz dieser Rechtsprechung und des gesamten due process Diskurses verkannt zu haben. Der tiefere Grund dieses Ansatzes liegt in der im angloamerikanischen Rechtskreis früher als hierzulande verbreiteten – und heute wohl konsentierten – Ansicht, dass staatliche

⁵¹ Zedner/Stuckenberg (Fn. 46), S. 309.

⁵² Packer, University of Pennsylvania Law Review 113 (1964), S. 1.

⁵³ In ZStW 79 (1967), S. 347 ff. beschäftigt sich Honig, unter teilweise Verweis auf seine kleine Monographie, mit der Rspr. des Supreme Court zu polizeilichen Ermittlungshandlungen, wobei er auch dort die einseitige Orientierung an den Grundrechten des „Verbrechers“ (vor allem durch die Miranda-Entscheidung) kritisiert und auf entsprechende Sorgen der Bevölkerung hinweist (z.B. „Furcht“ der Bevölkerung mangels „wirksamen Schutz vor der Verbrecherwelt“ [348], „einseitig der Menschenwürde des Verdächtigen Rechnung tragen“ [355]; Schaffung einer „Gefahrzone“ durch „Fünfmänner-Mehrheit“ des Miranda-Gerichtshofs [356]); zugleich kritisiert er aber auch das mittellose Beschuldigte benachteiligende US-amerikanische bail System (363 ff.). In seiner kleinen Monographie zur „Wiederaufnahme etc.“ (1969) kritisiert Honig schon im Vorwort, dass der Warren-Court zu einseitig die Grundrechte des Einzelnen betont habe und „darüber den Schutz der Gemeinschaft vor dem Verbrecher aus den Augen zu verlieren schien“; dabei verweist er auf seine beiden anderen prozessualen Schriften (S. 1). Später (S. 18 ff.) weist er dezidiert auf die Gefahren der liberalen Rspr. mit Blick auf die effektive Verbrechensbekämpfung hin.

Machtausübung immer missbrauchsanfällig ist und deshalb rechtsstaatlich eingeeht und kontrolliert werden muss.⁵⁴ Dabei hat das unabhängige und postkoloniale US-Amerika die rechtsstaatlichen Einhegungsversuche seit jeher mit mehr Nachdruck verfolgt als die englische Kolonialmacht.⁵⁵ Verfahrensgerechtigkeit („procedural justice“) im Sinne des due process wird zur Legitimationsvoraussetzung und -grundlage nicht nur des Justizsystems im Besonderen sondern des Staates im Allgemeinen.⁵⁶ Ein Staat kann, in den berühmten Worten MacCormicks, überhaupt nur als „Rechtsstaat“ („law-state“) anerkannt werden, wenn „it succeeds in erecting genuine obstacles to abuse of power“.⁵⁷ Und auch nur ein solcher Staat kann auf das Vertrauen seiner Bürger rechnen.⁵⁸ Hat Honig diesen anti-etatistischen Kern des due-process-Diskurses also verkannt? War er also auch insoweit ganz Kind seiner Zeit und Gefangener seiner rechtskulturell-deutschen Vorprägung, eines obrigkeitstaatlichen Denkens also, das sich auch und gerade – im Sinne der berühmten Dichotomie Mirjan Damaška⁵⁹ – in den hierarchischen Autoritätsstrukturen des inquisitorischen Strafverfahrens zeigt? Wir werden im Folgenden darauf zurückkommen.

Honig führt die Notwendigkeit detaillierter Beweisregeln im US-amerikanischen Strafprozess auf seinen adversatorischen Charakter („Parteiprozess“) zurück (S. 8 f.). Denn in diesem vertrete nur einer der beiden Parteien, nämlich der Verteidiger, unmittelbar die Interessen seiner Partei, während die Anklagebehörde die Interessen des Staates nur „mittelbar“ wahrnehme und vorrangig daran „interessiert“ sei, den Angeklagten „anzugreifen“. Deshalb müssten seine Rechte durch die Rechtsordnung durch die „due-process“ Klausel und detaillierte Verfahrensregeln gewahrt werden. Ich kann dem nur teilweise folgen. Die These einer nur mittelbaren

⁵⁴ Vgl. etwa *Packer*, *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford 1968, S. 166 („Power is always subject to abuse – sometimes subtle, other times, as in the criminal process, open and ugly. Precisely because of its potency in subjecting the individual to the coercive power of the state, the criminal process must, in this model, be subjected to controls that prevent it from operating with maximal efficiency. [...] the proponents of the Due Process Model would accept with considerable equanimity a substantial diminution in the efficiency with which the criminal process operates in the interest of preventing official oppression of the individual.“); *Zedner/Stuckenberg* (Fn. 46), S. 305 f., 324 (due process als „necessary check on the exercise of state power“, staatliche „coercive power ... itself threatens individual security“, „limiting the arbitrary exercise of power by state officials“).

⁵⁵ *Zedner/Stuckenberg* (Fn. 46), S. 308.

⁵⁶ Vgl. ebd., S. 317 ff., die allerdings für ein (auch) materiellrechtliches Verständnis von due process im Sinne einer Einbeziehung des materiellen Strafrechts plädieren. Für ein (erweitertes) „right to a fair criminal law“ in diesem Sinne auch *Tadros*, *A Human Right to a Fair Criminal Law*, in: *Chalmers/Leverick* (Hg.), *Essays in Criminal Law in Honour of Sir Gerald Gordon*, Edinburgh 2010, S. 103.

⁵⁷ *MacCormick*, *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford 2007, S. 205.

⁵⁸ Vgl. *Zedner/Stuckenberg* (Fn. 46), S. 307, 324; auch *Thaman/Brodowski* (Fn. 38), S. 456 m.w.N. (als fair wahrgenommene Kriminaljustiz hat höhere präventive Wirkungen).

⁵⁹ *Damaška*, *The Faces of Justice and State Authority*, New Haven 1986, S. 71 ff. (idealtypisch zwischen dem aktivistisch-hierarchischen Staat mit „policy-implementing types of proceedings“ und dem reaktiv-koordinierenden Staat mit „conflict-solving types of proceedings“ unterscheidend); s. auch *ders.*, *Yale Law Journal* 84 (1975), S. 480.

Wahrnehmung der staatlichen Interessen durch die Anklagebehörde wird schon dadurch widerlegt, dass in US-amerikanischen Strafverfahren immer der Staat – als Bundes- oder Einzelstaat – Partei ist⁶⁰ und dabei vom Prosecutor – als US Federal oder (auf einzelstaatlicher Ebene) District Attorney⁶¹ – repräsentiert wird.⁶² Auch in der Sache vertritt der Prosecutor den staatlichen Strafanspruch,⁶³ er/sie ist der staatliche „adversary“ des Angeklagten und seines Verteidigers im adversatorischen Verfahren. Inwiefern er nur „mittelbar“ für „seinen“ Staat tätig sein soll, wird denn von Honig auch nicht näher begründet.

Wenn Honig ferner von einer Verurteilungstendenz des Prosecutor spricht, so ist das einerseits eine Banalität⁶⁴ und trifft wohl auf jeden – auch den deutschen – Staatsanwalt zu; andererseits wird damit übersehen, dass der Prosecutor als Vertreter der Justiz (im Sinne unparteilicher Gerechtigkeit) primär eine richtige, nicht unbedingt belastende Entscheidung (Verurteilung) anstreben sollte.⁶⁵ So gesehen ist der US Prosecutor genau so der Objektivität verpflichtet wie der deutsche Staatsanwalt. Im Übrigen wird er mit dem Anstieg der Abschlussentscheidungen im Vorverfahren im Rahmen des plea bargaining immer mehr zum Richter vor dem Richter.⁶⁶

⁶⁰ Das zeigt die von *Honig* (Fn. 28) selbst zitierte Rspr., s. z.B. Fn. 3 ff. (*Rochin v. California*, *Wolf v. Colorado*, *Mapp v. Ohio*).

⁶¹ *Heinz/Fyfe*, *The Role of the Prosecutor*, in: Ambos et al. (Hg.), *Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice. Volume I*, Cambridge 2020, S. 343 (355 f.).

⁶² Siehe etwa *Berger v. United States*, 294 U.S. 78 (1935), 88 (Judge Sutherland) („representative not of an ordinary party to a controversy, but of a sovereignty ...“); *Davis*, *Arbitrary Justice. The Power of the American Prosecutor*, Oxford 2009, S. 61 („The prosecutor does not have a client. Instead, she represents the state, which consists of everyone who lives in the jurisdiction she serves, including the defendant. For that reason, her role is complicated and involves the balancing of conflicting goals.“).

⁶³ *Heinz/Fyfe*, *Prosecutorial Discretion*, in: Ambos et al. (Hg.), *Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice. Volume II*, Cambridge 2022, S. 169 (197 f.).

⁶⁴ Vgl. nur *Gottfredson/Gottfredson*, *Decision Making in Criminal Justice*, 2. Aufl., Cham 1988, S. 117 m.w.N.

⁶⁵ *Berger v. United States*, 294 U.S. 78, 88 (Judge Sutherland) („... obligation to govern impartially is as compelling as its obligation to govern at all; and whose interest, therefore, in a criminal prosecution is not that it shall win a case, but that justice shall be done. As such, he is in a peculiar and very definite sense the servant of the law, the twofold aim of which is that guilt shall not escape or innocence suffer. He may prosecute with earnestness and vigor- indeed, he should do so. But, while he may strike hard blows, he is not at liberty to strike foul ones. It is as much his duty to refrain from improper methods calculated to produce a wrongful conviction as it is to use every legitimate means to bring about a just one.“); *Davis* (Fn. 62), S. 61 („As the Supreme Court has noted, the prosecutor’s role is to seek justice, not convictions.“).

⁶⁶ Vgl. *Langer*, *American Journal of Criminal Law*, 33 (2006), S. 223 (248 ff).

II. Beweismittelverbote: Zeugenbefragung, Kreuzverhör und hearsay

1. Was die sehr detaillierten Regeln zur Zeugenbefragung angeht, so sind diese für Honig aus der Verbotsfunktion der *due process-clause* als gewohnheitsrechtlich begründete Verfahrensregeln abgeleitet (S. 10 ff.). Honig stellt insoweit zunächst dar, wann Fragen als unzulässig abgelehnt werden können, nämlich wenn sie *incompetent*, *irrelevant* oder *immaterial* seien. Verfahrensrechtlich sei dies durch eine der Parteien per Einwand (*objection*) gegen die betreffende Frage geltend zu machen, wobei sich die Begründungsanforderungen nach dem Grund der Unzulässigkeit der betreffenden Frage (*incompetent*, *irrelevant* oder *immaterial*) richten. Über einen solchen Einwand entscheide der Vorsitzende nach freiem Ermessen. Entweder gebe er ihm statt (*objection sustained*) oder er verwerfe ihn (*objection overruled*) (S. 14). Der Vorsitzende könne auch ergänzend in die Beweisaufnahme eingreifen, doch wird er das wohl selten tun, weil er damit den Anschein der Parteilichkeit erwecken könnte und dies einen Verfahrensmangel darstellen würde (S. 15).

Im Bundesrecht finden sich die Hauptregeln zu Zeugenbefragung in den Federal Rules of Evidence (FRE),⁶⁷ die Federal Rules on Criminal Procedure (FRCrP)⁶⁸ bestimmen lediglich, dass die Zeugenvernehmung grundsätzlich („unless otherwise provided“) in „open court“ zu erfolgen habe.⁶⁹ Was die eigentliche Beweisaufnahme angeht, so finden sich einige Vorgaben in Rules 601–615 FRE, wobei dort aber nicht die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit von Fragen an Zeugen (*incompetent*, *irrelevant* oder *immaterial*)⁷⁰ geregelt wird. Dies ist nämlich eine allgemeine beweisrechtliche Frage, die nicht auf den Zeugenbeweis beschränkt ist, sondern vielmehr die Zulässigkeit aller von einer Partei angebotenen Beweise betrifft.⁷¹ Einwände (*objections*) können insoweit generell formuliert oder spezifisch – bezogen auf die beweisrechtlichen Gründe, den genauen Teil des Beweises oder die betroffene

⁶⁷ FRE, Title 28 United States Code (1972), z.B. abrufbar unter: <https://www.rulesofevidence.org/table-of-contents/>. In einer parallelen Entwicklung hat die „National Conference of Commissioners on Uniform State Laws“ die Uniform Rules of Evidence (URE) im Jahre 1999 angenommen und zuletzt 2005 geändert, s. unter: <https://www.uniformlaws.org/viewdocument/final-act-69?CommunityKey=c4191969-1a09-4e4c-90bd-a56d3534e1de&tab=librarydocuments>. Der Unterschied ist primär jurisdiktioneller Natur, denn die FRE gelten grundsätzlich für die Bundesebene und die URE wollen das einzelstaatliche Recht vereinheitlichen, wobei sie in weiten Teilen den FRE folgen. Diese werden im Übrigen auch auf einzelstaatlicher Ebene angewendet und übernommen, vgl. *Ingram*, Criminal Evidence, 12. Aufl., New York 2014, S. 14 ff. (mit dem Hinweis [S. 15], dass 42 Staaten „evidence codes“ verabschiedet haben, die ganz oder teilweise auf den FRE beruhen; dieser Hinweis fehlt in der 14. Aufl., 2021, S. 13 ff.).

⁶⁸ Z.B. unter <https://www.federalrulesofcriminalprocedure.org/title-vi-trial/rule-26-taking-testimony/>.

⁶⁹ FRCrP, Rule 26 Taking Testimony.

⁷⁰ Dazu etwa *Sparf and Hansen v. United States* 156 U.S. 51 (1895), No. 613: „An objection to the admissibility of such evidence [...] on the general ground that it was irrelevant, immaterial, and incompetent ...“.

⁷¹ Vgl. *Imwinkelried* (Fn. 48), S. 145 ff.

Partei – begründet werden;⁷² wird der Einwand nicht erhoben, hat dies einen Rückverlust („waiver“) zur Folge⁷³ und der angebotene Beweis (z.B. eine Zeugenaussage) ist generell verwertbar.⁷⁴ Gibt der Richter einem Einwand gegen eine bestimmte Frage an den Zeugen statt, so kann die befragende Partei durch ein konkretes Beweisangebot („offer of proof“) versuchen, ihn umzustimmen.⁷⁵ Was die eigentliche Zeugenbefragung angeht, muss zunächst zwischen der „direct examination“ und der „cross-examination“ unterschieden werden. Die Befragung kann in unterschiedlicher Form – freier Zeugenvortrag („free narrative“) vs. Beantwortung von „specific questions“ – aufgrund unterschiedlich formulierter Fragen („leading“,⁷⁶ „argumentative“, „misleading“, „indefinite/vague“) erfolgen.⁷⁷

2. Honig sieht im Übrigen das *Kreuzverhör* kritisch (S. 19–24).⁷⁸ Seiner Kritik an der sog. „restrictive rule“, wonach der das Kreuzverhör Durchführende den Zeugen nur über die bei der *direct examination* gemachten Äußerungen vernehmen darf, ist zuzustimmen. Denn diese Regel schränkt den Kreuzverhörenden unnötig ein und verbietet ihm die vollständige Erfragung des Sachverhalts. Somit ist mit Honig der – eine unbeschränkte Vernehmung erlaubenden – *wide-open rule* (allerdings entgegen dem geltenden Recht)⁷⁹ der Vorzug zu geben,⁸⁰ doch mutet in diesem Zusammenhang – erneut – seine beiläufige Kritik am Supreme Court eher seltsam an.⁸¹ Nach dem Kreuzverhör kann die andere Partei (die den Zeugen präsentiert hat) eine *re-direct examination* vornehmen und darauf wiederum die gegnerische Partei mit einer

⁷² Ebd., S. 150–4.

⁷³ Ebd., S. 148.

⁷⁴ Vgl. ebd., S. 161 f.

⁷⁵ Vgl. ebd., S. 146–50; zum „offer of proof“ s. auch Rule 103(a)(2) und (b) FRE; ähnlich Rule 103(a)(2) und (b) URE.

⁷⁶ S. insoweit Rule 611 (c) FRE, wonach „leading questions“ im Rahmen der „direct examination“ nur zulässig sind, „to develop the witness’s testimony“, im Übrigen aber auf die „cross-examination“ und auf die Vernehmung eines „hostile“ bzw. „adverse witness“ zu beschränken sind (ebenso Rule 611(c) URE).

⁷⁷ Vgl. *Imminkelried*, The Form of Questions on Direct; The Judges Witnesses; Refreshing Memory, in: Mosteller et al. (Hg.), McCormick on Evidence, 8. Aufl., St. Paul 2020, S. 17 ff.

⁷⁸ Zum Kreuzverhör näher *Imminkelried*, Cross-Examination and Subsequent Examinations, in: Mosteller et al. (Hg.), McCormick on Evidence, 8. Aufl., St. Paul 2020, S. 77 ff.

⁷⁹ Vgl. Rule 611 (b) FRE, wonach die „cross-examination“ auf den „subject matter of the direct examination“ zu beschränken, das Gericht allerdings „may allow inquiry into additional matters as if on direct examination“ (ebenso Rule 611(b) URE). Zum überwiegend auch der „restrictive rule“ folgendem einzelstaatlichen Recht und der durchaus unterschiedlichen Umsetzung dieser Regel *Imminkelried* (Fn. 78), S. 81 ff. (der selbst einen „strong case“ für die „wide-open rule“ sieht [S. 88]); zum richterlichen Ermessen insoweit ebd., S. 85 f.

⁸⁰ Zu diesen beiden Ansätzen vgl. *Imminkelried* (Fn. 78), S. 81.

⁸¹ *Honig* (Fn. 28), S. 21: „Solche Traditionsgebundenheit steht in seltsamen Gegensatz zu dem neuerdings stark hervortretenden, um nicht zu sagen besorgniserregenden Bestreben des Supreme Court, im Rahmen des Ermittlungsverfahrens die Rechtstellung des Beschuldigten auf Kosten der Rechtssicherheit der Gemeinschaft immer weiter auszudehnen“.

re-cross-examination replizieren.⁸² Dieses „Hin und Her“ (S. 22) kann einige Zeit andauern, bis der Vorsitzende es für beendet erklärt, weil er die aufgeworfenen Fragen für hinreichend geklärt hält. Die eigentliche Kritik Honigs am Kreuzverhör richtet sich auf seine Wirkung auf die Geschworenen und den Zeugen selbst, wobei er insoweit, bezugnehmend auf eine einzige Quelle (ein populärwissenschaftliches Buch eines US-amerikanischen Anwalts),⁸³ vor allem die feindselige Atmosphäre im Gerichtssaal betont. Ferner kritisiert er die Praxis der genauen Zeugenpräparierung durch die jeweilige Partei (sog. *proofing*), doch hat diese – durchaus kritikwürdige und auch in der US Rechtsprechung und Literatur selbst kritisierte⁸⁴ – Praxis nicht notwendigerweise etwas mit der Art der Vernehmung (per Kreuzverhör oder ohne) zu tun, sondern ist unabhängig davon zu kritisieren, weil sie zu einer Manipulation und Fremdbestimmung der Zeugen führen kann. Zu berücksichtigen ist auch, dass die exzessive Zeugenpräparierung vor allem in den USA, keineswegs aber in allen adversatorischen Prozessordnungen als problematisch empfunden wird.

3. Was darüber hinaus Zeugenaussagen vom *Hörensagen* („*hearsay evidence*“) angehe, so bestehe kein allgemeines Verbot, doch sei ihre Zulässigkeit jedenfalls „nach wie vor bestritten“ (S. 13). Honig hält die gerichtliche Praxis für „undurchsichtig“, doch dürfte eine *hearsay* Aussage jedenfalls dann für zulässig erachtet werden, wenn von ihr „die Entscheidung ... der Tatbestandsverwirklichung, der Rechtfertigungsgründe oder der Zurechnungsfähigkeit abhängt“ (S. 14). Im Übrigen komme der Zeugenaussage vom Hörensagen nur ein indizieller Beweiswert (*circumstantial evidence*) zu (S. 13). Honig zitiert hier keine einschlägige Rechtsprechung, sondern verweist ausschließlich auf Sekundärliteratur.

Diese Ausführungen bedürfen der Vertiefung und Aktualisierung. Zunächst muss man sich klar machen, dass *hearsay* in den U.S.A.⁸⁵ denkbar weit als jegliche

⁸²S. bspw. California Evidence Code § 767 (a) (2022) (abrufbar unter <https://law.justia.com/codes/california/2022/code-evid/division-6/chapter-5/article-2/section-767/>) oder Louisiana Code of Evidence art. 611 (2022) (abrufbar unter <https://law.justia.com/codes/louisiana/2022/code-of-evidence/article-611/>).

⁸³*Nizer*, *My Life in Court*, New York 1961.

⁸⁴Vgl. näher *Ambos*, Die Präparierung von Zeugen aus völkerstrafprozessualer und strafrechtsvergleichender Sicht, in: Hassemer et al. (Hg.), *In dubio pro libertate*. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag, München 2009, S. 1 (8 ff.) und *ders.*, „Witness Proofing“ before the ICC: Neither legally admissible nor necessary, in: Stahn/Sluiter (Hg.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Leiden 2009, S. 599 (605 ff.).

⁸⁵In anderen common law Systemen werden mitunter davon abweichende Definitionen verwendet, dazu vergleichend *Choo*, Defining the Scope of the Hearsay Rule in Criminal Cases: A Comparative Perspective, in: Assy/Higgins (Hg.), *Principles, Procedure, and Justice – Essays in Honour of Adrian Zuckerman*, Oxford 2020, S. 15 (17 ff.). So ist etwa section 115(3) Criminal Justice Act 2003 von

(mündliche, schriftliche oder nonverbale) Stellungnahme verstanden wird, die außerhalb einer mündlichen Verhandlung („not ... while testifying at the current trial or hearing“) zum Beweis ihres Inhalts („to prove the truth of the matter asserted in the statement“) abgegeben wird.⁸⁶ Der Supreme Court hat schon im Jahre 1813 einen Beweis vom Hörensagen zur Feststellung eines „specific fact“, der durch einen direkten Zeugen bewiesen werden kann, für unzulässig erklärt.⁸⁷ Seit der Crawford-Entscheidung (2004) kommt es für die Zulässigkeit von hearsay evidence – mit Blick auf das Konfrontationsrecht des VI. Zusatzartikels⁸⁸ – darauf an, ob ein – grundsätzlich „unverfügbarer“ („unavailable“) – Zeuge eine außergerichtliche Stellungnahme („testimonial statement out of court“) abgegeben hat und insoweit

England und Wales insoweit enger als die US-Definition als nur Äußerungen erfasst sind, die dazu intendiert waren, einer andere Person etwas Glauben zu machen oder zu einer Handlung zu veranlassen („... if (and only if) the purpose, or one of the purposes, of the person making the statement appears to the court to have been (a) to cause another person to believe the matter, or (b) to cause another person to act [...] on the basis that the matter is as stated.“); s. dazu *Choo*, ebd., S. 19, 26.

⁸⁶ Vgl. Rule 801(c) FRE iVm 801(a), die „statement“ weit definiert (einschließlich „nonverbal conduct“); ähnlich Rule 801(a) URE. Vgl. etwa auch die Definition in *Keane/McKeonn*, *The Modern Law of Evidence*, 13. Aufl., Oxford 2022, S. 11: „any statement, other than one made by a witness in the course of giving his evidence in the proceedings in question, by any person, whether it was made on oath or unsworn and whether it was made orally, in writing, or by signs and gestures, which is offered as evidence of the truth of its contents“.– Zu „hearsay within hearsay“ und „multiple hearsay“ Rule 805 FRE (ebenso Rule 805 URE) und *Mosteller*, *Various Other Exceptions and the Future of the Rules About Hearsay*, in: *Mosteller et al. (Hg.)*, *McCormick on Evidence*, 8. Aufl., St. Paul 2020, S. 717 (727 f.).

⁸⁷ *Mima Queen v. Hepburn*, 11 U.S. 7 Cranch 290 (1813) („The rule that Hearsay evidence is incompetent to establish any specific fact which in its nature is susceptible of being proved by witnesses who speak from their own knowledge.“); bestätigt in *Hopt v. Utah*, 110 U.S. 574 (1884), 581 f. Zur Geschichte der Regel, insbesondere mit Blick auf die jury *Mosteller*, *The Hearsay Rule*, in: *Mosteller et al. (Hg.)*, *McCormick on Evidence*, 8. Aufl., St. Paul 2020, S. 585 f., ebd., S. 733 f.

⁸⁸ Zu dessen Bedeutung auch *Miller et al.*, *Criminal Procedures. Cases, Statutes and Executive Materials*, 6. Aufl., Frederick 2019, S. 1138, 1148 ff.

⁸⁹ *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56 (1980), 57 („When a hearsay declarant is not present for cross-examination at trial, the Confrontation Clause normally requires a showing that he is unavailable.“); insoweit folgend *Crawford v. Washington* 541 U.S. 36 (2004), 1, 18 („... unavailable to testify ...“). Zu den Kriterien der „Unverfügbarkeit“ s. Rule 804(a) FRE sowie Rule 804(a)(1) URE; dazu *Mosteller* (Fn. 87), S. 614 ff. Beachte aber die zahlreichen Ausnahmen von der hearsay-rule unabhängig von der Verfügbarkeit des Zeugen gemäß Rule 803 FRE, insbesondere auch für „Statements in Learned Treatises“ (Rule 803(18) FRE, ebenso Rule 803(18) URE); dazu *Mosteller*, ebd., S. 614 sowie auch sogleich unten.

das Konfrontationsrecht per Kreuzverhör gewährt wurde.⁹⁰ Dieser neue (strenge)⁹¹ „testimonial test“ ersetzt den früheren „reliability test“⁹² und betont – in dezidiert historisch-originalistischer Auslegung⁹³ – die Bedeutung des Konfrontationsrechts⁹⁴ als „einzigem Indiz ausreichender Verlässlichkeit“ einer außergerichtlichen Zeugenaussage.⁹⁵ Allerdings sind zahlreichen Ausnahmen von der hearsay rule anerkannt,⁹⁶ sei es bei Unverfügbarkeit des Zeugen oder unabhängig davon,⁹⁷ und – als „residual exception“ – wenn die betreffende Aussage durch „sufficient guarantees of trustworthiness“ gestützt wird und „more probative“ als andere Beweismittel ist.⁹⁸ Gerade diese Auffangausnahme gibt einerseits zu der Kritik Anlass, dass

⁹⁰ Crawford v. Washington, 541 U.S. 36 (2004) 14 ff. („application to out-of-court statements ... to prevent ... flagrant inquisitorial practices“ [14 f.]; „... admission of testimonial statements ... [wenn] defendant had had a prior opportunity for cross-examination.“ [18, auch 23]). Schon zuvor hatte der Supreme Court in United States v. Owens, 484 U.S. 554 (1988), 557 ff. die Möglichkeit zum Kreuzverhör betont, aber auch für ausreichend selbst bei einem Zeugen gehalten, der wegen einer Kopfverletzung einen Erinnerungsverlust hatte (keine Verletzung des Konfrontationsrecht „by admission of a prior, out-of court identification statement of a witness who is unable, because of memory loss, to explain the basis for the identification“); Crawford bestätigend Whorton v. Bockting, 549 U.S. 406 (2007) (in Zusammenhang mit Aussage von Mutter und polizeilichem Ermittler zu Mißbrauch eines Kindes, das selbst nicht aussagen konnte); zu dieser Rspr. iVm dem Konfrontationsrecht eingehend Mosteller (Fn. 87), S. 585 (602 ff.). S. insoweit auch Rule 801(d)(1) FRE, wonach ein „prior statement“, das „subject to cross-examination“ war, grundsätzlich nicht als hearsay anzusehen ist.

⁹¹ Vgl. Etwa Whorton v. Bockting, 549 U. S. 406 (2007), 407 („... Crawford is more restrictive than Roberts, which may improve the accuracy of factfinding in some criminal cases.“).

⁹² Ohio v. Roberts, 448 U.S. 56 (1980), 57, 66 („... statement is admissible only if it bears adequate ‘indicia of reliability.’ Reliability can be inferred ... where the evidence falls within a firmly rooted hearsay exception. In other cases, the evidence must be excluded, at least absent a showing of particularized guarantees of trustworthiness.“); contra Crawford v. Washington, 541 U.S. 36 (2004), 24 ff. („... departs from the historical principles ...“ [24]; „reliability ... amorphous, if not entirely subjective, concept“ [27]).

⁹³ Crawford v. Washington, 541 U.S. 36 (2004), 1, 6 ff. („Clause’s historical background“, „original meaning“, „cross-examination as a matter of common law“ [10]; „original understanding of the common-law right“ [13]; „right of confrontation at common law“ [18]).

⁹⁴ Und zwar gerade mit Blick auf die Entstehungsgeschichte (vorherige Fn.) durchaus strenger verstanden als das vergleichbare Recht auf Infragestellung des Art. 6(3)(d) EMRK.

⁹⁵ Crawford v. Washington, 541 U.S. 36 (2004), 14 ff. („reliability be assessed ... by ... cross-examination.“ [26]; „... the only indicium of reliability sufficient to satisfy constitutional demands is confrontation.“ [33]). Zur Verwirkung des Konfrontationsrecht durch rechtswidriges Verhalten („forfeiture by wrongdoing“), etwa durch Einschüchterung des Zeugen, s. Mosteller (Fn. 87), S. 610; Miller et al. (Fn. 88), S. 1160.

⁹⁶ Nach Mosteller (Fn. 86), S. 731 finden sich „probably less than a dozen of the exceptions“ in der gerichtlichen Praxis „with any frequency“.

⁹⁷ Vgl. einerseits Rule 804 FRE und andererseits Rule 803 FRE (auch Rules 804, 803 URE); zur Gesetzgebungsgeschichte knapp Mosteller (Fn. 86), S. 733.

⁹⁸ Rule 807(a) FRE, wobei die „adverse party“ rechtzeitig auf die Einführung einer solchen Aussage hingewiesen werden muss (Rule 807(b)); s. auch Rule 808 URE. Nach Mosteller (Fn. 86), S. 727 wird diese Ausnahme insbesondere in Fällen sexuellen Kindesmissbrauchs zur Zulassung der außergerichtlichen Aussagen der kindlichen Opfer angewendet; spezifisch in diesem Sinne Rule 807 URE. Näher, auch zur Gesetzgebungsgeschichte ebd., S. 723 ff.

die Ausnahme zur Regel geworden ist,⁹⁹ und dass andererseits eine weitere Flexibilisierung zu erwarten ist.¹⁰⁰ Die Crawford Entscheidung hat im Übrigen die Frage offen gelassen,¹⁰¹ was als außergerichtliches Zeugnis – jenseits klarer Fälle wie polizeilicher Vernehmungen¹⁰² – unter den VI. Zusatzartikel fällt und demnach auszuschließen ist, wenn eine Infragestellung der Aussage nicht möglich war. Diese Frage ist, soweit ersichtlich, bis heute nicht zufriedenstellend geklärt.¹⁰³

4. Honig bestreitet die allgemeine Auffassung, dass der Richter im adversatorischen Verfahren keine *Aktenkenntnis* besitze und daher unvoreingenommen die Verhandlung leite (S. 15–18). Er begründet dies damit, dass die Parteien, insbesondere der Verteidiger, schon im Vorverfahren Beweisanträge, etwa zum Ausschluss bestimmter Beweismittel, stellen könnten und deren richterliche Bescheidung Aktenkenntnis erfordere, und zwar unabhängig davon, ob der Richter im schriftlichen Verfahren oder aufgrund einer Anhörung („pretrial hearing“) entscheide. Nun ist es zwar zutreffend, dass solche Anträge im Vorverfahren gestellt (insbesondere „motions to suppress evidence“) und auch richterlich beschieden werden, doch entscheidet

⁹⁹ S. etwa *Nokes*, Tulane L. Rev. 31 (1956), S. 153 (167) („A general rule which is riddled with exceptions verges on the farcical; and the rule against hearsay, for instance, seems to be honeycombed with no less than thirty-one exceptions“); s. auch *Mosteller* (Fn. 86), S. 731, der insbesondere auf die „substantial flexibility“ durch „ad hoc judicial action under the residual exception“ hinweist.

¹⁰⁰ Vgl. *Mosteller* (Fn. 86), S. 734 f., der auf zahlreichen Stimmen hinweist, die eine solche Flexibilisierung gerade im Zivilverfahren fordern. Dabei ist auch die Kritik zu berücksichtigen, dass es mittels der Regel nicht gelungen ist, „to screen reliable from unreliable hearsay ...“ (ebd., S. 731).

¹⁰¹ *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36 (2004), 33 („We leave for another day any effort to spell out a comprehensive definition of ‘testimonial’“).

¹⁰² *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36 (2004), 1, 16 f., 33 („police interrogations“, „interrogations by law enforcement officers“; „... prior testimony at a preliminary hearing, before a grand jury ...“).

¹⁰³ Nach *Davis v. Washington*, 547 U.S. 813 (2006) kommt es für die Charakterisierung als „testimonial“ darauf an, ob der (objektiv zu ermittelnde) „primary purpose“ einer Vernehmung die (repressiv-orientierte) Aufklärung vergangener Ereignisse („past events potentially relevant to later criminal prosecution“) und nicht nur präventiv motiviert war („enable police assistance to meet an ongoing emergency“); ebenso *Michigan v. Bryant*, 562 U.S. 344 (2011). Auch forensische Erkenntnisse, z.B. eine DNA-Analyse, sind testimonial und unterliegen damit grds. der Konfrontationsregel, s. etwa *Bullcoming v. New Mexico*, 564 U.S. 647 (2011) (Kreuzverhör eines „surrogate expert“, der den eingeführten Laborbericht nicht angefertigt hat, nicht ausreichend, vielmehr müsse Verfassers des Berichts vernommen werden); unklar aber *Williams v. Illinois*, 567 U.S. 50 (2012). Dabei muss es sich freilich, i.S. der o.g. Definition (Fn. 86), immer um Stellungnahmen zum „truth of the matter asserted“ handeln (dazu *Mosteller* (Fn. 87), S. 612 f.). Zur diversen Rspr. insoweit s. ebd., S. 605 ff.; *Miller et al.* (Fn. 88), S. 1159 f.

im erstinstanzlichen Hauptverfahren regelmäßig die jury über Schuld oder Unschuld des Angeklagten¹⁰⁴ und sie hat keinerlei *Sachverhalts*kenntnis (eine dem Dossier des Inquisitionsprozesses vergleichbare Akte existiert im adversatorischen Verfahren ohnehin nicht¹⁰⁵). Abgesehen davon ist auch in sog. (berufsrichterlichen) „bench trials“ der Richter des Hauptverfahrens – sog. trial judge – in der Regel nicht personenidentisch mit dem des Vorverfahrens – sog. pre-trial judge. Honig zitiert in diesem Zusammenhang einen Fall aus Kalifornien, doch gerade dort ist ausdrücklich geregelt, dass ein Antrag auf Rückgabe – im Rahmen einer Durchsuchung (IV. Zusatzartikel!) – beschlagnahmten Eigentums oder auf Ausschluss sichergestellter Beweismittel zunächst von dem Richter zu entscheiden ist, „who issued the search warrant“, also dem pre-trial judge.¹⁰⁶

III. Beweisverfahrensverbote

Im zweiten Teil seiner monographischen Abhandlung (S. 24–42) geht Honig auf die Beweisverfahrensverbote ein, wie sie sich mittels der Auslegung des IV.-VI. und XIV. Zusatzartikels durch die Rechtsprechung des Supreme Court bis in die 1960er Jahre entwickelt haben. In der Sache geht es dabei um Beweisausschlussregeln bei Durchsuchung und/oder Beschlagnahme ohne richterliche Ermächtigung (unten 1.) sowie bei Fehlen rechtlichen Beistands und entsprechender Belehrungen („Miranda warnings“) im (polizeilichen) Ermittlungsverfahren (2.). Honig lehnt diese Rechtsprechung weitgehend ab, was – jedenfalls aus heutiger Sicht – nur beschränkt nachvollziehbar erscheint;¹⁰⁷ doch ist zugleich zuzugeben, dass Honig durch die spätere Relativierung der exclusionary rules durch die Abwägungsrechtsprechung des Supreme Court tendenziell bestätigt worden ist (3.).

¹⁰⁴ Vgl. Amendment VII (1791): „In Suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of *trial by jury* shall be preserved, and no fact tried by a jury, shall be otherwise re-examined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law.“ (Herv. K.A.). Eingehend zur Zuständigkeitsabgrenzung zwischen „judge“ und „jury“ *Miller et al.* (Fn. 88), S. 1067 ff.

¹⁰⁵ In common law-Systemen existiert ein „record of proceedings“, welches aber kein beweisrelevantes Material enthält, s. rechtsvergleichend mit Deutschland: *Turner*, William & Mary LR 57 (2016), S. 1549 ff. Das erklärt sich insbesondere aus der Verfahrenshoheit der Parteien im adversatorischen Verfahren (ebd., S. 1580 ff.): Es sind die Parteien, die das Verfahren betreiben und darüber entscheiden, welche Beweise dem Gericht zur Kenntnis gebracht werden. Folglich findet der Beweisaustausch zunächst nur intra-partes statt, wobei regelmäßig die Strafverfolgungsbehörde „ihre“ Beweise der Verteidigung offenlegt. Damit soll auch vermieden werden, dass das Gericht voreingenommen in die Beweisaufnahme geht.

¹⁰⁶ Sect. 1538.5 (b) California Penal Code, abrufbar online unter: https://leginfo.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?law-Code=PEN&division=&title=12.&part=2.&chapter=3.&article=

¹⁰⁷ Krit. schon damals *Eser*, JZ 1967, S. 614 (Honig lasse nur Kritiker zu Wort kommen, „Forderungen des *Supreme Court* ... nicht unberechtigt“ [Herv. Im Original], „gewisse Sicherungen“ notwendig); dazu auch *ders.*, in diesem Band, S. 339 ff.

1. Durchsuchung und Beschlagnahme ohne richterliche Anordnung

Hinsichtlich des IV. Zusatzartikels verlangten die Rechtsmittelgerichte für eine Durchsuchung und Beschlagnahme grundsätzlich eine richterliche Anordnung, die nur ausnahmsweise dann fehlen dürfe, wenn eine zu verhaftende Person entwaftet oder an der Flucht oder Beweisvereitelung gehindert werden müsse. Honig hält diese Auslegung für zu eng und stützt sich dabei u.a. auf einen Fall, in dem der Eigentümer eines Wohnhauses bei Abwesenheit des Mieters der Polizei eine Durchsuchung gestattet hat, weil er wegen austretender Gerüche davon ausging, dass sein Mieter illegal Whiskey herstellte (S. 26 f.). Die tatrichterliche Verurteilung des Mieters wurde vom Supreme Court mit der Begründung aufgehoben, dass der IV. Zusatzartikel verletzt worden sei, weil die polizeiliche Durchsuchung ohne richterliche Anordnung durchgeführt worden sei.¹⁰⁸ Honig hält das für unzutreffend, weil die Polizeibeamten an einem Sonntagmorgen eine richterliche Durchsuchungsanordnung nicht hätten beschaffen können, jedenfalls nicht rechtzeitig genug, um eine Beweisvereitelung des Mieters zu verhindern. Dies wird aber vom *Chapman* Court, unter Bezugnahme auf eine frühere Entscheidung in *Johnson*,¹⁰⁹ explizit zurückgewiesen:

„No reason is offered for not obtaining a search warrant except the inconvenience to the officers and some slight delay necessary to prepare papers and present the evidence to a magistrate. These are never very convincing reasons and, in these circumstances, certainly are not enough to bypass the constitutional requirement. No suspect was fleeing or likely to take flight. The search was of permanent premises, not of a movable vehicle. No evidence or contraband was threatened with removal or destruction, except perhaps the fumes which we suppose in time would disappear.“¹¹⁰

Auch hierzulande werden solche Argumente der Nicht-Erreichbarkeit eines Richters nicht mehr akzeptiert.¹¹¹

Honig lehnt auch – in Zusammenhang mit einem anderen Fall¹¹² – die Annahme eines Beschlagnahmeverbots und den *Ausschluss* des beschlagnahmten Beweisgegenstandes, weil die vorangegangene Durchsuchung ohne richterliche Anordnung erfolgt ist, ab (S. 27–29). Das Rechtsmittelgericht berief sich dabei auf zwei Entscheidungen des Supreme Court,¹¹³ wonach nur Mittel oder Ergebnisse der Tat u.ä.

¹⁰⁸ *Chapman v. United States*, 365 U.S. 610 (1961).

¹⁰⁹ *Johnson v. United States*, 333 U.S. 10 (1948).

¹¹⁰ *Chapman v. United States*, 365 U.S. 610 (1961), 615, mit Zitat *Johnson v. United States*, 15.

¹¹¹ BVerfG, NJW 2007, S. 1345; NJW 2008, S. 3053; NJW 2010, S. 2864; zur früher praktizierten systematischen Umgehung des Richtervorbehalts bei Alkoholkontrollen nach alter Rechtslage (vor Einführung des § 81a II S. 2 StPO) s. OLG Hamm 2 Ss 117/09 vom 28.04.2009; 3. StS NJW 2011, S. 469; 2009, S. 242; 4. StS – StraFo 2009, S. 509.

¹¹² *Morrison v. United States*, 262 F.2d 449 (1958); zuseh. *Honig* (Fn. 28), S. 28.

¹¹³ *Gould v. United States*, 255 U.S. 298 (1921); *United States v. Lefkowitz*, 285 U.S. 452 (1932).

vom Schutz des IV. Zusatzartikels ausgenommen sind, nicht aber sonstige belastende Materialien, die nur zur Überführung des Betroffenen dienen.¹¹⁴ Nach Honigs Ansicht lässt sich diese Unterscheidung weder auf den Wortlaut des IV. Zusatzartikels – daraus lasse sich „nichts für diese Unterscheidung ... entnehmen“ (S. 29) – noch auf eine historische Auslegung stützen, denn es „erscheint recht unwahrscheinlich“, dass die Verfasser des Artikels eine solche Unterscheidung machen wollten (ebd.). Im Übrigen zeige der Fall, zu welchem unerträglichen Ergebnis die Unterscheidung führe: „die Bestrafung eines bekanntlich zu Wiederholungen neigenden Sexualverbrechens muss unterbleiben ... fiat iustitia, pereat mundus!“ (S. 29).

Honig ist erneut zu widersprechen. Sein Wortlautargument ist zu formalistisch und unterbewertet den dem IV. Zusatzartikel zugrundeliegenden Schutz der Privatsphäre – „to be secure in their persons, houses, papers, and effects ...“. Deshalb verbietet der IV. Zusatzartikel „jede unvernünftige Durchsuchung“ und muss „liberal“ verstanden werden, um das Recht auf Privatsphäre zu schützen.¹¹⁵ So wurde er auch von den Vätern der Verfassung konstruiert, und zwar unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des House of Lords, die „one’s papers“ zum „dearest property“ erklärte, weshalb sie nicht durchsucht werden dürften, um mit ihnen eine Verurteilung zu erreichen.¹¹⁶ Die dieser Entscheidung zugrundeliegenden Prinzipien, so der Supreme Court in *Boyd*,

„affect the very essence of constitutional liberty and security... They apply to all invasions on the part of the government and its employees of the sanctity of a man’s home and the privacies of life. ... Any forcible and compulsory extraction of a man’s own testimony or of his private papers to be used as evidence to convict him of crime or to forfeit his goods is within the condemnation of that judgment.“¹¹⁷

Honig zitiert diese – erste¹¹⁸ – Entscheidung zu einem auf den IV. und V. Zusatzartikel gestützten Beweisausschluss immerhin an späterer Stelle (S. 43).

¹¹⁴ *United States v. Lefkowitz*, 285 U.S. 452 (1932), 453, 465 f.: „The decisions of this Court *distinguish* searches of one’s house, office, papers or effects *merely to get evidence to convict him* of crime from searches such as those made to *find stolen goods* for return to the owner, to take property that has been forfeited to the Government, to discover property concealed to avoid payment of duties for which it is liable, and from searches such as those made for the seizure of counterfeit coins, burglars’ tools, gambling paraphernalia, and illicit liquor in order to prevent the commission of crime.“ (Herv. K.A.).

¹¹⁵ *United States v. Lefkowitz*, 285 U.S. 452 (1932), 464: „The Fourth Amendment forbids every search that is unreasonable, and is construed liberally to safeguard the right of privacy“.

¹¹⁶ Vgl. *United States v. Lefkowitz*, 285 U.S. 452 (1932), 466 bezugnehmend auf *Entick v. Carrington*, 19 How.St.Tr. 1029, wo es u.a. heißt (S. 1073): „It is very certain that the law obligeth no man to accuse himself, because the necessary means of compelling self-accusation, falling upon the innocent as well as the guilty, would be both cruel and unjust, and it should seem that search for evidence is disallowed upon the same principle. There too, the innocent would be confounded with the guilty“.

¹¹⁷ *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886), 630.

¹¹⁸ Vgl. *Miller et al.* (Fn. 88), S. 346.

In *Weeks* wurde dann die Reichweite des IV. Zusatzartikels und des darauf gestützten Beweisausschlusses für Bundesstrafsachen¹¹⁹ – bezüglich der Mitnahme privater Schriftstücke im Zuge einer ohne richterliche Anordnung durchgeführten Hausdurchsuchung – genauer – unter Betonung der „great fundamental rights secured by the Constitution“¹²⁰ – definiert und begründet.¹²¹ In *Mapp v. Ohio*¹²² wurde fast 50 Jahre später – über die *due process clause* des XIV. Zusatzartikels – der IV. Zusatzartikel und der daraus folgende Beweisausschluss bei Durchsuchungen und Beschlagnahmen ohne richterliche Ermächtigung – unter Abweichung von *Wolf v. Colorado*¹²³ – auch auf die einzelstaatliche Ebene übertragen.¹²⁴ Auch in den oben zitierten Fällen *Johnson* und *Chapman* hat der Supreme Court die Bedeutung der vom IV. Zusatzartikel geschützten Privatsphäre hervorgehoben, weshalb in diese nur aufgrund der Einschätzung eines „neutral and detached magistrate“, nicht aber „by the officer engaged in den often competitive enterprise of ferreting

¹¹⁹ *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914), 384 („The Fourth Amendment is not directed to individual misconduct of state officers. Its limitations reach the Federal Government and its agencies.“ [Bezugnahme auf *Boyd*]). Dazu knapp *Honig* (Fn. 28), S. 43.

¹²⁰ *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 („While the efforts of courts and their officials to bring the guilty to punishment are praiseworthy, they are not to be aided by sacrificing the *great fundamental rights* secured by the Constitution.“ [Herv. K.A.]).

¹²¹ Vgl. weiter ebd.: „Under the Fourth Amendment, *Federal* courts and officers are under such limitations and restraints in the exercise of their power and authority as to forever secure the people, their persons, houses, papers and effects against all *unreasonable* searches and seizures under the guise of law. The protection of the Fourth Amendment reaches *all* alike, whether accused of crime or not; and the duty of giving it force and effect is obligatory on all entrusted with the enforcement of *Federal* laws. While an *incidental* seizure of incriminating papers, made in the execution of a legal warrant, and their use as evidence, may be justified, ... that rule does *not justify* the retention of letters seized in *violation* of the protection given by the Fourth Amendment where an application in the cause for their return has been made by the accused before trial.

Where letters and papers of the accused were taken from his premises by an official of the United States, acting under color of office but without any search warrant and in violation of the constitutional rights of accused under the Fourth Amendment, and a seasonable application for return of the letters and papers has been refused and they are used in evidence over his objection, prejudicial error is committed, and the judgment should be reversed“ [Herv. K.A.].

¹²² *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961); zusf. *Honig* (Fn. 28), S. 44 f.

¹²³ *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949), 33: „In a prosecution in a state court for a state crime, the Fourteenth Amendment of the Federal Constitution does not forbid the admission of relevant evidence even though obtained by an unreasonable search and seizure“.

¹²⁴ *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961), 655: „All evidence obtained by searches and seizures in violation of the Federal Constitution is inadmissible in a criminal trial in a state court.“ Beachte aber, dass die einzelstaatliche Wirkung der *due process clause* des XIV. Zusatzartikels mit Blick auf andere Zusatzartikel schon in *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937) diskutiert und teilweise bejaht wurde; bzgl. des IV. Zusatzartikels wurde diese einzelstaatliche Wirkung später von *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949) abgelehnt, dazu *Dix* (Fn. 39), S. 385. Zum einzelstaatlichen Recht näher *Dix*, ebd., S. 390 ff.

out crime“ eingegriffen werden könne.¹²⁵ Andernfalls würde der IV. Zusatzartikel zu einer „Nichtigkeit“ („nullity“) reduziert und der Schutz der Privatsphäre völlig in polizeiliches Ermessen gestellt.¹²⁶

Der Bezug zum *Selbstbelastungsverbot* in *Entick v. Carrington* („no man to accuse himself“) und in *Boyd* („extraction of a man’s own testimony“) zeigt überdies, dass sich der IV. und V. Zusatzartikel überschneiden,¹²⁷ erfasst dieser doch das Selbstbelastungsverbot, dass durch die – vom IV. Zusatzartikel – verbotene Durchsuchung privater Gegenstände unterlaufen würde. Der IV. Zusatzartikel muss damit, über den vordergründigen Wortlaut hinausgehend, mit Blick auf das genannte Prinzip des absoluten Schutzes der Privatsphäre – zweckhaft oder teleologisch – ausgelegt werden; dieser Zweck kann nicht durch seinen Wortlaut begrenzt werden.¹²⁸

Honig lehnt auch die gerade genannte *Mapp v. Ohio* Entscheidung ab. Insoweit ist zunächst einmal unstrittig, weil vom XIV. Zusatzartikel eindeutig angeordnet,¹²⁹ dass die due-process-Garantie allen US-Staatsangehörigen zu gewähren und demnach auch auf einzelstaatlicher Ebene gelten muss. Die über 70 Jahre spätere Verabschiedung dieses Zusatzartikels hatte gerade zum Ziel, die einheitliche Anwendung der due-process-Rechte im gesamten Gebiet der USA sicherzustellen.¹³⁰ Strittig – und auch von Honig mit der Mindermeinung in *Mapp v. Ohio*¹³¹ bestritten – ist allerdings, ob die Durchsetzung dieser Rechte über ein Beweisverwertungsverbot (exclusionary rule) erfolgen sollte. Honig verweist insoweit – mit Richter Harlan¹³² – auf die immer noch von der Hälfte der Einzelstaaten akzeptierte *non-exclusionary rule* des Common Law, die einen Automatismus von einem Beweiserhebungs- zu einem Beweisverwertungsverbot (in Form einer exclusionary rule) gerade ablehne

¹²⁵ *Chapman v. United States*, 365 U.S. 610 (1961), at 614, mit Zitat *Johnson v. United States*, 13 f.: „The point of the Fourth Amendment, which often is not grasped by zealous officers, is not that it denies law enforcement the support of the usual inferences which reasonable men draw from evidence. Its protection consists in requiring that those inferences be drawn by a neutral and detached magistrate, instead of being judged by the officer engaged in the often competitive enterprise of ferreting out crime“.

¹²⁶ *Chapman v. United States*, 365 U.S. 610 (1961), 614, mit Zitat *Johnson v. United States*, 14: „Any assumption that evidence sufficient to support a magistrate’s disinterested determination to issue a search warrant will justify the officers in making a search without a warrant would reduce the Amendment to a nullity, and leave the people’s homes secure only in the discretion of police officers“.

¹²⁷ Vgl. ebd.: „... the Fourth and Fifth Amendments run almost into each other“.

¹²⁸ *United States v. Lefkowitz*, 285 U.S. 452 (1932), 453, 467 m.w.N.: „And this Court has always construed provisions of the Constitution having regard to the principles upon which it was established. The direct operation or literal meaning of the words used do not measure the purpose or scope of its provisions“.

¹²⁹ O. Fn. 50.

¹³⁰ *LaFare et al.*, *Criminal Procedure*, 6. Aufl., St. Paul 2017, § 2.2 S. 61 f.

¹³¹ *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961), 672 ff. (Richter Harlan, ihm folgend Richter Frankfurter und Whittaker).

¹³² *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961), 680 („... one-half of the States still adhere to the common law non-exclusionary rule, and one, Maryland, retains the rule as to felonies.“).

(S. 45). Doch hat nicht zuletzt *Mapp v. Ohio* den zwar stockenden, aber unaufhaltbaren Prozess der einzelstaatlichen Anerkennung der exclusionary rule¹³³ beschleunigt. Heute wird in den meisten Staaten bei einer Verletzung der jeweiligen staatlichen Verfassung ein Beweisausschluss angenommen, bei bloßen Gesetzesverletzungen dann, wenn eine Hausdurchsuchung oder Sicherstellung „in a ‚significant‘ way“ „substantial‘ rights“ betrifft.¹³⁴

In der Sache führt die – einzelstaatliche – Entkoppelung der due-process-Rechte des IV. Zusatzartikels von der exclusionary rule dazu, dass diese letztlich zum Papierträger werden, weil sie eben nicht – per exclusionary rule – durchgesetzt werden können.¹³⁵ Für die Richtermehrheit in *Mapp v. Ohio* ist die Anwendung der exclusionary rule deshalb eine „logisch und verfassungsrechtlich notwendige“ Konsequenz der Übertragung des Schutzes gegen rechtswidrige Durchsuchungen und Beschlagnahmen auf die einzelstaatliche Ebene.¹³⁶ Auch mache nur dies überhaupt „good sense“, denn andernfalls könnte auf einzelstaatlicher Ebene zulässig sein was auf Bundesebene – per exclusionary rule – verboten ist und der bisher existierende „double standard“ würde perpetuiert.¹³⁷ Auch würde die sanktionslose Verletzung der due-process-Rechte (auf einzelstaatlicher Ebene) die Integrität des gesamten

¹³³ Vgl. schon *Elkins v. United States*, 364 U.S. 206 (1960), 219 („Not more than half the states continue totally to adhere to the rule that evidence is freely admissible no matter how it was obtained. Most of the others have adopted the exclusionary rule in its entirety; the rest have adopted it in part. The movement towards the rule of exclusion has been halting, but seemingly inexorable.“ [Fn. weggelassen]), 224 ff. (Annex mit Staatenliste); darauf bezugnehmend *Mapp*, 651 („... more than half of those since passing upon it, by their own legislative or judicial decision, have wholly or partly adopted or adhered to the Weeks rule ...“).

¹³⁴ Vgl. *People v. McKinstry*, 843 P.2d 18 (Colo. 1993); *People v. Taylor*, 541 N.E.2d 386 (NY 1989); auch *Miller et al.* (Fn. 88), S. 360.

¹³⁵ *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961), 655: „... the assurance against unreasonable federal searches and seizures would be ‚a form of words, valueless and undeserving of mention in a perpetual charter of inestimable human liberties, so too, without that rule, the freedom from state invasions of privacy would be so ephemeral and so neatly severed from its conceptual nexus with the freedom from all brutish means of coercing evidence as not to merit this Court’s high regard as a freedom ‚implicit in the concept of ordered liberty.‘“ [Herv. K.A.].

¹³⁶ *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961), 655 f.: „Therefore, in extending the substantive protections of due process to all constitutionally unreasonable searches--state or federal--it was logically and constitutionally necessary that the exclusion doctrine--an essential part of the right to privacy--be also insisted upon as an essential ingredient of the right ...“. Dagegen Dissenting Opinion Harlan, *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961), 678 ff.

¹³⁷ *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961), 657 f.: „Presently, a federal prosecutor may make no use of evidence illegally seized, but a State’s attorney across the street may, although he supposedly is operating under the enforceable prohibitions of the same Amendment. Thus, the State, by admitting evidence unlawfully seized, serves to encourage disobedience to the Federal Constitution which it is bound to uphold.... In non-exclusionary States, federal officers, being human, were by it invited to, and did, as our cases indicate, step across the street to the State’s attorney with their unconstitutionally seized evidence. Prosecution on the basis of that evidence was then had in a state court in utter disregard of the enforceable Fourth Amendment.“ Dagegen Dissenting Opinion Harlan, *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961), 681–83.

Strafjustizsystems in Frage stellen und letztlich das Regierungssystem in seiner Gesamtheit gefährden.¹³⁸ Die Wahrung der Integrität des Justizsystems („judicial integrity“) als Zweck von Ausschlussregeln fügt sich in die oben beschriebene staatslegitimatorische Begründung des *due process* Diskurses ein¹³⁹ und wurde schon im Jahre 1928 von Richter Brandeis in blumiger Sprache wie folgt zum Ausdruck gebracht:

„Decency, security and liberty alike demand that government officials shall be subjected to the same rules of conduct that are commands to the citizen. In a government of laws, existence of the government will be imperiled if it fails to observe the law scrupulously. Our Government is the potent, the omnipresent teacher. For good or for ill, it teaches the whole people by its example. Crime is contagious. If the Government becomes a lawbreaker, it breeds contempt for law; it invites every man to become a law unto himself; it invites anarchy. To declare that, in the administration of the criminal law, the end justifies the means -- to declare that the Government may commit crimes in order to secure the conviction of a private criminal -- would bring terrible retribution. Against that pernicious doctrine this Court should resolutely set its face.“¹⁴⁰

2. Rechtlicher Beistand im Ermittlungsverfahren

Was den VI. Zusatzartikel in Verbindung mit der *due process clause* des XIV. Zusatzartikels angeht, so wendet sich Honig gegen dessen Anwendung im (polizeilichen) Ermittlungsverfahren und seine Auslegung als umfassendem Recht auf rechtlichen Beistand mit nachfolgendem Beweisausschluss bei dessen Fehlen (S. 29–37). Diese Ansicht hat sich mit Escobedo¹⁴¹ durchgesetzt, wo die unterinstanzliche Verurteilung auf ein polizeiliches Geständnis gestützt wurde, das in Abwesenheit des Verteidigers¹⁴² abgegeben wurde. Der Supreme Court hielt dieses Geständnis wegen Verstoß gegen den VI. und XIV. Zusatzartikel für nicht verwertbar:

¹³⁸ Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961), 659 f.: „The criminal goes free, if he must, but it is the law that sets him free. Nothing can destroy a government more quickly than its failure to observe its own laws, or worse, its disregard of the charter of its own existence. ... The ignoble shortcut to conviction left open to the State tends to destroy the entire system of constitutional restraints on which the liberties of the people rest“.

¹³⁹ O. Fn. 56 mit Haupttext.

¹⁴⁰ Olmstead v. United States, 277 U.S. 438 (1928), 485 (dissenting opinion). Krit. *Dix* (Fn. 39), S. 383 („inconsistent with reality“). Vor Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961), auch schon *Elkins v. United States*, 364 U.S. 206 (1960), 222 („imperative of judicial integrity“); später *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964), 490, zit. U. Fn. 168 mit Haupttext. Zur „limited role“ der „judicial integrity“ in späterer Rspr. aber *Dix* (Fn. 39), S. 388.

¹⁴¹ *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964); zusf. *Honig* (Fn. 28), S. 31 f.; dazu auch *Miller et al.* (Fn. 88), S. 495.

¹⁴² Dem anwesenden Verteidiger wurde der Zutritt zur Vernehmung verweigert, vgl. *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964), 480.

„... where a police investigation is no longer a general inquiry into an unsolved crime but has begun to focus on a particular suspect in police custody who has been refused an opportunity to consult with his counsel and who has not been warned of his constitutional right to keep silent, the accused has been denied the assistance of counsel in violation of the Sixth and Fourteenth Amendments, and no statement extracted by the police during the interrogation may be used against him at a trial.“¹⁴³

Honig begründet seine Bedenken zunächst mit dem Wortlaut des VI. Zusatzartikels, der vom *accused*, also vom Angeklagten spreche, und deshalb nicht auf den Zeitpunkt vor Anklage vorverlagert werden könne.¹⁴⁴ Das ist aber zu formalistisch und trägt dem Gedanken der Waffengleichheit nicht Rechnung.¹⁴⁵ Was die Begrifflichkeit angeht, so spricht auch Art. 6(1) EMRK von „criminal charge“ („accusation en matière pénale“, „Anklage“), aber der EGMR wendet die Vorschrift auch auf den Beschuldigten im Ermittlungsverfahren (und Angeschuldigten im Zwischenverfahren) an,¹⁴⁶ weil die genannten Begriffe nicht eindeutig auf ein bestimmtes Verfahrensstadium beschränkt seien.¹⁴⁷ In der Sache folgt die vorgelagerte Anwendung im Ermittlungsverfahren aus dem durch Art. 6 garantierten Grundsatz der Waffengleichheit, denn nur eine frühestmögliche Beteiligung des Beschuldigten ermöglicht die Mitwirkung an den die Anklage determinierenden und das Urteil präjudizierenden Ermittlungsergebnissen und damit eine effektive Verteidigung.¹⁴⁸ Dies wird auch zu Recht in *Escobedo* betont, wenn dort auf die „critical nature“ dieses Verfahrensstadiums und der daraus folgenden Notwendigkeit rechtlichen

¹⁴³ *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964), 491.

¹⁴⁴ Ebenso *Honig*, ZStW 79 (1967), S. 354.

¹⁴⁵ Krit. zu *Honig* und für eine Vorverlagerung auch *Eser*, JZ 1967, S. 614.

¹⁴⁶ Vgl. urspr. *John Murray v. Vereinigtes Königreich*, Urt. V. 8.2.1996 – No. 18731/91, EuGRZ 1996, 587 (592), Rn. 62 („applies even at the stage of the preliminary investigation into an offence by the police“); später EGMR (GK) *Simeonovi v. Bulgarien*, Urt. V. 12.5.2017 – No. 21980/04, BeckRS 2017, 162295, Rn. 110 f.; *Liblik and others v. Estonia*, Urt. V. 07.10.2019 – Nos. 173/1 and 5 others, Rn. 90.

¹⁴⁷ Vgl. Etwa EGMR (GK) *Ibrahim et al. v. Vereinigtes Königreich*, Urt. V. 13.9.2016 – No. 50541/08, BeckRS 2016, 111649, Rn. 249, 253; aus der Lit. s. etwa *Rainey/McCormick/Ovey*, *The European Convention of Human Rights*, 8. Aufl., Oxford 2021, S. 280 („the moment that an individual is officially notified by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence or from the point at which his situation has been substantially affected by actions taken by the authorities as a result of a suspicion against him“).

¹⁴⁸ EGMR (GK) *Ibrahim et al. v. Vereinigtes Königreich*, Urt. v. 13.9.2016 – No. 50541/08, BeckRS 2016, 111649, Rn. 253; früher schon *Ambos*, ZStW 115 (2003), S. 583 (595 f., 620) m.w.N.

Beistands hingewiesen wird.¹⁴⁹ Diese Ansicht hat sich auch hierzulande durchgesetzt.¹⁵⁰

Honig ist aber zuzugeben, dass schon Escobedo das (frühe) Recht auf Verteidigung davon abhängig gemacht hat, dass die polizeilichen Ermittlungen eine Beschuldigtentendenz aufweisen.¹⁵¹ Dies lässt sich mit der späteren Rechtsprechung dahingehend konkretisieren, dass eine adversatorische Formalisierung der Ermittlungen, wie sie sich insbesondere in der Verlesung der Anklage zeigt, erforderlich ist,¹⁵² und zwar „offense specific“.¹⁵³ Die auf Escobedo folgende Miranda-Entscheidung leitet allerdings ein (früheres) Recht auf Verteidigung aus dem V. Zusatzartikel ab, wie wir nun sehen werden.

3. Selbstbelastungsverbot und Belehrungsrechte (Miranda)

In Miranda¹⁵⁴ hat der Warren-Court aus dem Selbstbelastungsverbot des V. Zusatzartikels ein absolutes Verwertungsverbot der (belastenden und entlastenden) Aussagen eines Verdächtigen abgeleitet, wenn dieser inhaftiert oder „auf andere Weise

¹⁴⁹ Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478 (1964), 488: „There is necessarily a direct relationship between the importance of a stage to the police in their quest for a confession and the criticalness of that stage to the accused in his need for legal advice. Our Constitution . . . strikes the balance in favor of the right of the accused to be advised by his lawyer of his privilege against self-incrimination“.

¹⁵⁰ S. nur die in § 136 I StPO statuierten Belehrungspflichten und das daraus erwachsende Verwertungsverbot bei unterlassener Belehrung; dazu BGHSt 58, 301; 47, 172. Honig, ZStW 79 (1967), S. 347 (357) weist darauf hin, dass § 136 I – entgegen Miranda – nicht das Recht auf Bestellung eines Verteidigers für den mittellosen Beschuldigten enthalte; doch folgt dieses Recht jedenfalls aus §§ 137 I, 140 I Nr. 2, II, 141 StPO sowie Art. 4 Richtlinie (EU) 2016/1919 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2016 über Prozesskostenhilfe für Verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren sowie für gesuchte Personen in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls, „wenn es im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist“, was gemäß S. 2 in Haftsachen immer der Fall und im Übrigen gemäß S. 1 anhand der Schwere der Straftat, der Komplexität des Falles und der Schwere der zu erwartenden Strafe zu beurteilen (s. insoweit auch § 140 II StPO) ist. Im Koalitionsvertrag SPD/Grüne/FDP, 2021, S. 106 heißt es: „Wir stellen die Verteidigung der Beschuldigten mit Beginn der ersten Vernehmung sicher“.

¹⁵¹ Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478 (1964), 490 („focus on a particular suspect“, gesamtes Zitat o. Fn. 143). Dazu Honig (Fn. 28), S. 33: „... dürfte dem Urteil allenfalls darin beipflichten, daß einem Verdächtigen ein Verteidiger von dem Zeitpunkt an zusteht, in dem die Polizei bei ihren Ermittlungen vorn ‚rein nachforschenden zum anschuldigenden‘ Verhalten übergeht“.

¹⁵² Vgl. Miller et al. (Fn. 88), S. 549 ff. („... only after the initiation of formal proceedings which typically means some form of charging or court appearance . . .“ [549]); Dix, Confessions, in: Mosteller et al. (Hg.), McCormick on Evidence, 8. Aufl., St. Paul 2020, S. 327 (350 f.). In Michigan v. Jackson, 475 U.S. 625 (1986) hat der Supreme Court auf die gerichtliche Vorführung mit Verlesung der Anklage („arraignment“) abgestellt.

¹⁵³ McNeil v. Wisconsin, 501 U.S. 171 (1991); zur Bestimmung der „same offence“ s. Texas v. Cobb, 532 U.S. 162 (2001), 167 („factually related“ reicht nicht aus); dazu auch Miller et al. (Fn. 88), S. 556 f.; Dix (Fn. 152), S. 350.

¹⁵⁴ Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966); dazu auch Dix (Fn. 152), S. 340 ff.; Miller et al. (Fn. 88), S. 496 ff. (506–8); zu Vorgeschichte und Auswirkungen dieser Rspr. aus rechtsvergleichender Sicht Eser, ZStW 79 (1967), S. 565, 585 ff., 601 ff., 612 ff.

seiner Handlungsfreiheit in bedeutender Weise beraubt“ war und nicht über sein Recht zu schweigen und auf rechtlichen Beistand umfassend belehrt wurde und er auf diese Rechte nicht – „in a knowing, voluntary, and intelligent manner“ – verzichtet hat.¹⁵⁵ Die Richtermehrheit geht dabei von der einschüchternden und Freiwilligkeit ausschließenden Atmosphäre der polizeilichen „incommunicado interrogation“ aus, die zu einer Umgehung des Selbstbelastungsverbot führe, wenn nicht bestimmte Sicherungsmaßnahmen („safeguards“) ergriffen würden.¹⁵⁶ Als solche schlägt die Mehrheit die Belehrung über das Schweigerecht, einschließlich der belastenden Konsequenzen einer Aussage, und über das Recht der Verteidigerkonsultation, einschließlich dessen Anwesenheit bei der Vernehmung und ggf. Finanzierung bei einem mittellosen Beschuldigten,¹⁵⁷ vor (sog. Miranda warnings).¹⁵⁸ Mache der Verdächtige von einem dieser Rechte Gebrauch, müsse die Vernehmung beendet bzw. unterbrochen werden.¹⁵⁹ Werde die Vernehmung ohne Anwesenheit des Verteidigers fortgeführt, obliege es der Regierung („heavy burden“) nachzuweisen,

¹⁵⁵ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), 444 („The prosecution may not use statements, whether exculpatory or inculpatory, stemming from questioning initiated by law enforcement officers after a person has been taken into custody or otherwise deprived of his freedom of action in any significant way, unless it demonstrates the use of procedural safeguards effective to secure the Fifth Amendment’s privilege against self-incrimination“), 437 („Under the Fifth Amendment, any statements that a defendant in custody makes during an interrogation are admissible as evidence at a criminal trial only if law enforcement told the defendant of the right to remain silent and the right to speak with an attorney before the interrogation started, and the rights were either exercised or waived in a knowing, voluntary, and intelligent manner.“), 478 f. („... when an individual is taken into custody or otherwise deprived of his freedom by the authorities in any significant way and is subjected to questioning, the privilege against self-incrimination is jeopardized. Procedural safeguards must be employed to protect the privilege ...“).

¹⁵⁶ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), 445 ff. („The atmosphere and environment of incommunicado interrogation as it exists today is inherently intimidating, and works to undermine the privilege against self-incrimination. Unless adequate preventive measures are taken to dispel the compulsion inherent in custodial surroundings, no statement obtained from the defendant can truly be the product of his free choice.“).

¹⁵⁷ In *Michigan v. Tucker*, 417 US 433 (1974), 446 ff. fehlte es an dem Hinweis auf das Recht auf Bestellung eines Verteidigers bei Mittellosigkeit, was der Supreme Court aber nicht für einen Beweisausschluss der Aussage des Beschuldigten für ausreichend hielt, weil dieses Unterlassen nicht auf „bad faith“ beruht und kein „bearing upon the reliability“ der Aussage des Beschuldigten gehabt habe. Vgl. in diesem Sinne auch *Dix* (Fn. 152), S. 341, der ein Fehlen dieses (vierten) Hinweises für „not fatal“ hält, wenn der Beschuldigte schon einen Verteidiger oder ausreichende Mittel zu dessen Bestellung hat.

¹⁵⁸ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), 437, 467 ff. („... the person in custody must, prior to interrogation, be clearly informed that he has the right to remain silent, and that anything he says will be used against him in court; he must be clearly informed that he has the right to consult with a lawyer and to have the lawyer with him during interrogation, and that, if he is indigent, a lawyer will be appointed to represent him.“). Zur Flexibilisierung hinsichtlich des genauen Wortlauts der „warnings“ s. *Miller et al.* (Fn. 88), S. 524 f.; *Dix* (Fn. 152), S. 341 („no talismanic incantation of the language“).

¹⁵⁹ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), 437, 473 f. („If the individual indicates, prior to or during questioning, that he wishes to remain silent, the interrogation must cease; if he states that he wants an attorney, the questioning must cease until an attorney is present.“).

dass der Verdächtige „wissentlich und bei voller Einsicht“ („knowingly and intelligently“) auf dieses Recht verzichtet habe.¹⁶⁰ Ein solcher Verzicht könne nicht schon deshalb angenommen, weil der Verdächtige einige Fragen beantwortet habe.¹⁶¹ In Anwendung dieser Grundsätze hebt der Supreme Court die unterinstanzlichen Urteile gegen Miranda und zwei weitere Verdächtige auf und bestätigt die Aufhebung der Verurteilung eines weiteren Verdächtigen durch den Obersten Gerichtshof Kaliforniens.¹⁶²

Honig lehnt die Miranda-Rechtsprechung rundheraus ab (S. 33–37).¹⁶³ Er trauert insoweit der früheren Rechtsprechung des Supreme Court nach und stimmt den *dissenting opinions* zu,¹⁶⁴ wobei sich auch hier seine Präferenz für einen *crime control* zu Lasten des *due process*-Ansatz und zwar in teilweise drastischen Worten zeigt: Diese Rechtsprechung ermögliche die Aufhebung von „Verurteilungen von ... Schwerverbrechern“ (S. 33), sie verlege „die Grenzpfähle des Schutzes des Verbrechers noch weiter“ vor, „wodurch freilich die Polizei in ihrer Handlungsfreiheit weiter beschränkt wird“ (ebd.). Richter Harlan sei beizupflichten, wenn er in dieser Rechtsprechung „eine Quelle schwerer Gefährdung der Rechtssicherheit der Gemeinschaft“ sehe (S. 36), zumal die Verfassungsväter die Zusatzartikel zur Verfassung gegen die Tyrannei des Königs Georg III. formuliert hätten, sie nun aber „zur Beschränkung der eigenen Sicherheitsbehörden angewandt“ würden, was eher für ihre restriktive Auslegung spräche (ebd.).

Erstaunlich ist in diesem Zusammenhang auch das große Vertrauen, das Honig in das im Ermittlungsverfahren abgegebene Geständnis zu haben scheint. Dessen

¹⁶⁰ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), 475 („Where an interrogation is conducted without the presence of an attorney and a statement is taken, a heavy burden rests on the Government to demonstrate that the defendant knowingly and intelligently waived his right to counsel.“). Beachte, dass insoweit keine Freiwilligkeit (*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), 437, o. Fn. 155) verlangt wird.

¹⁶¹ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), 437, 475 f.: „Where the individual answers some questions during in-custody interrogation, he has not waived his privilege, and may invoke his right to remain silent thereafter“.

¹⁶² *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), 437, 491 ff. (Aufhebung der Verurteilungen Mirandas sowie in *Vignera v. New York* und *Westover v. United States* und Bestätigung der Aufhebung in *California v. Stewart*); s. auch Honig, ZStW 79 (1967), S. 355. Miranda hat die Entscheidung allerdings nicht viel geholfen, vgl. Kemp/Skelton („He was retried for the crimes with the use of other evidence and again sentenced to 20-30 years, although he was released five years later on parole. ... Miranda was eventually killed in an incident that police never resolved, due in part to a suspect exercising his Miranda right to silence.“).

¹⁶³ Nur nebenbei sei darauf hingewiesen, dass Miranda die Rspr. des BGH (BGHSt 38, 214 [220]) zu einem Verwertungsverbot bei unterbliebener Belehrung zum Schweigerecht inspiriert hat, dazu jüngst *Salditt*, StV 2022, S. 747 (mit einem instruktiven Vergleich zwischen der Rspr. des Supreme Court und des BGH).

¹⁶⁴ Er bezieht sich auf Richter Clark, Harlan, White und Stewart (S. 35), doch dissentiert Clark nur teilweise (*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), 499 ff.).

– gerade historisch – erwiesene Unzuverlässigkeit,¹⁶⁵ auf die der Supreme Court ausdrücklich hinweist,¹⁶⁶ scheint Honig nicht zu besorgen.¹⁶⁷ Die Sorge des (damaligen) Supreme Court geht demgegenüber sogar über die Unzuverlässigkeit des (erzwungenen) Geständnisses hinaus und betrifft die – schon oben erwähnte – Integrität eines Kriminaljustizsystems, das nur durch die Entziehung verfassungsmäßiger Rechte Ergebnisse zu produzieren glaubt:

„We have also learned the companion lesson of history that no system of criminal justice can, or should, survive if it comes to depend for its continued effectiveness on the citizens’ abdication through unawareness of their constitutional rights. No system worth preserving should have to fear that, if an accused is permitted to consult with a lawyer, he will become aware of, and exercise, these rights. If the exercise of constitutional rights will thwart the effectiveness of a system of law enforcement, then there is something very wrong with that system.“¹⁶⁸

4. Roll Back and backlash: Abwägung, Verhältnismäßigkeit, Recht auf Sicherheit

Honig fordert eine stärkere Beachtung des Allgemeininteresses – er spricht von einem „Grundrecht der Gemeinschaft auf Schutz vor dem Verbrechen“, gleichsam in Vorwegnahme der heutigen Diskussion um ein Staatsziel Sicherheit als Grundlage eines präventiv und repressiv ausgerichteten Sicherheitsrechts¹⁶⁹ – und will die stärkere Berücksichtigung des Allgemeininteresses durch eine Abwägung und die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erreichen. Was die Abwägung angeht, so ordnet Honig allerdings offensichtlich das Recht des Einzelnen dem Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit unter, wenn er das Rechtsmittelgericht von Illinois wie folgt zustimmend zitiert (S. 38): „The right[s] of the individual must

¹⁶⁵ *Wigmore*, Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law, Volume VIII, 3. Aufl., Boston 1940, S. 309 (das Selbstbelastungsverbot betonend und auf die Gefahr des erzwungenen falschen Geständnisses mit der daraus folgenden Verurteilung Unschuldiger hinweisend, weshalb „[A]ny system [...] which permits the prosecution to trust habitually to compulsory self-disclosure as a source of proof must itself suffer morally thereby.“ [Herv.i.Original]); für Deutschland s. § 136a I–III StPO: Ein Verwertungsverbot besteht, wenn Zwang gezielt als Mittel zur Herbeiführung einer Aussage angewandt worden ist, also darauf gerichtet war, ob überhaupt oder wie ausgesagt werden sollte (Meyer-Goßner/*Schmitt*, StPO, 66. Aufl., München 2023, § 136a Rn. 20 m.w.N).

¹⁶⁶ *Haynes v. Washington*, 373 U. S. 503 (1963), 519 („... history amply shows that confessions have often been extorted to save law enforcement officials the trouble and effort of obtaining valid and independent evidence ...“); *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964), 488 f. („We have learned the lesson of history, ancient and modern, that a system of criminal law enforcement which comes to depend on the ‚confession’ will, in the long run, be less reliable and more subject to abuses than a system which depends on extrinsic evidence independently secured through skillful investigation.“ [Fn. weggelassen]).

¹⁶⁷ In *Honig*, ZStW 79 (1967), S. 347 (351 f., 355, 357, 360) stellt er jedoch dezidiert auf die Freiwilligkeit ab.

¹⁶⁸ *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964), 490.

¹⁶⁹ S. *Ambos*, ZIS 2020, S. 254 m.w.N. zur Begrifflichkeit und besonderem Fokus auf die (präventive) Terrorismusbekämpfung.

be subordinate to the safety of the public“.¹⁷⁰ Das ist erstaunlich, denn die Unterordnung des Einzelnen unter das Gemeinwohl (repräsentiert durch die „Volksgemeinschaft“) wurde in ähnlicher Form – ohne allerdings dem Einzelnen explizit Rechte zuzubilligen – gerade von dem Regime proklamiert,¹⁷¹ dessen Opfer Honig geworden ist.

Honig sieht seine Ansicht auch durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz¹⁷² in einer Auslegung des Bundesverfassungsgerichts gestützt, wonach Grundrechte „als Ausdruck des allgemeinen Freiheitsanspruchs des Bürgers gegenüber dem Staat ... jeweils nur soweit beschränkt werden dürfen, als es zum Schutz öffentlicher Interessen unerlässlich ist“.¹⁷³ Allerdings erscheint es widersprüchlich, wenn Honig einerseits, Bundesanwalt Kohlhaas zitierend, den „Standort“ des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur im Bereich der Beweiserhebung, aber nicht der Beweisverwertung sehen will,¹⁷⁴ andererseits aber diesen Grundsatz, auf Nowakowski Bezug nehmend, nicht auf die Zulässigkeit von Ermittlungshandlungen beschränken, sondern auch für die Frage fruchtbar machen will, „wieviel dem Einzelnen für die Sicherheit, die das Strafrecht auch ihm gewährt, abgefordert werden kann“.¹⁷⁵ Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Begründungstopos zur Einschränkung prozessualer Rechte und dieser unter Berufung auf Nowakowski? Das geht im doppelten Sinne zu weit:

¹⁷⁰ Kolb v. O’Connor, 142 N.E. 2d 818 (1957), 14 Ill. App. 2d 81, 91.

¹⁷¹ Vgl. etwa Preußischer Justizminister, Denkschrift Nationalsozialistisches Strafrecht, Berlin 1933, S. 4 f. (Einzelner als Teil des „Volkorganismus“, weshalb er dazu gezwungen werden müsse, „bei all seinem Handeln die notwendige Rücksicht auf die Erhaltung des Bestandes der Nation und ihre Wohles zu nehmen“); Mezger, Kriminalpolitik auf kriminologischer Grundlage, Stuttgart 1934, S. 203 („Verantwortlichkeit des Einzelnen gegenüber der Volksgemeinschaft“); Gerland, DJZ 1933, S. 857 (860) („Vor der Gemeinschaft bedeutet der Einzelne nur so viel, als er für sie bedeutet“). S. dazu auch Ambos, Nationalsozialistisches Strafrecht. Kontinuität und Radikalisierung, Baden-Baden 2019, S. 31 f. (Einzelne wird in den Dienst der Volksgemeinschaft gestellt, womit er seinen Selbstzweck verliere).

¹⁷² Wie wichtig der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz für Honig war, ist nicht zuletzt aus seiner Korrespondenz mit Eser zu ersehen, vgl. *ders.*, in diesem Band, S. 339 ff.

¹⁷³ BVerfG 10, 369; 19, 349; in diesem Sinne auch jüngst BVerfG, Beschl. v. 8.7.2021 – 2 BvR 575/21 Rn. 39.

¹⁷⁴ Honig (Fn. 28), S. 39 auf Kohlhaas, DRiZ 1966, S. 286 (289) verweisend („Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ... hat seinen Standort nur dort, wo man die Beweise beschafft und nicht dort, wo man sie, obwohl bereits vorhanden, nicht verwerten darf.“).

¹⁷⁵ Honig (Fn. 28), S. 40 auf Nowakowski, ÖJZ 1965, S. 281 (285) bezugnehmend (s. auch ebd., S. 284: „Jeder Mensch muss Eingriffe ertragen, die um des gemeinen Besten willen nötig und die angemessen und zumutbar sind.“).

Zum einen geht es Nowakowski gerade um die freiheitswahrende/eingriffsbeschränkende Funktion des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes¹⁷⁶ und zum anderen entspricht dies auch – seiner verfassungsgerichtlich bestätigten¹⁷⁷ – Funktion. Ganz abgesehen davon erweist sich der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als bloßer Abwägungstopos als praktisch unbrauchbare Remedur für Rechtsverletzungen im Ermittlungsverfahren; diesen kann allenfalls durch konkrete Sicherungen, wie sie eben der Supreme Court vorgeschlagen hat, begegnet werden.¹⁷⁸

In der Sache lässt sich Honig auch in diesem Zusammenhang wieder ganz vom crime control Ansatz leiten, wobei es seltsam anmutet, dass gerade er als Verfolgter und Opfer des NS-Unrechtssystems täterstrafrechtlich argumentiert, indem er auf die Persönlichkeit des Täters, seinen fehlenden sittlichen Wert und seine fehlende Würde abstellt (u.a. wieder Bundesanwalt Kohlhaas¹⁷⁹ zitierend) und von „Menschen dieser Art“ spricht, mit denen „wir es in den Strafsachen ... zu tun“ haben (S. 41). Dies sei „im Auge zu behalten, wenn die Zulässigkeit prozessrechtlicher Maßnahmen, die Verwertbarkeit von Beweismitteln gegenüber Schwerverbrechern in Frage gestellt wird.“ Die „Verletzung gewisser verfassungsgesetzlicher Kautelen“, mit denen den Tatverdächtigen noch nicht „durch Gewalttätigkeiten oder durch Schmähungen zu nahe getreten“ worden sei (ebd.), könnten jedenfalls eine solche Einschränkung der Sicherheitsinteressen des Staates nicht rechtfertigen. Letztlich müssten, so Honig abwägend schlussfolgernd, Beweismittel solange zulässig seien, sofern ihre Erlangung „der Persönlichkeit des Verdächtigen nicht zu nahe tritt, deren Verwertung jedoch im öffentlichen Interesse liegt“ (S. 47). Erstaunlich ist auch, dass die Unschuldsvermutung in Honigs Argumentation keinen Platz zu haben scheint; jedenfalls findet sie keine explizite Erwähnung und seine wiederholte

¹⁷⁶ Vgl. *Nowakowski*, ÖJZ 1965, S. 281 (284), der im Kern grund- und menschenrechtliche „Grenzen“ der Strafrechtspflege diskutiert (281, 284 ff.), die den Grund- und Menschenrechten „besonders gefährlich“ werden könne (283, besonders in Gestalt des Inquisitionsprozesses (281); ferner betont er den unveräußerlichen Schutz der Menschenwürde (281, 284: auch „Verbrecher hat Menschenwürde und Grundrechte“, auch die „sogenannte Bestie in Menschengestalt ist Mensch und damit der Menschenwürde und der Grundrechte teilhaftig“) und generell der Grundrechte, die „zu einem wesentlichen Teil durch Einschränkung der strafrichterlichen Gewalt gewonnen und gesichert“ werden (283 f.); allerdings verliert er dabei nicht die Kehrseite der (präventiven) Freiheitssicherung durch die Strafrechtspflege aus dem Blick, die zu einer Abwägung im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zwingt (285 ff.), weshalb man auch Grundrechtseingriffe „in Kauf nehmen“ müsse (287).

¹⁷⁷ BVerfGE 159, 223 (Bundesnotbremse I), wonach Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen als Maßnahmen zur Bekämpfung einer Pandemie den allgemeinen Anforderungen an die Einschränkung von Grundrechten – und damit auch dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (ebd. Rn. 166 ff., 274 ff.) – in jeder Hinsicht genügen müssen.

¹⁷⁸ Krit. auch *Eser*, JZ 1967, S. 614 („nur ein formales Kriterium für die Abwägung der Rechte des Tatverdächtigen ...“).

¹⁷⁹ Vgl. *Kohlhaas*, DRiZ 1966, S. 286 (289) („Die Menschenwürde ist sicher ein hohes Gut, aber sie wird oft zu Unrecht von solchen Menschen in übertriebener Weise in Anspruch genommen, welche sich dieser übertriebenen Würde durchaus nicht würdig erweisen, was mit der Würde, die jeder Mensch unabdingbar hat, gerade nicht zusammenfallen muß.“).

Bezugnahme auf „(Schwer)verbrecher“ im Zusammenhang mit dem Ermittlungsverfahren irritiert.¹⁸⁰ Auch Honigs offensichtliches Vertrauen in die polizeiliche Ermittlungsarbeit verwundert,¹⁸¹ waren doch schon und gerade damals polizeiliche Missbräuche in US-amerikanischen Ermittlungsverfahren gang und gäbe – lange vor der Black Lives Matter-Bewegung¹⁸² –, wobei die rechtsstaatliche Kontrolle der Polizei auch durch deren enorme Fragmentierung¹⁸³ erschwert wird.

Nimmt man eine Gesamtbewertung aus heutiger Sicht vor, so ist Honigs Kritik an der liberalen Revolution des Warren Court durchaus zuzugeben, dass sie damaligen Reaktionen, wie sie ja auch in den dissenting opinions zum Ausdruck kommen, entsprach.¹⁸⁴ Im Hinblick auf den von Richter Clark in *Miranda* vorgeschlagenen, flexibleren „totality of circumstances“ Test¹⁸⁵ ist darauf hinzuweisen, dass

¹⁸⁰ Vgl. auch *Honig*, ZStW 79 (1967), S. 347 (348) („Grundrechte des Verbrechers“, „Verbrecherwelt“). Im Zusammenhang mit *Miranda* spricht *Honig*, ebd., S. 354 von „vier Schwerverbrechern“, doch – abgesehen davon, dass alle vier Angeklagten letztlich freigesprochen wurden (o. Fn. 162) –, ging es bei *Vignera*, *Westover* und *Stewart* um Raubüberfälle unterschiedlicher Schwere (bei *Miranda* um eine Entführung und Vergewaltigung) und ihre Vorbelastungen sind nicht bekannt. Krit. schon *Eser*, JZ 1967, S. 614 („... woher nimmt man denn im Einzelfall die Gewißheit, daß man in der verdächtigsten Person tatsächlich einen Schurken wie *Escobedo* oder *Miranda* vor sich hat?“).

¹⁸¹ Differenzierter aber *Honig*, ZStW 79 (1967), S. 347 (362) („Mißtrauen ... in gewissem Umfange berechtigt ...“).

¹⁸² S. etwa *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964), 482 ff; auch *Honig* (Fn. 28), S. 31 (das „besonders rücksichtslose Verhalten der Polizei“ erwähnend). Jüngst umfassend *Hinton*, *America on Fire*, New York 2021, S. 1 ff., die den Höhepunkt der Rassenunruhen zwischen 1964 und 1972 (insbesondere 1968 und 1972) – mit „endured internal violence on a scale not seen since the Civil War“ – sieht (S. 2 f, 14), diese freilich nicht als „riots“ („misnomer“) sondern „rebellions“ verstehen will (S. 4, 7) und die polizeiliche Repression und Militarisierung in diesem Zusammenhang betont: „draconian police ethos born in the 1960s and 1970s“ (S. 3); Unruhen „only be cured by more police“ (S. 6); „respond to the rebellion with more police“ (S. 9); „unprecedented investment in local law enforcement“ im Zuge des Vietnam-Kriegs mit „surplus army weapons and technologies“, so dass die Polizei „would be prepared to face the domestic enemy within“ (S. 11); „escalation of police power during the early years of the War on Crime ...“ (S. 14).

¹⁸³ In den USA existieren mehr als 15.000 Polizeieinheiten, vgl. online unter: <https://polis.osce.org/country-profiles/united-states-america>: „There are 15,766 police departments in the United States, 12,656 of which are at the local level.“

¹⁸⁴ S. zu *Miranda* *Kemp/Skelton*, Case Commentary, online unter: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/436/> („The decision was widely attacked at the time for giving criminals extra ways to unfairly escape prosecution.“).

¹⁸⁵ *Miranda*, (teilweise) dissenting opinion Justice Clark, *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), 502 f.: „Under the ‚totality of circumstances‘ rule ... I would consider in each case whether the police officer, prior to custodial interrogation, added the warning that the suspect might have counsel present at the interrogation, and, further, that a court would appoint one at his request if he was too poor to employ counsel. In the absence of warnings, the burden would be on the State to prove that counsel was knowingly and intelligently waived or that, *in the totality of the circumstances*, including the failure to give the necessary warnings, the confession was clearly voluntary.“ (Herv. K.A.). Bezugnehmend auf *Haynes v. Washington*, 373 U.S. 503 (1963), 514. Clark, ebd., 503, will im Übrigen den flexibleren due process Maßstab des V. und XIV. Zusatzartikels statt das Selbstbelastungsverbot („arbitrary Fifth Amendment rule“).

sich der US Kongress diesen zu eigen gemacht und versucht hat, Miranda auszuhebeln.¹⁸⁶ In der Sache hat dieser Ansatz durchaus etwas für sich, weil er die Freiwilligkeit einer geständigen Einlassung von den Umständen des Einzelfalls abhängig machen will¹⁸⁷ und damit dem von der Richtermehrheit propagierten Automatismus einer exclusionary rule eine Absage erteilt. Allerdings können die Miranda-Belehrungsrechte nicht gegen das Kriterium der Freiwilligkeit einer Aussage ausgespielt werden, jedenfalls wenn man Miranda Verfassungsrang zuerkennt.¹⁸⁸ Der

¹⁸⁶ Honig, Wiederaufnahme (Fn. 28), S. 1 ff. weist insoweit auf das sog. „Anticrime Law“ vom 19.6.1968 hin, in dem entgegen dem Supreme Court die Freiwilligkeit des Geständnisses („test of voluntariness“) als entscheidendes Beweisverwertungskriterium betont wurde. Der Supreme Court hat in *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000) der Miranda-Entscheidung Verfassungsrang zugesprochen und damit dieses Gesetz (18 U.S.C. § 3501) in der Sache für verfassungswidrig erklärt, weil der Kongreß „may not supersede this Court’s decisions interpreting and applying the Constitution ...“.

¹⁸⁷ Dieser kasuistisch-flexible Ansatz entspricht der geltenden Praxis, vgl. (allgemein zur „voluntariness“ eines Geständnisses als beweisrechtlicher Zulässigkeitsvoraussetzung) *Dix* (Fn. 152), S. 336 ff. (wonach diese Voraussetzung auf common law und dem V. Zusatzartikel beruhe und bei ihrem Fehlen eine due process Verletzung anzunehmen sei, wobei aber die Annahme von die Freiwilligkeit ausschließenden Faktoren flexibel und fallabhängig beurteilt werde und damit nicht notwendigerweise der Wahrheitsgehalt des betreffenden Geständnisses beeinträchtigt werde); zum Verhältnis von Freiwilligkeit und „Vertrauenswürdigkeit“ („trustworthiness“) des Geständnis und den relevanten Kriterien (Mauchley Test) vgl. *Dix* (Fn. 152), S. 360 ff.

¹⁸⁸ Der in *Dickerson* bestätigte Verfassungsrang der Miranda-Entscheidung bedeutet das die Miranda-Rechte nicht zu einem bloßen Abwägungsfaktor bzgl. der Freiwilligkeit einer Aussage abgewertet werden können:

„*Miranda* requires procedures that will warn a suspect in custody of his right to remain silent and assure him that the exercise of that right will be honored ... while § 3501 (das o.g. Kongressgesetz) explicitly eschews a requirement of preinterrogation warnings in favor of an approach that looks to the administration of such warnings as only one factor in determining the voluntariness of a suspect’s confession.“ (*Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 [2000], 429).

Dies ist aber nicht unumstritten und wurde von der Richtermehrheit jüngst in *Carlos Vega v. Terence B. Tekoh* (Urteil vom 23.6.2022, abgedruckt in StV 2022, S. 705) unter Verweis auf die rein prophylaktische Natur der Miranda-Regeln (dazu auch folgende Fn.) abgelehnt; dagegen wiederum die MiM von drei Richtern (StV 2022, S. 708 f.), die u.a., bezugnehmend auf *Dickerson*, Miranda Verfassungsrang („set in constitutional stone“) und damit Abwägungsfestigkeit zuerkennen. Unstrittig ist jedenfalls die verfassungsrechtliche Grundlage von Miranda, nämlich im 5. Amendment, s. insoweit auch *Vega v. Tekoh*, StV 2022, S. 706 („constitutionally based“, *Dickerson* zitierend).

(prophylaktische)¹⁸⁹ Kern der Miranda-Entscheidung – Durchsetzung des Schweißgerechts mittels umfassender Belehrung – gilt bis heute,¹⁹⁰ sofern die Grundvoraussetzungen der Miranda-Situation – „interrogation“ eines in „custody“ befindlichen Beschuldigten – gegeben sind,¹⁹¹ keine Situation reiner Gefahrenabwehr („public safety exception“) vorliegt¹⁹² und der Beschuldigte nicht auf diese Rechte – „in a knowing, voluntary, and intelligent manner“¹⁹³ – verzichtet hat („waiver“).¹⁹⁴ In der-

¹⁸⁹ Der Supreme Court hat die Miranda-Regeln als „prophylactic“ mit Blick auf die Verhinderung von nemo-tenetur Verletzungen bezeichnet, vgl. etwa *New York v. Quarles*, 467 U.S. 649 (1984), 653 ff. (kein Ausschluss späterer Aussagen als „illegal fruits“ einer Miranda Verletzung, weil „concern for public safety must be paramount to adherence to the literal language of the prophylactic rules enunciated in *Miranda*.“); *U.S. v. Patane*, 542 U.S. 630 (2004) Syllabus („prophylactic employed to protect against violations of the Self-Incrimination Clause“); *Montejo v. Louisiana*, 556 U.S. 778 (2009), 778 f. („layers of prophylaxis“); *Vega v. Tekoh*, StV 2022, S. 705 (706). S. auch *Dix* (Fn. 152), S. 340.

¹⁹⁰ *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000), 430: „*Miranda* has become embedded in routine police practice to the point where the warnings have become part of our national culture.“; auch *United States v. Patane*, 542 U.S. 630 (2004), Syllabus („prohibition on compelling a criminal defendant to testify against himself at trial“).

¹⁹¹ Zu diesen Voraussetzungen näher *Dix* (Fn. 152), S. 343 f. („custody“ als objektive Freiheitsbeschränkung aus Sicht einer „reasonable person“, „interrogation“ bei „functional equivalent“ zu expliziter Befragung mit Ziel der Entlockung einer belastenden Aussage, bezugnehmend auf *Rhode Island v. Innis*, 446 U.S. 291 (1980)); *Miller et al.* (Fn. 88), S. 508 ff. (514 [objektiver, aber unsicherer Maßstab zur Bestimmung der „custody“], 522 [„interrogation“ jedenfalls wenn dem Beschuldigten „incriminating response“ entlockt werden soll]). In *Illinois v. Perkins*, 496 U.S. 292 (1990) wurde eine Vernehmung (und damit Auslösung der Miranda-Rechte) bei Gespräch mit verdecktem Ermittler abgelehnt.

¹⁹² *New York v. Quarles*, 467 U.S. 649 (1984) 650, 655 ff. („The doctrinal underpinnings of *Miranda* do not require that it be applied in all its rigor to a situation in which police officers ask questions reasonably prompted by a concern for the public safety.“; hier Auffinden der Tatwaffe); zu dieser, auch in vielen Staaten geltenden Ausnahme *Miller et al.* (Fn. 88), S. 523; *Dix* (Fn. 152), S. 344.

¹⁹³ S. o. Fn. 160; dazu auch *Dix* (Fn. 152), S. 348 ff. (wonach bezüglich der Einsicht [„intelligence“] nur „an understanding of the basic abstract Fifth Amendment rights“ erforderlich sei); *Miller et al.* (Fn. 88), S. 536; zur hohen Zahl der waivers (ca. 80%) s. *Miller et al.* (Fn. 88), S. 572.

¹⁹⁴ Insoweit hat die post-Miranda Rspr. die Anforderungen (o. Fn. 159–161 mit Haupttext) gelockert. Sie nimmt einerseits einen (konkludenten) Verzicht etwa auch an, wenn der Beschuldigte sich nicht eindeutig auf Miranda berufen hat; vgl. jüngst *Berghuis v. Thompkins*, 560 U.S. 370 (2010), Syllabus (Miranda „must be invoked ‘unambiguously‘“, ein „uncoerced statement“ nach entsprechender Belehrung gilt als „implied waiver“); dazu auch *Miller et al.* (Fn. 88), S. 533 f.; *Dix* (Fn. 152), S. 346 f. Andererseits kann nach Unterbrechung der Vernehmung (o. Fn. 159) diese – auf Anregung der Ermittlungsbeamten – wieder aufgenommen werden und darin ein zulässiger Verzicht gesehen werden; s. etwa *Michigan v. Mosley*, 423 U.S. 96 (1975); strenger insoweit *Edwards v. Arizona*, 451 U.S. 477 (1981), wonach eine spätere Vernehmung nur bei Anwesenheit eines Verteidigers zulässig ist und die Initiative vom Beschuldigten ausgehen müsse, wobei allerdings in *Davis v. United States*, 512 U.S. 452 (1994) einschränkend festgestellt wurde, dass klar („clearly“) nach einem Verteidiger verlangt werden müsse; dazu auch *Miller et al.* (Fn. 88), S. 539; *Dix* (Fn. 152), S. 345 f.

selben Weise kann auf das Recht auf Verteidigung nach dem VI. Zusatzartikel verzichtet werden.¹⁹⁵ Ein Verzicht auf die Miranda-Rechte kann sogar als Verzicht auf das Recht auf Verteidigung (bezüglich der angeklagten Taten) gewertet werden,¹⁹⁶ wobei allerdings dieses (VI. Zusatzartikel) über das Miranda-Recht auf Verteidigung (V. Zusatzartikel) hinausgeht.¹⁹⁷ Eine Kosten-Nutzen Analyse der Miranda-Regeln leidet häufig darunter, dass einseitig auf die Auswirkungen auf die polizeilichen Ermittlungen (geringe Verwertbarkeit von Geständnissen) und die Verurteilungsraten abgestellt wird¹⁹⁸ und ihr rechtsstaatlicher Wert mit Blick auf die Integrität und Legitimität des Kriminaljustizsystems vernachlässigt wird.¹⁹⁹

Die spätere Rechtsprechung zum Beweisausschluss geht – in der Sache Honig bestätigend – in die Richtung einer flexiblen *Abwägungslösung*²⁰⁰ sei es über eine sog. „good faith exception“ (bei gutgläubigem Vertrauen des Ermittlungsbeamten auf

¹⁹⁵ *Montejo v. Louisiana*, 556 U.S. 778 (2009), 786 m.w.N. („Our precedents also place beyond doubt that the Sixth Amendment right to counsel may be waived by a defendant, so long as relinquishment of the Right is voluntary, knowing, and intelligent.“). Damit wurde *Michigan v. Jackson*, 475 U.S. 625 (1986) aufgehoben, wonach ein Verzicht dann nicht angenommen werden könne, wenn die Polizei nach Geltendmachung des Rechts die Vernehmung fortsetzt bzw. wiederaufnimmt. Zur Diskussion s. auch *Miller et al.* (Fn. 88), S. 556 m.w.N.; knapp *Dix* (Fn. 152), S. 351. Zugleich hat der *Montejo*-Court eine antizipierte Berufung auf *Miranda* (vor der eigentlichen Vernehmung) abgelehnt, dazu *Dix* (Fn. 152), S. 347.

¹⁹⁶ *Patterson v. Illinois*, 487 U.S. 285 (1988); s. auch *Miller et al.* (Fn. 88), S. 557.

¹⁹⁷ Der VI. Zusatzartikel verlangt weder „custody“ noch „interrogation“ i.e.S. (und gilt deshalb auch bei Einsatz eines verdeckten Ermittlers); ferner schützt er das Verhältnis zwischen Verteidiger und Beschuldigtem stärker; dazu *Dix* (Fn. 152), S. 351 f.

¹⁹⁸ Vgl. etwa *Cassell/Fonles*, B.U.L.Rev. 97 (2017), S. 685 ff., die einen „harmful effect on law enforcement“ als eine quantitative Frage betrachten und mit Blick auf die Geständnis- und Aufklärungsrate zur Zeit und nach der *Miranda*-Entscheidung (1966) untersuchen (soweit Daten verfügbar sind) und nach einer methodisch fragwürdigen Auswertung zu dem Schluss gelangen: *Miranda* „shackled American law enforcement“.

¹⁹⁹ Vgl. *Ryan*, Tex.Tech L.Rev. 50 (2017), S. 81 (95), die, für die Beurteilung von *Miranda* – als Teil der U.S.-amerikanischen (Rechts-)kultur („... *Miranda* warnings ... thoroughly incorporated into both our criminal justice system and the national culture.“, S. 96) – die Berücksichtigung weiterer Gesichtspunkte verlangt, wie beispielsweise „the impact of *Miranda* in fostering trust among the public“, „the fairness to the defendants“ und „the wily interrogation techniques employed by the police“ (S. 95). Vgl. allg. auch *Miller et al.* (Fn. 88), S. 567 ff. m.w.N. (572–4).

²⁰⁰ Vgl. Allerdings schon *Nardone v. United States*, 308 U.S. 338 (1939), 340 („... two opposing concerns must be harmonized: on the one hand, the stern enforcement of the criminal law; on the other, protection of that realm of privacy left free by Constitution and laws but capable of infringement either through zeal or design.“); später dann *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984), 897 ff. („... weighing the costs and benefits of preventing the use in the prosecution’s case in chief of inherently trustworthy tangible evidence ...“ [897, 907]; „balancing approach“ [897, 909, 913]); dazu auch *Thaman/Brodowski* (Fn. 38), 442 f.; zusf. Zu „limitations“ der exclusionary rule bzgl. IV. Zusatzartikel *Miller et al.* (Fn. 88), 361 ff. Zu ähnlich flexiblen Ansätzen in weiteren common law jurisdictions, insbesondere Kanada, s. *Thaman/Brodowski* (Fn. 38), 437, 438 ff. (insbesondere Art. 24(2) Canadian Charter of Rights and Freedoms und sect. 78 des englischen Police and Criminal Evidence Act 1984).

eine richterliche Durchsuchungsanordnung²⁰¹ oder ein Gesetz²⁰²) sowie – insbesondere zur Einschränkung der schon Anfang des 20. Jahrhunderts anerkannten Fernwirkungslehre („fruit of the poisonous tree doctrine“)²⁰³ – durch Kausalitätsthroughbrechungen („independent source“ Ausnahme),²⁰⁴ die Berücksichtigung hypothetischer Kausalverläufe („inevitable discovery“)²⁰⁵ oder die Abschwächung des Kausalzusammenhangs („attenuated connection“).²⁰⁶ Weitere Einschränkungen erfolgen durch ein Abstellen auf die Art bzw. Schwere der Rechtsverletzungen,²⁰⁷ späteres strafbares Verhalten²⁰⁸ und mangelndes Rechtsschutzbedürfnis („standing

²⁰¹ *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984), 897 ff., 905 ff. (Nicht-Anwendung der Ausschlussregel des IV. Zusatzartikels, „so as to bar the use ... of evidence obtained by officers acting in reasonable reliance on a search warrant issued by a detached and neutral magistrate but ultimately found to be invalid“ [897, 900], so dass diese nur noch bei „substantial and deliberate“ Rechtsverletzungen anwendbar sein soll [898, 909]; denn sie diene nicht dazu „to deter objectively reasonable law enforcement activity“ [898, 919]; zu Kriterien der „objectively reasonable“ Verlässlichkeit ebd., S. 898 f., 922 ff.); ebenso *Massachusetts v. Shepard*, 468 US 981 (1984), 981 f., 987 f.

²⁰² *Illinois v. Krull*, 480 US 340 (1987), 349 f („... objectively reasonable reliance upon a statute authorizing warrantless ... searches ...“; Grenze allerdings dort, wo „the legislature wholly abandoned its responsibility to enact constitutional laws, or if the statutory provisions are such that a reasonable law enforcement officer should have known that the statute was unconstitutional.“ [341, 355]). – Erweiterung auf Fälle fahrlässigen guten Glaubens des Ermittlungsbeamten („isolated negligence“ im Gegensatz zu „systemic error or reckless disregard of constitutional requirements“) in *Herring v. United States*, 555 U.S. 135 (2009), 1 ff. (Justice Roberts for the 5:4 majority); dazu *Dix* (Fn. 39), S. 386 f., 389. Ferner fehlender „bad faith“ bei unvollständiger Miranda-Belehrung zur Begründung der Ablehnung eines Beweisausschlusses in *Michigan v. Tucker*, 417 US 433 (1974). Zum Ganzen auch *Dix* (Fn. 39), S. 425 ff.

²⁰³ *Silverthorne Lumber v. United States*, 251 U.S. 385 (1920), 392 („The essence of a provision forbidding the acquisition of evidence in a certain way is that not merely evidence so acquired shall not be used before the Court but that it shall not be used at all.“); dazu schon *Ambos* (Fn. 37), S. 129 ff. m.w.N. – Beachte aber, dass das frühe common law eine solche Fernwirkung, jedenfalls bei einem rechtswidrig erlangtem Geständnis, nicht anerkannt hat, vgl. *Dix* (Fn. 152), S. 366; zur „fruit of the poisonous tree doctrine“ s. ferner *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471 (1963), S. 484, 487, 491 und *Whitebread/Slobogin*, *Criminal Procedure. An Analysis of Cases and Concepts*, 5 Aufl., New York 2008, § 2.04.

²⁰⁴ Verwertung des (sekundären) Beweismittels, wenn es sich auf eine andere, vom bemakelten (primären) Beweismittel unabhängige Quelle („independent source“) stützen lässt, s. schon *Silverthorne Lumber v. United States*, 251 U.S. 385 (1920), 392 („... this does not mean that the facts thus [rechtswidrig] obtained become sacred and inaccessible. If knowledge of them is gained from an independent source they may be proved like any others ...“); *Murray v. United States*, 487 US 533 (1988), 537 ff. („... permits the introduction of evidence initially discovered during, or as a consequence of, an unlawful search, but later obtained independently from lawful activities untainted by the initial illegality ...“; dabei wendet der Gerichtshof die Ausnahme auch auf erstmals rechtswidrig erlangte Beweise – „evidence initially discovered during ... an unlawful search“ – an); näher schon *Ambos* (Fn. 37), S. 131–4; jüngst *Dix* (Fn. 152), S. 414 ff. *Miller et al.* (Fn. 88), S. 379. Auch die Unschädlichkeit bestimmter Rechtsverletzungen („harmless error“), z.B. eines erzwungenen Geständnisses (vgl.

Miller et al. (Fn. 88), S. 566 m.w.N.), mit Blick auf das Urteil kann als Kausalitätsdurchbrechung verstanden werden, denn es fehlt insoweit am Beruhen des Urteils auf der festgestellten Verletzung. Den (fehlenden) Kausalzusammenhang betrifft auch die Trennung einer Verletzung der Privatsphäre (IV. Zusatzartikel) von der späteren Beweisgewinnung, dazu *Dix* (Fn. 152), S. 388.

²⁰⁵ *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984), 432, 440 ff. (Beweis „properly admitted ... on the ground that it would ultimately or inevitably have been discovered even if no violation of any constitutional provision had taken place.“; „preponderance of the evidence“ als Beweismaßstab); zust. *United States v. Christy*, 739 F3d 534 (10th Circuit 2014), 541 ff. (B.); näher *Ambos* (Fn. 37), S. 134–8 m.w.N.; jüngst *Dix* (Fn. 152), S. 412, 423 ff.; *Miller et al.* (Fn. 88), S. 379 f. (mit dem Hinweis, dass das „level of certainty required“ zur Feststellung der Unvermeidbarkeit der Entdeckung des Beweises und der damit zusammenhängende Beweismaßstab –,preponderance of the evidence“ – das Hauptproblem sei). – Zum Unterschied zwischen „independent source exception“ und „inevitable discovery“ s. den texanischen Fall *Wehrenberg v. State*, 416 S.W.3d 458 (Tex. Crim.App. 2013), Justice Alcala (für die Mehrheit), der bei jener eine völlige Durchbrechung der Kausalität („complete break in the causal chain“) und bei dieser einen hypothetischen Kausalverlauf („evidence would have eventually been discovered in a lawful manner ... inquiry into what might have ... happened“) sieht (zit. Nach *Miller et al.* (Fn. 88), S. 374 ff., 378); zu einem ähnliche „rationale“ aber *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984), 432, 441 ff. (im Kern auf die „equality of arms“ abstellend).

²⁰⁶ S. schon *Nardone v. United States*, 308 U.S. 338 (1939), 341 („Sophisticated argument may prove a causal connection between information obtained through illicit wire-tapping and the Government’s proof. As a matter of good sense, however, such connection may have become so attenuated as to dissipate the taint.“); *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471 (1963), 488 („... sufficiently distinguishable to be purged of the primary taint ...“); *New York v. Harris*, 495 U.S. 14 (1990) (Auf die Abschwächung des Kausalzusammenhangs komme es dann nicht an, wenn bereits der Schutzzweck der Norm [„purposes which the law serves“] nicht betroffen sei. So sei eine nach einer – rechtmäßig erfolgten – Verhaftung auf der Polizeistation erlangte Aussage verwertbar, wenn vor der Verhaftung eine Verletzung der Privatsphäre (durch unrechtmäßiges Betreten des Hauses des Beschuldigten) i.S.d. IV. Zusatzartikels stattgefunden habe; denn in diesem Fall stelle sich die Aussage nicht als Ausnutzung [„exploitation“] der Verletzung der Privatsphäre dar.); *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586 (2006), 592 wo die Abschwächung des Kausalzusammenhangs (durch Justice Scalia) – in Zusammenhang mit einer Verletzung der „knock-and-announce“ rule – damit begründet wird, dass dieser nicht mehr als notwendige, sondern nur noch als hinreichende Bedingung eines Verwertungsverbots anzusehen ist („... but-for causality is only a necessary, not a sufficient, condition for suppression. ... causation in the logical sense alone, ... can be too attenuated to justify exclusion ...“); jüngst *Utah v. Strieff*, 579 U.S. (2016), No. 14–1373 (Abschwächung des Kausalzusammenhangs, [if] „the connection between unconstitutional police conduct and the evidence is remote or has been interrupted by some intervening circumstance.“); zu einzelstaatlichen Besonderheiten s. *State v. Mayfield*, No.95632-4 (2019), S. 32 f. („We now explicitly adopt a state attenuation doctrine that is satisfied if, and only if, an unforeseeable intervening act genuinely severs the causal connection between official misconduct and the discovery of evidence. If such a superseding cause is present, then the evidence is not properly viewed as ‚fruit of the poisonous tree‘ but, instead, as ‚fruit‘ of the superseding cause. In such a case, the State derives no benefit from its officers’ unconstitutional actions. And because a superseding cause must, by definition, be unforeseeable, this narrow attenuation doctrine will not encourage officials to violate article I, section 7 in the hopes of discovering evidence.“). Näher zum Ganzen *Ambos* (Fn. 37), S. 139–44 m.w.N.; *Dix* (Fn. 152), S. 385 f., 418 ff.; *Miller et al.* (Fn. 88), S. 380 f.

rule“)²⁰⁹ sowie bei Verwendung von rechtswidrig erlangten (und für die Schuldfrage häufig ausgeschlossenen) Beweisen zur Klärung nicht schuldrelevanter Sachverhalte,²¹⁰ insbesondere zur Infragestellung der Glaubwürdigkeit des Beschuldigten/eines Zeugen bzw. der Glaubhaftigkeit seine Aussage („impeachment“).²¹¹ Im Rahmen von Miranda-Verletzungen wird die Verwertung eines späteren (ggf. zweiten) – nach einer Miranda-Belehrung und freiwillig abgegebenen – Geständnisses²¹² und von derivativ erlangten Beweismitteln (als „Früchte“ diese Aussage) grundsätzlich erlaubt;²¹³ strukturell ähnlich werden eine Hausdurchsuchung ohne richterliche

²⁰⁷ United States v. Leon, 468 U.S. 897 (1984), 898, 908 („Application of the exclusionary rule should continue where a Fourth Amendment violation has been substantial and deliberate ...“ [898, 909]; or their transgressions have been minor ...“ [908]); Utah v. Strieff, 579 U.S. (2016), No. 14–1373 (drei Kriterien heranziehend –, „temporal proximity“, „presence of intervening circumstances“ und „purpose and flagrancy of the official misconduct“ –, wobei in casu das letzte Kriterium verneint wurde); dazu auch *Ambos* (Fn. 37), S. 144.

²⁰⁸ Es geht um Fälle, in denen der Beschuldigte *nach* einer staatlichen Rechtsverletzung (weitere) Straftaten begeht, die dann durch andere (später erlangte) Beweise nachgewiesen werden, s. *Dix* (Fn. 152), S. 421 ff.

²⁰⁹ Jones v. United States, 362 U.S. 257 (1960), 261; dazu auch *Ambos* (Fn. 37), S. 144 f.; jüngst *Dix* (Fn. 152), S. 407 ff.; *Miller et al.* (Fn. 88), S. 383 ff.

²¹⁰ S. etwa United States v. Calandra, 414 U.S. 338 (1974), 338 f., 348 („application [der exclusionary rule] has been restricted to those areas where its remedial objectives are thought most efficaciously served.“, zB nicht in grand jury Verfahren); dazu auch *Dix* (Fn. 152), S. 404 ff.

²¹¹ S. z.B. Kansas v. Ventris, 556 U.S. 586 (2009), Syllabus m.w.N. („... this Court has held that tainted evidence is admissible for impeachment ...“). Dazu *Dix* (Fn. 152), S. 374 f., 429 ff.

²¹² Während Oregon v. Elstad, 470 U.S. 298 (1985), Syllabus u. 410 noch alleine auf die Freiwilligkeit der *späteren*, nach (nun) „proper Miranda warnings“ ergangenen, Aussage abgestellt hat, wurde in Missouri v. Seibert, 542 U.S. 600 (2004) verlangt, dass die zweite/spätere Vernehmung/Aussage sich deutlich von der ersten unterscheiden müsse (etwa aufgrund einer ausreichenden zeitlichen Unterbrechung), wobei in casu der Ermittlungsbeamte die Miranda-Belehrung bei der ersten Vernehmung vorsätzlich unterlassen hat, um auf diese Weise das (gleiche) Geständnis nach erfolgter Miranda-Belehrung (nochmal) zu erhalten. In Bobby v. Dixon, 565 U.S. 23 (2011) wurde der Beschuldigte vor seiner zweiten Vernehmung, in der er eine „taped confession“ abgab, zweimal ausreichend belehrt und hatte schriftlich einen „waiver“ erklärt; im Gegensatz zu Missouri v. Seibert war das spätere/zweite Geständnis nicht nur eine Wiederholung des früheren/ersten, was ohne Belehrung abgegeben worden war, weshalb es für verwertbar gehalten wurde. Es bleibt also bei der grundsätzlichen Möglichkeit der Verwertung einer zweiten/späteren Aussage nach entsprechender Miranda-Belehrung und zulässigem Verzicht. Dazu auch *Miller et al.* (Fn. 88), S. 564 f.; *Dix* (Fn. 152), S. 41 f., 367 f.

Zum Sonderproblem der Versprechen an und Täuschung von Beschuldigten und der Auswirkung auf die Verwertbarkeit von Geständnissen s. *Dix* (Fn. 152), S. 352 ff.

²¹³ United States v. Patane, 542 U.S. 630 (2004) Syllabus (kein über das Selbstbelastungsverbot hinausreichender Schutz mit Blick auf weitere [physische] Beweismittel, die aufgrund einer ohne Miranda-Belehrung, aber gleichwohl freiwillig erfolgten Aussage erlangt wurden). Dazu und zur insoweit strengeren Anwendung der Fernwirkungslehre bei Verletzungen des VI. Zusatzartikels und der due process Garantie *Miller et al.* (Fn. 88), S. 565 f.; dazu auch *Dix* (Fn. 152), S. 366 ff. (der bei aus einem rechtswidrigen Geständnis erlangter „nonconfession evidence“ auf Kausalitätsüberlegungen abstellen will, nämlich ob diese sonstigen Beweismittel nicht anders hätten erlangt werden können [368]; dies erinnert an die „inevitable discovery“, o. Fn. 205); zu Patane ebd., S. 413 f.

Anordnung als Fortsetzung einer vorherigen richterlich angeordneten Hausdurchsuchung gesehen und dabei „in plain view“ entdeckte Beweise für verwertbar erklärt.²¹⁴ Auch wird das – klassisch inquisitorische – Prinzip der Wahrheitssuche angeführt.²¹⁵

Dabei hat die Rechtsprechung an der Abschreckung polizeilichen Fehlverhaltens und der damit zusammenhängenden polizeilichen Disziplinierung – trotz Kritik,²¹⁶ vor allem wegen der schwierigen Nachweisbarkeit solcher Effekte²¹⁷ und (möglicherweise wirksamerer) alternativer Sanktionsmöglichkeiten²¹⁸ – als Hauptzweck des Beweisausschlusses festgehalten²¹⁹ und einen solchen häufig gerade mit

²¹⁴ United States v. Echegoyen, 799 F2d 1271 (9th Circuit 1986), 1280: second (warrantless) search „as a continuation“ of „initial lawful entry“ ist „valid“ und new evidence „observed in plain view ... should not be suppressed“.

²¹⁵ United States v. Leon, 468 U.S. 897 (1984), 907 (Ausschluss „would impede unacceptably the truth-finding function of judge and jury“ [907]); ähnlich Nix v. Williams, 467 U.S. 431 (1984), 432 („... enormous societal cost of excluding truth in the search for truth ...“); Murray v. United States, 487 U.S. 533 (1988), 537 („public interest“ in „having juries receive all probative evidence...“); Herring v. United States, 555 U.S. 135 (2009), Justice Roberts, para. II. B.1. („costly toll upon truth-seeking“ der Ausschlussregel, „letting guilty and possibly dangerous offenders go free“, m.w.N.); auch Michigan v. Tucker, 417 U.S. 433 (1974), 446 ff. (kein Beweisausschluss bei unvollständiger Miranda-Belehrung, weil Aussage jedenfalls verlässlich, s. schon o. Fn. 157).

²¹⁶ Honig (Fn. 28), S. 46 f., fragt sich, ob ein Beweisausschluss dann nicht mehr notwendig sein soll, wenn die Polizei „hinreichend diszipliniert ist“; differenzierend *Ambos* (Fn. 37), S. 19 f., 50 (kritisch zur reflexhaften Ablehnung des Disziplinierungsgedankens in der deutsche Lit.).

²¹⁷ Vgl. Z.B. United States v. Janis, 428 U.S. 433 (1976), 459 („Whether the exclusionary rule is a deterrent has not yet been demonstrated.“, „absence of convincing empirical evidence“); s. auch *Miller et al.* (Fn. 88), S. 358, 574 m.w.N.

²¹⁸ Zu solchen „alternative remedies“ *Miller et al.* (Fn. 88), S. 391 ff. (bzgl. rechtswidriger Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen), 574 ff. (bzgl. rechtswidriger Vernehmungen).

²¹⁹ Grdl. *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961), 648 („This Court has ever since required of federal law officers a strict adherence to that command which this Court has held to be a clear, specific, and constitutionally required—even if judicially implied—*deterrent safeguard* without insistence upon which the Fourth Amendment would have been reduced to ‘a form of words.’“ [bezugnehmend auf *Weeks v. U.S.*; Herv. K.A.]); dagegen Dissenting Opinion Harlan, *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961), 684 f. („... we are concerned not with an appropriate remedy for what the police have done, but with something which is regarded as going to the heart of our concepts of fairness in judicial procedure. ... This, and not the disciplining of the police, as with illegally seized evidence, is surely the true basis for excluding a statement of the accused which was unconstitutionally obtained.“); *United States v. Calandra*, 414 U.S. 338 (1974), 347 f. (exclusionary rule als „judicially created remedy designed to safeguard Fourth Amendment rights generally through its deterrent effect on future unlawful police conduct, rather than a personal constitutional right of the party aggrieved.“); *Michigan v. Tucker*, 417 US 433 (1974), 446 f. („aimed at deterring willful or negligent deprivation“); *United States v. Janis*, 428 U.S. 433 (1976), 443 ff. („to deter future unlawful police conduct“ als „prime, it not the sole purpose“); *Illinois v. Krull*, 480 US 340 (1987), 347 (Abschreckung als „basic“ oder „prime purpose“); *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984), 432 („to deter police from violations ... notwithstanding the high social

der Begründung abgelehnt, dass er zu Abschreckungszwecken nicht notwendig sei (mangels systematischen oder willentlichen polizeilichen Fehlverhaltens)²²⁰ oder der Abschreckungseffekt so gering sei, dass er die „gesellschaftlichen Kosten“ des Beweisausschlusses nicht überwiege.²²¹ Diese Einschränkungen bzw. Ausnahmen der exclusionary rule haben diese, so ließe sich argumentieren, von der Regel zur Ausnahme²²² oder doch zumindest zu einer Art „last resort“²²³ gemacht.

cost of letting obviously guilty persons go unpunished.“); *Arizona v. Evans*, 514 US 1 (1995), 2, 10 f. („... remedy designed to safeguard against future violations ... through its deterrent effect.“); *State v. Williams*, 192 N.J. 1, 14 (2007), V. A. („Suppressing evidence sends the strongest possible message that constitutional misconduct will not be tolerated and therefore is intended to encourage fidelity to the law.“); *Herring v. United States*, 555 U.S. 135 (2009), 1 (Beweisausschluss kein „individual right“ und nur bei „deterrent effect“ anwendbar); *State v. Shannon*, 222 N.J. 576 (2015), 597 (Hauptzweck der „exclusionary rule“ „deterrence of future unlawful police conduct“); *Utah v. Strieff*, 579 U.S. (2016), No. 14–1373 („unlikely that the prevalence of outstanding warrants will lead to dragnet searches by police.“). Dazu auch *Ambos* (Fn. 37), S. 130; *Dix* (Fn. 152), S. 381 f. (krit. weil eher intuitiv und keine empirische Erkenntnisse, mitunter kontraproduktiv weil Umgehung), 388 f. („primarily ... by deterrence...“), 411.

²²⁰ S. etwa *Michigan v. Tucker*, 417 US 433 (1974), 447 („wilful or negligent deprivation of accused’s rights“ durch Polizei erforderlich); *Massachusetts v. Shepard*, 468 US 981 (1984), 982, 990 f. (keine Abschreckungswirkung weil der „critical mistake“ durch Richter, nicht Polizist gemacht wurde); *Illinois v. Krull*, 480 US 340 (1987) („little deterrent effect“, weil Polizei „objectively reasonable“ auf Gesetz vertraut hat); *Arizona v. Evans*, 514 US 1 (1995), 2 f., 4, 14 f. („... no sound reason to apply the exclusionary rule as a means of deterring misconduct“, weil Fehler durch Gerichtsangestellte); *Herring v. United States*, 555 U.S. 135 (2009), 1 ff. (keine „systemic error or reckless disregard ...“).

²²¹ *United States v. Janis*, 428 U.S. 433 (1976), 433 f., 447 ff. (Abschreckungseffekt muss nachweisbar sein, sonst „societal costs“ des Beweisausschlusses zu hoch); *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984), 432 (bei „inevitable discovery“ hat „deterrence rationale ... so little basis that the evidence should be received“); *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984) (Abwägung „social costs“ mit Blick auf Abschreckungswirkung); *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586 (2006), 591 (Beweisausschluss nur „where its deterrent benefits outweigh its ‚substantial social costs‘“); *Herring v. United States*, 555 U.S. 135 (2009) (Beweisausschluss nur „where its deterrent effect outweighs the substantial cost of letting guilty and possibly dangerous defendants go free.“). Nach *Miller et al.* (Fn. 88), S. 359, 362 beschränkt der Supreme Court den Ausschluss im Kern auf die Hauptbelastungsbeweise der Staatsanwaltschaft („evidence from the prosecution’s case in chief“), weil nur dort ein „sufficient deterrent benefit“ zu erwarten sei; der Abschreckungseffekt müsse die „social costs of exclusion“ klar überwiegen.

²²² *Miller et al.* (Fn. 88), S. 362 („... consider whether the exceptions to the exclusionary rule have now swallowed the rule itself.“).

²²³ In *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586 (2006), 591 hat der Supreme Court ziemlich apodiktisch festgestellt, dass „[S]uppression of evidence ... has always been our last resort, not our first impulse.“ Aus historischer Sicht ist das, wie hier gezeigt, zweifelhaft, aber es entspricht der jüngeren Rspr., s. auch *Dix* (Fn. 152), S. 390 („... position of a majority of the current court ...“).