

Herausgeber
Prof. Dr. Andreas Hoyer
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn
Schriftleitung
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Redaktion (national)
Prof. Dr. Stefanie Bock
Prof. Dr. Michael Heghmanns
Prof. Dr. Holm Putzke
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Anne Schneider
Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn
Prof. Dr. Markus Wagner
Prof. Dr. Frank Zimmermann
Redaktion (international)
Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, Richter am Kosovo Sondertribunal, Den Haag
International Advisory Board
Webmaster
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung
Wiss. Mitarbeiter Dennis Klein
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Lektorat fremdsprachiger Beiträge
Gustavo Urquiza
Jaime Winter Etcheberry
Internetauftritt
René Grellert
ISSN
2750-8218

3/2023  
2. Jahrgang

S. 131-218

## Inhalt

### DAS SCHWEIGERECHT IM STRAFVERFAHREN – DER NEMO-TENETUR-GRUNDSATZ IN INTRADISZIPLINÄRER UND VERGLEICHENDER PERSPEKTIVE

#### Einführung zum Inhalt der aktuellen Ausgabe

Das Schweigerecht im Strafverfahren – Der nemo-tenetur-Grundsatz in intradisziplinärer und vergleichender Perspektive

Einführung zum Inhalt der aktuellen Ausgabe

Von Prof. Dr. Stefanie Bock, Marburg, Prof. Dr. Andreas Th. Müller, Basel

131

#### AUFSÄTZE

##### Strafprozessrecht

Nemo tenetur – Ein grundrechtlicher Aufriss

Von Prof. Dr. Christoph Bezemek, BA, LL.M. (Yale), Graz

132

Nemo-tenetur-Grundsatz und Menschenwürde: Zum Menschenwürdekern der Selbstbelastungsfreiheit

Von Prof. Dr. Mathias Hong, Kehl

143

Der nemo-tenetur-Grundsatz als Ausfluss des Widerstandsrechts bei Thomas Hobbes

Von Assoz. Prof. PD Dr. Marie-Luisa Frick, Universität Innsbruck

146

Gehalt und Reichweite des Schweigerechts im Verbandsstrafrecht

Von Prof. Dr. Ingeborg Zerbes, Wien

151

Nemo tenetur se detegere – was gilt in Italien?

Ein Grundsatz im Wandel konkurrierender Interessen

Von Assoz. Prof. Dr. Margareth Helfer, Universität Innsbruck

156

Der nemo-tenetur-Grundsatz im US-amerikanischen Recht

Von Univ.-Prof. Dr. Verena Murschetz, LL.M. (UCLA), Innsbruck

164

Der nemo-tenetur-Grundsatz im schweizerischen Strafverfahrensrecht – für natürliche und juristische Personen

Von Dr. Lukas Staffler, LL.M. (London), Zürich, RA Oliver Jany, Zürich

169

Verbotener Zwang zur Selbstbelastung, Aussagefreiheit und angemessene Verteidigung aus der Sicht des österreichischen Strafprozessrechts

Von Prof. Dr. Andreas Venier, Universität Innsbruck

176

<b>Herausgeber</b>
Prof. Dr. Andreas Hoyer
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn
<b>Schriftleitung</b>
Prof. Dr. Thomas Rotsch
<b>Redaktion (national)</b>
Prof. Dr. Stefanie Bock
Prof. Dr. Michael Heghmanns
Prof. Dr. Holm Putzke
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Anne Schneider
Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn
Prof. Dr. Markus Wagner
Prof. Dr. Frank Zimmermann
<b>Redaktion (international)</b>
Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, Richter am Kosovo Sondertribunal, Den Haag
International Advisory Board
<b>Webmaster</b>
Prof. Dr. Thomas Rotsch
<b>Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung</b>
Wiss. Mitarbeiter Dennis Klein
Prof. Dr. Thomas Rotsch
<b>Lektorat fremdsprachiger Beiträge</b>
Gustavo Urquizo
Jaime Winter Etcheberry
<b>Internetauftritt</b>
René Grellert
<b>ISSN</b>
2750-8218

3/2023  
2. Jahrgang

S. 131-218

## Inhalt (Forts.)

### AUFSÄTZE (Forts.)

#### Europäisches Strafrecht

- Die Richtlinie (EU) 2016/343 und der nemo-tenetur-Grundsatz im Unionsrecht  
Von Prof. Dr. Andreas Th. Müller, LL.M. (Yale), Basel 180
- Viel Lärm um Nichts? Kritische Überlegungen zum Mehrwert der EU-Richtlinie über die  
Unschuldsvermutung  
Von Prof. Dr. Stefanie Bock, Marburg 189
- Zur rechtshilferechtlichen Dimension des Schweigerechts  
Von Prof. Dr. Dominik Brodowski, Saarbrücken 197

### AUFSÄTZE

#### Strafrecht

- Die rätselhaften Debatten zum strafrechtlichen Rechtsgüterschutz – wieso gelingt es  
so selten, die strafrechtliche Gesetzgebung zu begrenzen?  
Zum 90. Geburtstag von Wolfgang Naucke am 8. Juni 2023  
Von Prof. Dr. Monika Frommel, Kiel 203

### ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN

#### Strafanwendungsrecht

- BGH, Urt. v. 24.11.2022 – 3 StR 64/22  
(Zum Begriff der Inlandstat)  
(Wiss. Mit. Dennis Klein, Gießen) 211

# Das Schweigerecht im Strafverfahren – Der nemo-tenetur-Grundsatz in intradisziplinärer und vergleichender Perspektive

Einführung zum Inhalt der aktuellen Ausgabe

Von Prof. Dr. Stefanie Bock, Marburg, Prof. Dr. Andreas Th. Müller, Basel

Dass beschuldigte Personen das Recht haben, zu schweigen, die Aussage zu verweigern und sich nicht selbst zu belasten, gehört zu den Selbstverständlichkeiten rechtsstaatlicher Verfahren. Doch wie es so häufig bei Selbstverständlichkeiten der Fall ist, wird auch der nemo-tenetur-Grundsatz komplexer je näher man hinschaut. Dann offenbart sich nämlich, dass er multidimensional geprägt ist – durch nationale Verfassungsvorgaben, universelle und regionale Menschenrechtssysteme, primäres und sekundäres Unionsrecht sowie strafprozessuale Regelungen und ihre praktische Umsetzung. Erschwert wird die Erfassung des Regelungsgehalts des Schweigerechts dadurch, dass die geschriebenen Regelungen – sofern es überhaupt welche gibt – kursorisch sind; die Beantwortung von Detailfragen und die Konkretisierung von Graubereichen ist weitgehend der Rechtsprechung überantwortet. Dass dies in Mehrebenensystemen mit ihren zahlreichen Akteuren zu Spannungen und Widersprüchen führt, liegt auf der Hand. Sie aufzudecken, möglicherweise aufzulösen und über die Bedeutung des nemo-tenetur-Grundsatzes in modernen, häufig transnationalen Strafverfahren zu diskutieren, war Ziel des internationalen und intradisziplinären Workshops „Schweigerecht im Strafverfahren“, der am 9. Januar 2023 an der Universität Innsbruck stattgefunden hat. Wir freuen uns, mit dieser Sonderausgabe die Beiträge und Ergebnisse des Workshops nun der breiten Fachöffentlichkeit präsentieren zu können und hoffen, Impulse für weitere Diskussionen und Forschungen zu geben.

Den Auftakt macht *Christoph Bezemek*, Universität Graz, der die grund- und menschenrechtliche Rechtsprechung der österreichischen und deutschen Verfassungsgerichte sowie des EGMR zum Schweigerecht vergleichend und unter Berücksichtigung der historischen Entwicklung des nemo-tenetur-Grundsatzes untersucht.<sup>1</sup> Anschließend macht sich *Mathias Hong*, Hochschule Kehl, daran, den Menschenwürdekern der Selbstbelastungsfreiheit zu identifizieren,<sup>2</sup> bevor *Marie-Luisa Frick*, Universität Innsbruck, sich in rechtsphilosophischer Hinsicht mit der Verankerung des nemo-tenetur-Grundsatzes im Widerstandsrecht bei Thomas Hobbes befasst.<sup>3</sup> *Ingeborg Zerbes*, Universität Wien, lenkt den Blick sodann auf eine zentrale Gegenwartsfrage und erörtert Gehalt und Reichweite des Schweigerechts im Verbandsstrafrecht.<sup>4</sup> Die Vielschichtigkeit und Interpretationsoffenheit des nemo-tenetur-Grundsatzes offenbart sich sodann in den Beiträgen über die nationale Ausgestaltung von Schweigerecht und Selbstbelastungsfreiheit in Italien (*Margareth Helfer*, Universität Innsbruck),<sup>5</sup> den USA (*Verena Murschetz*, Universität

Innsbruck),<sup>6</sup> der Schweiz (*Lukas Staffler* und *Oliver Jany*, Universität Zürich)<sup>7</sup> und Österreich (*Andreas Venier*, Universität Innsbruck)<sup>8</sup>. Anschließend richtet sich der Fokus auf das Unionsrecht, genauer gesagt die 2016 von der Union erlassene Richtlinie zur Stärkung bestimmter Aspekte der Unschuldsvermutung. Während *Andreas Th. Müller*, Universität Basel, die neue sekundärrechtliche Manifestation des Schweigerechts ins Verhältnis zu dem in der Grundrechtecharta verankerten primärrechtlichen nemo-tenetur-Grundsatz setzt,<sup>9</sup> geht *Stefanie Bock*, Philipps-Universität Marburg, der Frage nach, ob die Richtlinie zu einer effektiven Verbesserung der Rechtsposition beschuldigter Personen geführt hat<sup>10</sup>. Abschließend zeigt *Dominik Brodowski*, Universität des Saarlandes, auf, wie sich unterschiedliche Konzeptionen und Verständnisse des Schweigerechts auf die internationale Rechtshilfe in Strafsachen auswirken können.<sup>11</sup>

Dank gilt allen am oben genannten Workshop Teilnehmenden und Mitdiskutierenden sowie insbesondere jenen, die im Vorfeld und im Verlauf zu dessen Gelingen beigetragen haben, namentlich Frau *Paula Fetkötter*, Frau *Andrea Gruber*, Frau *Gabriele Pedroß-Schwank* sowie Frau Mag. *Theresa Weiskopf*. Ein herzlicher Dank gebührt auch dem Team der Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft für die engagierte redaktionelle Betreuung und die Ermöglichung einer zeitnahen Veröffentlichung der Tagungsbeiträge.

<sup>1</sup> *Bezemek*, ZfIStw 3/2023, 132.

<sup>2</sup> *Hong*, ZfIStw 3/2023, 143.

<sup>3</sup> *Frick*, ZfIStw 3/2023, 146.

<sup>4</sup> *Zerbes*, ZfIStw 3/2023, 151.

<sup>5</sup> *Helfer*, ZfIStw 3/2023, 156.

<sup>6</sup> *Murschetz*, ZfIStw 3/2023, 164.

<sup>7</sup> *Staffler/Jany*, ZfIStw 3/2023, 169.

<sup>8</sup> *Venier*, ZfIStw 3/2023, 176.

<sup>9</sup> *Müller*, ZfIStw 3/2023, 180.

<sup>10</sup> *Bock*, ZfIStw 3/2023, 189.

<sup>11</sup> *Brodowski*, ZfIStw 3/2023, 197.

*Weder die österreichische oder die deutsche Verfassung noch die EMRK sehen explizit ein Schweigerrecht des Beschuldigten im Strafverfahren im Sinne eines „nemo-tenetur-Grundsatzes“ vor. Der Beitrag ist diesem Schweigen, was das Schweigen anlangt, gewidmet und analysiert vergleichend die Rechtsprechung der jeweils zuständigen Gerichte vor dem Hintergrund der historischen Entwicklung des Grundsatzes.*

## I. Schweigen über Schweigen

Über das Schweigen schweigt die Verfassung. In Österreich ebenso wie in Deutschland. Da wie dort ist das, was gemeinhin unter dem „sogenannten ‚nemo-tenetur-Grundsatz‘“<sup>1</sup> firmiert, nicht explizit grundgesetzlich festgemacht. Nämliches gilt für den grundrechtlichen Rahmen, der die beiden Gemeinwesen umspannt: Auch die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), der in der österreichischen Rechtsordnung auch formal Verfassungsrang zukommt,<sup>2</sup> weist keine entsprechende Rechtsposition aus.<sup>3</sup>

Dieses Schweigen scheint zwar auf den ersten Blick nicht unbedingt beredt, impliziert aber auch nicht, dass sich die jeweilige (Grund-)Rechtsordnung über einen solchen Grundsatz verschweigen würde. Im Gegenteil: Sowohl die österreichische als auch die deutsche Verfassung, aber auch die EMRK zählen mit der einschlägigen Rechtsprechung das Verbot des Zwangs zur Selbstbezeichnung zu ihrem festen Repertoire. Und doch werden Verortung und Ableitung des Grundsatzes in so verschiedener Art (und darüber mit so verschiedener Ausrichtung und so verschiedener Extension) vorgenommen, dass über die Verschiedenheit der Facettenreichtum des Gegenstandes mit besonderer Deutlichkeit zu

Tage tritt. Oder anders (und damit das Ergebnis der hier angestellten Überlegungen vorwegnehmend): dass es den nemo-tenetur-Grundsatz als solchen gar nicht gibt.

Vor diesem Hintergrund unternimmt es der vorliegende Beitrag zunächst, die jeweilige Rechtslage in ihrer Handhabung in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung zu umreißen (II.), um sodann – und darauf aufbauend – eine Entflechtung der einzelnen Stränge, die das Gewirke des nemo-tenetur-Grundsatzes ausmachen, zu erreichen (III.) und schließlich das solcherart Aufgetrennte zu ordnen und (über diese Ordnung ins Verhältnis gesetzt) aufs Neue zusammenzuführen (IV.).

## II. Orte des Schweigens

### I. Wien

Die Rechtsprechung des österreichischen Verfassungsgerichtshofs (VfGH) findet das Gesuchte dort, wo es zunächst nur wenige vermuten würden: im Anklageprinzip (bzw. -grundsatz)<sup>4</sup> gem. Art. 90 Abs. 2 B-VG. Unvermutet ist die Fundstelle deshalb, weil es dort schlicht heißt: „Im Strafverfahren gilt der Anklageprozess.“ Daraus folgt zunächst (was nicht weiter umstritten ist) organisatorisch, dass im Strafverfahren vor den (ordentlichen)<sup>5</sup> Gerichten die Funktion des Anklägers und jene des Richters zu trennen sind (formelles Anklageprinzip).<sup>6</sup> Der VfGH geht freilich deutlich darüber hinaus und stellt dem formellen Anklageprinzip seit 1966 ausdrücklich ein „materielles“ zur Seite,<sup>7</sup> das zuvor allenfalls als stillschweigend bedungene Voraussetzung der einschlägigen Rechtsprechung betrachtet wurde.<sup>8</sup> Da nämlich befand der VfGH:

\* Ich danke *Stefanie Bock* und *Andreas Th. Müller* für wertvolle Anmerkungen und *Raphael Trkmic* für seine Unterstützung bei der Recherche.

<sup>1</sup> VfSlg 18.927/2009.

<sup>2</sup> Dazu bereits, mit näherem Ausweis des – judikativen – Entwicklungsprozesses hin zur verfassungsrechtlichen Verankerung der EMRK in Österreich, *Bezemek*, Grundrechte in der Rechtsprechung der Höchstgerichte, 2016, S. 30.

<sup>3</sup> Nämliches gilt für die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, die insoweit den (impliziten) Gehalt der EMRK in ihren Bestand übernimmt. Vgl. dazu nur die Darstellung bei *Kröll*, in: *Holoubek/Lienbacher* (Hrsg.), GRC Kommentar, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2. Aufl. 2019, Art. 48 Rn. 35 ff. Eigenständige Akzente vermochte die Rspr. des EuGH in diesem Zusammenhang im Bereich des Wettbewerbsrechts zu setzen – vgl. dazu etwa die instruktive Darstellung im Kontext der Unschuldsvermutung *Mickonytė*, *Presumption of Innocence in EU Anti-Cartel Enforcement*, 2019, S. 176 ff. Anderes gilt auf Ebene des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR), dessen Art. 14 Abs. 3 lit. g ein Verbot erzwungener Selbstbelastung enthält – vgl. dazu nur die Darstellung bei *Taylor*, *A Commentary on the International Covenant on Civil and Political Rights: The UN Human Rights Committee's Monitoring of ICCPR Rights*, 2020, S. 414 ff.

<sup>4</sup> Hier ist man sich terminologisch nicht ganz sicher, wobei gesichert scheint, dass die Unsicherheit kein Grund zur Verunsicherung ist, vgl. *Khakzadeh-Leiler*, in: *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg.), *Rill-Schäffer-Kommentar, Bundesverfassungsrecht*, 16. Lfg., Stand: 2015, Art. 90 Rn. 28. Gemessen an den terminologischen Kapriolen, die um das gegenständliche Phänomen geschlagen werden (unten III. 1.), ist das vernachlässigbar.

<sup>5</sup> Immerhin befinden wir uns im Teil B des III. Hauptstücks des B-VG. Und der ist der „ordentlichen Gerichtsbarkeit“ gewidmet – vgl. dazu etwa mit kritischem Blick auf die Rspr. die Darstellung bei *Muzak*, *Bundes-Verfassungsrecht, Kommentar*, 6. Aufl. 2020, Art. 90 Rn. 4. In der Rechtsprechung des VfGH sollte vor allem das anwaltliche Standesrecht reichlich Gelegenheit bieten, die entsprechende Abgrenzung zu betonen – vgl. etwa VfSlg 12.462/1990, 13.762/1994, 15.585/1999, 16.551/2002, 16.552/2002, 17.456/2005, 17.505/2005, 17.823/2006, 18.927/2009, 19.301/2011.

<sup>6</sup> Vgl. für die gegenwärtige Kommentarliteratur nur *Grabewarter/Frank*, *Bundes-Verfassungsgesetz und Grundrechte, Kurzkommentar*, 2020, Art. 90 Rn. 3 mit weiteren Hinweisen. Aus historischer Perspektive vgl. bereits *Friedmann*, *Zeitschrift für das Private und Öffentliche Recht der Gegenwart* 1890, 41.

<sup>7</sup> Das der VfGH seit VfSlg 9950/1984 als solches bezeichnet.

<sup>8</sup> Vgl. insbesondere VfSlg 4297/1962.

„Der Anklageprozeß bewirkt aber auch, daß der Beschuldigte nicht Objekt des Verfahrens, sondern Subjekt, also Prozeßpartei ist. Dem Anklageprinzip würde es widerstreiten, den Beschuldigten, sei es durch physischen oder psychischen Zwang, zu einem Geständnis der strafbaren Handlung zu zwingen, denn dies wäre mit der Parteistellung des Beschuldigten unvereinbar.“<sup>9</sup>

Der so vorgenommene Perspektivenwechsel bedingte, eine Differenzierung – und über die Differenzierung eine Ausweitung – vorzunehmen: Während der Anklageprozess in formaler Lesart weiterhin auf die ordentliche Gerichtsbarkeit fokussiert blieb,<sup>10</sup> sollte das „Anklageprinzip in seiner materiellen Bedeutung [...] kraft Größenschlusses auch für das Verwaltungsstrafverfahren maßgeblich“ sein.<sup>11</sup> Denn ist es, wie der VfGH bereits in seiner Vorjudikatur festgehalten hatte, „im gerichtlichen Strafverfahren verfassungsgesetzlich verboten, den Angeklagten zu einem Geständnis zu zwingen, kann dies nicht vor Beginn des Strafprozesses im weitesten Sinn verfassungsmäßig sein, noch dazu, wenn das behördliche Handeln allenfalls zu einem gerichtlichen Strafverfahren führen kann und dort die Ergebnisse des behördlichen Handelns verwertet werden sollen.“<sup>12</sup>

Nemo tenetur löst sich mit Hilfe dieses „Größenschlusses“ von seinem organisatorischen Ursprung und erlangt über die extensive Handhabung des VfGH einen rechtsstaatlichen Selbststand, der im Anklageprozess des Art. 90 Abs. 2 B-VG, was Wortlaut und Systematik betrifft, allenfalls eine lose Verankerung findet.<sup>13</sup> Im Gefolge dieser Emanzipation gilt aus verfassungsrechtlicher Perspektive,

„daß eine Gesetzesbes[t]immung mit diesem Grundsatz dann nicht im Einklang steht, wenn sie den (im Verwaltungsstrafverfahren oder in einem Stadium vor Einleitung eines Strafverfahrens im weitesten Sinn) Beschuldigten unter Strafsanktion zwingt, ein Geständnis seines strafbaren Verhaltens abzulegen.“<sup>14</sup>

<sup>9</sup> VfSlg 5295/1966.

<sup>10</sup> Vgl. bereits VfSlg 4557/1963: „Für eine Beurteilung des Verwaltungsgeschehens, das den Gegenstand der Verfassungsgerichtshofbeschwerde bildet, kommt Art. 90 Abs. 2 B.-VG. in keiner Weise in Betracht. Er besagt, daß im Strafverfahren der Anklageprozeß gilt. Er gilt, wie sich aus seiner Stellung im Dritten Hauptstück des B.-VG., Abschn. B, ‚Gerichtsbarkeit‘ ergibt, nur für das gerichtliche Strafverfahren. Der einfache Gesetzgeber ist daher nicht gehalten, auf anderen Gebieten, etwa im Verwaltungsstrafverfahren oder bei Disziplinarvorschriften, das Anklageprinzip einzuhalten.“

<sup>11</sup> VfSlg 9950/1984. Vgl. in weiterer Folge insbesondere auch VfSlg 10.291/1984.

<sup>12</sup> VfSlg 5235/1966. Zur weiteren Entwicklung vgl. insbesondere VfSlg 12.454/1990 und VfSlg 14.987/1997.

<sup>13</sup> Kritisch dementsprechend das einschlägige Schrifttum – dazu unten 2.

<sup>14</sup> VfSlg 9950/1984. Zur Einordnung vgl. nur die Darstellung bei Mayer, *ecolex* 2014, 745 (746).

Das, was dergestalt als „Geständnis“ zu werten ist, erweist sich mit der Rechtsprechung als vielgestaltiges Phänomen, das mit Blick auf das „Anklageprinzip in seiner materiellen Bedeutung“ einer materiellen Lesart dergestalt anheimgestellt wird,<sup>15</sup> dass die Frage zu beantworten ist, ob ein „Einbekenntnis [...] in seiner Wirkung einem Geständnis in bezug auf eine (bereits oder erst künftig) zur Last gelegte Tat derart nahe[kommt], daß es materiell einem solchen gleichgesetzt werden muß“.<sup>16</sup>

Dementsprechend gilt neben dem erzwungenen Tatbekenntnis<sup>17</sup> auch etwa die Beschlagnahme von Unterlagen, die einem berufsmäßigen Parteienvertreter anvertraut wurden, als Geständnis im vorgenannten Sinn,<sup>18</sup> ebenso wie insgesamt all jene Fälle, in denen „die erzwungene Erklärung angesichts der sie begleitenden Umstände den für das Vorliegen und den Nachweis eines Straftatbestandes typischerweise entscheidenden Hinweis gibt“.<sup>19</sup> Ebendiesen entscheidenden Hinweis der Physis des Beschuldigten zu entnehmen, also ihn zu verhalten, seinen Körper zum Beweismittel gegen sich selbst einzusetzen,<sup>20</sup> trifft, dieser Betrachtung folgend, auf ähnliche Bedenken:

<sup>15</sup> Vgl. nur die zusammenführende Darstellung bei Hiesel, in: Tades/Danzl/Graninger (Hrsg.), *Ein Leben für Rechtskultur*, Festschrift für Robert Dittrich zum 75. Geburtstag, 2000, S. 758 (766 ff.).

<sup>16</sup> VfSlg 9950/1984.

<sup>17</sup> Schon VfSlg 5295/1966: „Dem Anklageprinzip würde es widerstreiten, den Beschuldigten, sei es durch physischen oder psychischen Zwang, zu einem Geständnis der strafbaren Handlung zu zwingen.“

<sup>18</sup> VfSlg 10.291/1984.

<sup>19</sup> VfSlg 15.600/1999. Damit sind Auskunfts- und Mitwirkungspflichten nicht grundsätzlich ausgeschlossen (vgl. etwa VfSlg 11.549/1987, 18.550/2008 oder VfGH 28.2.2022, E 870/2021 u.a.), vielmehr ist die jeweilige Zielrichtung entscheidend – dazu nur Berka/Binder/Kneihs, *Die Grundrechte, Grund- und Menschenrechte in Österreich*, 2. Aufl. 2019, S. 872. – Mit Blick auf die Mitwirkungspflichten unterscheidet der VfGH seit VfSlg 5295/1966 folgendermaßen: „Die Mitwirkung kann aktiv oder passiv gestaltet werden. Der Beschuldigte darf also gegebenenfalls am Tatort keine Veränderung vornehmen, solange nicht der Sachverhalt von der Behörde festgehalten ist, darf keine Spur verwischen, hat aber auch die Entnahme verbrauchter Atemluft zu dulden, weil sonst dieses Beweismittel verlorengehen würde. Auch dies beinhaltet eine Mitwirkung an der Feststellung des Sachverhaltes. Durch eine solche Mitwirkung wird der Beschuldigte aber keineswegs unter Strafsanktion gezwungen, sich selbst einer strafbaren Handlung zu bezichtigen, er wird aber allenfalls gehindert, Spuren zu verwischen oder die Sicherung wesentlicher Beweismittel zu hintertreiben. Ein solcher Zwang verstößt gegen keine verfassungsgesetzliche Bestimmung, insbesondere auch nicht gegen Art. 90 B-VG.“

<sup>20</sup> Mit umfassendem Ansatz Thienel, *Anklageprinzip und Zeugnisenstrafrecht*, 1991, S. 22 ff.

„Jeder gegen einen Beschuldigten gerichtete behördliche Eingriff, der diesen unter Strafsanktion verpflichtet, an der Wahrheitsfindung durch ein mündliches Geständnis oder dergestalt mitzuwirken, daß er seinen Körper für medizinische Eingriffe, mit anderen Worten als Beweismittel (gegen sich selbst) zur Verfügung stellt, widerspricht dem Anklageprinzip.“<sup>21</sup>

## 2. Straßburg

Den nemo-tenetur-Grundsatz, wie hier skizziert, richter(recht)lich aus dem Anklageprinzip zu entwickeln, ist im (österreichischen) Schrifttum erheblicher,<sup>22</sup> wenngleich folgenloser,<sup>23</sup> Kritik begegnet, die sich im Wesentlichen dergestalt auf den Punkt bringen lässt, „[d]ie Ableitung des Selbstbeziehungsverbots aus Art. 90 Abs. 2 B-VG verwunder[

insbesondere] als sich das nemo-tenetur-Prinzip aus Art. 6 [E]MRK ergibt“,<sup>24</sup> der insoweit die im Verbot des Selbstbeziehungszwangs geborgenen Garantien „ohnehin für alle strafrechtlichen Systeme verbürgt“.<sup>25</sup>

Freilich (wie bereits angedeutet)<sup>26</sup>: Aus dem Wortlaut dieser Gewährleistung „ergibt“ sich derlei zunächst keineswegs, was auch die Bonität des „Bürgen“ nicht wesentlich begünstigt; vielmehr nimmt – bei Licht betrachtet – auch der EGMR mit Blick auf Art. 6 EMRK (wie auch der VfGH anklingen lässt)<sup>27</sup> bloß „eine Ableitung des Selbstbeziehungsverbots“ vor.<sup>28</sup> Wobei: Zunächst geschieht nicht einmal das. Zunächst nämlich ist das Recht, „to remain silent and not to contribute to incriminating [one]-self“<sup>29</sup> einfach da, um dann Jahre später als Selbstverständlichkeit präsentiert zu werden:<sup>30</sup>

„Although not specifically mentioned in Article 6 of the Convention, there can be no doubt that the right to remain silent under police questioning and the privilege against self-incrimination are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6 [...]. By providing the accused with protection against improper compulsion by the authorities these immunities contribute to avoiding miscarriages of justice and to securing the aims of Article 6.“<sup>31</sup>

So selbstverständlich, wie es damit dargestellt wird, sollte es indes nicht immer erscheinen. Hatte es das Verbot der erzwungenen Selbstbeziehung im Strafverfahren in der Spruchpraxis der Kommission doch zu einer (ebenso kurzen wie eigentümlichen) Karriere unter dem Titel negativer Mei-

<sup>21</sup> VfSlg 11.923/1988 unter Hinweis auf VfSlg 10.976/1986. Vgl. in diesem Zusammenhang insbesondere auch VfSlg 11.829/1988. Dazu aus dem neueren Schrifttum nur *Berka/Binder/Kneihls* (Fn 19), S. 872. Anderes gilt freilich mit der Rspr. dort, wo nicht in die körperliche Integrität des Beschuldigten eingegriffen, sondern seine passive Mitwirkung (vgl. oben Fn 19) i.S.e. Atemluftkontrolle eingefordert wird – vgl. schon VfSlg 5295/1966: wonach eine gesetzlich „eingräumte Möglichkeit, die Atemluft von Personen unter den im Gesetz bestimmten Voraussetzungen auf Alkoholgehalt zu untersuchen, keinen Eingriff in die körperliche Integrität der Person [darstellt]. Bei Prüfung der Atemluft wird weder eine körperliche Verletzung zugefügt, noch ein Bestandteil des Körpers (wie dies z. B. bei der Blutprobe der Fall ist) entnommen. Atemluft wird von außen aufgenommen und in verbrauchtem Zustand wieder ausgeatmet. Im Gegensatz zur Blutabnahme ist das Ein- und Ausatmen ein stets notwendiger natürlicher Vorgang. Es handelt sich demnach in Wahrheit nur darum, daß eine Probe der jedenfalls ausgeatmeten verbrauchten Atemluft zu Beweis Zwecken gesichert und geprüft wird.“ – Diese Unterscheidung ist im Schrifttum auf erhebliche Kritik gestoßen (vgl. etwa *Grois*, ZfV 2000, 537), freilich ist der VfGH mit den strukturellen Überlegungen, die der so eingenommenen Position zu Grunde liegen, im internationalen Vergleich keineswegs allein (vgl. für die rezente Rechtsprechung des US Supreme Court *Birchfield v. North Dakota*, 579 U.S. 438, sowie die kontextualisierende Darstellung bei *Fisher*, *Washington Law Review* 94 [2019], 1). Für die Würdigung dieser Frage in der Rspr. des EGMR siehe sogleich unten 2. Ebenso instruktiv wie kritisch zur Unterscheidung zwischen Mitwirkungs- und Duldungspflichten in der deutschen Diskussion bereits *Sautter*, AcP 62 (1962), 215 (249 ff.). Vgl. aus dem jüngeren Schrifttum *Roxin/Schünemann*, *Strafverfahrensrecht*, 30. Aufl. 2022, § 33 Rn. 6 ff.

<sup>22</sup> Vgl. etwa aus systematischer Perspektive *Lienbacher*, ZfV 1986, 536, oder aus historischer Perspektive *Wiederin*, in: *Fuchs/Ratz* (Hrsg.) *Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Stand: 1.2.2012, § 4 Rn. 16 f.

<sup>23</sup> Dazu insbesondere *Öhlinger*, in: *Morscher/Perthaler/Wimmer* (Hrsg.), *Recht als Aufgabe und Verantwortung*, *Festschrift Hans R. Klecatsky zum 70. Geburtstag*, 1990, S. 193 (196).

<sup>24</sup> *Khakzadeh-Leiler* (Fn. 4), Art. 90 Rn. 37.

<sup>25</sup> *Wiederin* (Fn. 22), § 4 Rn. 16. Und damit auch für das Verwaltungsstrafrecht – vgl. dazu nur die Ausführungen bei *Fuchs*, in: *Raschauer/Wessely* (Hrsg.), *Verwaltungsstrafgesetz*, 2. Aufl. 2016, S. 8 (71 ff.).

<sup>26</sup> Oben I.

<sup>27</sup> Vgl. VfSlg 18.164/2007 und 18.550/2008.

<sup>28</sup> Aufschlussreich dazu insbesondere auch die Darstellung bei *Grabenwarter/Pabel*, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 7. Aufl. 2021, S. 531: „Daneben werden auch jene Rechte des Angeklagten als Ausdruck des Fairnessgebots angesehen, die einerseits in Art. 6 Abs. 3 und Abs. 2 verankert sind und andererseits in der Rechtsprechung entwickelt wurden, wie der Grundsatz des nemo tenetur.“ Vgl. i.d.S. auch *Reiter*, RZ 2010, 103, oder *Schmid*, RZ 2009, 153 (159).

<sup>29</sup> EGMR, Urt. v. 25.2.1993 – 10828/84 (*Funke v. France*), Rn. 44. Aufschlussreich zu dieser wortkargen Premiere EGMR (Große Kammer), Urt. v. 29.6.2006 – 15809/02, 25624/02 (*O’Halloran and Francis v. UK*), Rn. 45: „In *Funke* [... t]he Court elaborated no further on the nature of the right to remain silent and not to contribute to incriminating oneself.“

<sup>30</sup> Vgl. etwa *Berger*, *Columbia Journal of European Law* 12 (2006), 339 (343).

<sup>31</sup> EGMR (Große Kammer), Urt. v. 8.2.1996 – 18731/91 (*John Murray v. UK*), Rn. 45. Vgl. in weiterer Folge insbesondere EGMR, Urt. 10.3.2009 – 4378/02 (*Bykov v. Russia*), Rn. 92.

nungsaussagefreiheit gebracht und war dementsprechend nicht aus Art. 6, sondern aus Art. 10 EMRK „abgeleitet“ worden: garantiere das Recht auf freie Meinungsäußerung doch „by implication also [...] a ‚negative right‘ not to be compelled to express oneself, i.e. to remain silent“; wenn auch nach Maßgabe des Ergebnisses einer Verhältnismäßigkeitsprüfung nach Art. 10 Abs. 2 EMRK.<sup>32</sup>

Eigentümlich war diese Karriere, weil der EGMR der so artikulierten, mit breiter Mehrheit angenommenen<sup>33</sup> Sichtweise eineinhalb Jahre zuvor eine Absage erteilt und ausdrücklich festgehalten hatte: „refusal to give evidence [is] an issue which in itself does not come within the ambit of Articles 10 and 11“.<sup>34</sup> Kurz war sie, weil der EGMR nur vier Monate später den zuvor skizzierten Pfad eingeschlagen hatte und eine auf Art. 6 EMRK gestützte nemo-tenetur-Judikatur begründete.<sup>35</sup>

Die vom EGMR herausgearbeitete Rechtsposition findet auf jede Ausformung des Strafverfahrens, ungeachtet der Komplexität, Anwendung.<sup>36</sup> Im Kern ist sie dazu angetan, „to protect the freedom of a suspected person to choose whether to speak or to remain silent when questioned“.<sup>37</sup> Geschützt ist dergestalt zunächst und zuvörderst die Willens- und Entscheidungsfreiheit des Betroffenen:<sup>38</sup> die durch in Aussicht gestellten oder angewendeten Rechtszwang nicht konterkariert werden sollen.<sup>39</sup> Sodann widerstreben entgegen Art. 3

EMRK gesetzte physische und psychische willensbeugende Maßnahmen zur Beweismittelerlangung der geforderten Freiheit des Beschuldigten ebenso wie – schließlich – die Erschleichung von Informationen durch Täuschung in jenen Fällen, in denen der Beschuldigte sich infolge seiner Rechtsposition nach Art. 6 EMRK dazu entschieden hat, nicht an der Wahrheitsfindung mitzuwirken.<sup>40</sup>

### 3. Karlsruhe

Die Willens- und Entscheidungsfreiheit des Beschuldigten, die es mit der Rechtsprechung des EGMR vor dem Hintergrund von Art. 6 EMRK zu schützen gilt, steht auch im Zentrum der Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts (BVerfG): „Der Beschuldigte muss frei von Zwang eigenverantwortlich entscheiden können, ob und gegebenenfalls inwieweit er im Strafverfahren mitwirkt“.<sup>41</sup>

Gleichsam als Manifestationen dieser Freiheit sind das „Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung und die Aussagefreiheit des Beschuldigten [...] im Grundgesetz verankert“.<sup>42</sup> Auch diese „Verankerung“ erfolgt indes keineswegs explizit, sondern bedarf der Explikation vermittels der Rechtsprechung des BVerfG (die im Schrifttum nicht unumschränkte Unterstützung gefunden hat).<sup>43</sup>

Mit dieser Rechtsprechung sind „Aussagefreiheit des Beschuldigten und das Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung notwendiger Ausdruck einer auf dem Leitgedanken der Achtung der Menschenwürde beruhenden rechtsstaatlichen Grundhaltung“.<sup>44</sup> Mit Blick auf das so ausgewiesene Zusammenspiel

<sup>32</sup> EKMR (Report), Entsch. v. 13.10.1992 – 16002/90 (K. v. Austria), Rn. 45.

<sup>33</sup> Das Sondervotum von Hall und Jörundsson negiert insgesamt eine umfassende negative Komponente von Art. 10 EMRK und will nur im kommunikativen Schweigen ein Schutzgut nach Art. 10 EMRK erkennen. Vgl. dazu in weiterer Folge in der Rspr. EGMR (Große Kammer), Urt. v. 3.4.2012 – 41723/06 (Gillberg v. Sweden), Rn. 83.

<sup>34</sup> EGMR, Urt. v. 26.4.1991 – 11800/85 (Ezelin v. France), Rn. 33.

<sup>35</sup> Nicht, dass die Kommission damit bereits von ihrer Spruchpraxis abgegangen wäre, vgl. noch EKMR, Entsch. v. 7.4.1994 – 20871/92 (Strohal v. Austria). Zu dieser Divergenz EGMR, Urt. v. 2.11.2010 – 41723/06 (Gillberg v. Sweden), Rn. 123.

<sup>36</sup> Grundlegend EGMR, Urt. v. 17.12.1996 – 19187/91 (Saunders v. UK), Rn. 74 – vgl. in weiterer Folge etwa EGMR, Urt. v. 21.4.2009 – 19235/03 (Marttinen v. Finland), Rn. 74. Und damit entlang der „Engel-Kriterien“ (grundlegend EGMR, Urt. v. 8.6.1976 – 5100/71 u.a. [Engel and others v. Netherlands], Rn. 82 f.; für die Anwendung aus der neueren Rspr. etwa EGMR, Urt. v. 22.12.2020 – 68273/14, 68271/14 [Gestur Jónsson and Ragnar Halldór Hall v. Iceland], Rn. 75 ff.) auch im Verwaltungsstrafverfahren, vgl. aus der Rspr. nur EGMR, Urt. v. 18.3.2010 – 13201/05 (Krumpholz v. Austria), Rn. 30 ff.

<sup>37</sup> EGMR, Urt. v. 5.11.2002 – 48539/99 (Allan v. UK), Rn. 50.

<sup>38</sup> Grundlegend EGMR, Urt. v. 17.12.1996 – 19187/91 (Saunders v. UK), Rn. 68. Dazu aus der Literatur nur *Reiter*, RZ 2010, 103.

<sup>39</sup> Vgl. nur die Darlegung in EGMR, Urt. v. 21.12.2000 – 34720/97 (Heaney and McGuinness v. Ireland), Rn. 40, unter Hinweis auf EGMR, Urt. v. 17.12.1996 – 19187/91 (Saunders

v. UK), wobei mit Zwang erlangte Beweismittel, deren Existenz von einer Willensbetätigung des Betroffenen unabhängig sind (darunter insbesondere Beweismittel wie Atemluft-, Blut-, Haar-, Urin- oder DNA-Proben, vgl. erneut grundlegend EGMR, Urt. v. 17.12.1996 – 19187/91 [Saunders v. UK], sowie aus der jüngeren Spruchpraxis etwa EGMR, Urt. v. 26.11.2019 – 37164/17 [El Khalloufi v. Netherlands], Rn. 38) dem gerade nicht unterfallen. Mit Blick auf die daraus resultierenden (subtilen) Abgrenzungsfragen, was die Frage der Dokumentenbeschaffung durch staatliche Behörden betrifft, vgl. insbesondere EGMR, Urt. v. 4.10.2022 – 58342/15 (De Legé v. the Netherlands), Rn. 74 ff. Hier legt der EGMR insgesamt einen großzügigeren Maßstab an als der VfGH, vgl. nur *Mayer*, *ecolx* 2014, 745 (746), oder *Herbst*, in: Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg (Hrsg.) *Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Kommentar*, 17. Lfg., Stand: 2022, Art. 90/2 Rn. 22 f.

<sup>40</sup> Vgl. insbesondere EGMR, Urt. v. 5.11.2002 – 48539/99 (Allan v. UK), Rn. 50. Vgl. demgegenüber EGMR (Große Kammer), Urt. v. 10.3.2009 – 4378/02 (Bykov v. Russia).

<sup>41</sup> Vgl. BVerfGE 133, 168 (201), unter Hinweis auf BVerfGE 38, 105 (113), und BVerfGE 56, 37 (43).

<sup>42</sup> BVerfG, Beschl. v. 6.9.2016 – 2 BvR 890/16, Rn. 34. Die Struktur der weiteren Darstellung in diesem Abschnitt folgt der instruktiven Aufbereitung in diesem Beschluss.

<sup>43</sup> Vgl. aus der Kommentarliteratur etwa die Kritik bei *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 1 Rn. 56 ff.

<sup>44</sup> BVerfGE 133, 168 (201).

von Rechtsstaat und Menschenwürde verfügt der nemo-tenetur-Grundsatz gleich über zwei (und will man es mit den zahlreichen in der Literatur entwickelten Positionen halten, noch deutlich mehr)<sup>45</sup> Wurzeln<sup>46</sup>: Einerseits ist „der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit [...] im Rechtsstaatsprinzip verankert und wird von dem Recht auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG umfasst“.<sup>47</sup> Andererseits „ist der Schutz vor einem Zwang zur Selbstbeichtigung als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG anerkannt.“<sup>48</sup> Was daraus erfließt, erscheint (im Mindesten strukturell) vor dem Hintergrund des bereits oben Festgehaltenen vielfach bekannt und bedarf damit im gegebenen Zusammenhang keiner erneuten Wiedergabe.<sup>49</sup>

### III. Verflechtungen und Entwirrungen

#### 1. Wovon man spricht, wenn man über das Schweigen spricht

Bei allen Ähnlichkeiten in der Sache stechen entlang der Linien der hier gegebenen Darstellung klar die Unterschiede zwischen Ableitung und Abgeleitetem sowie Benennung und Benanntem hervor. Das macht es schwierig, über das Schweigen zu sprechen; auch jenseits grundsätzlicher methodischer

<sup>45</sup> Möller, JR 2005, 314 (317 ff.), etwa listet an entsprechenden im Schrifttum vertretenen Positionen neben der Menschenwürde und dem allgemeinen Rechtsstaatsprinzip noch die Freiheit des Gewissens, die informationelle Selbstbestimmung und die freie Entfaltung der Persönlichkeit. *Kleinheisterkamp*, Kreditwesengesetz und Strafverfahren, 2010, S. 200 ff., diskutiert aus dem Bereich der materiellen Grundrechte die Verortung im Bereich der Menschenwürde, der Religions- und Gewissensfreiheit, der Allgemeinen Handlungsfreiheit, des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung sowie aus dem Bereich der Verfahrensgarantien den Anspruch auf rechtliches Gehör, das Rechtsstaatsprinzip bzw. (aus ihm erfließend) die Unschuldsvermutung und das Recht auf ein faires Verfahren.

<sup>46</sup> Leitmeier, JR 2014, 372, spricht in diesem Zusammenhang von „verschiedene[n] Begründungssträngen, die sich in einer Art ‚Überbietungswettbewerb‘ allenfalls darum streiten, welche zu den noch fundamentaleren Rechtsprinzipien führt“. *Bosch*, Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht, 1998, S. 28, erkennt demgegenüber „konträre Standpunkte“, die sich „[i]n der Diskussion der verfassungsrechtlichen Grundlagen des nemo-tenetur Grundsatzes [...] herausgebildet“ haben.

<sup>47</sup> BVerfG, Beschl. v. 6.9.2016 – 2 BvR 890/16, Rn. 34, unter Verweis insbesondere auf BVerfGE 80, 109 (119 ff.); 109, 279 (324); 110, 1 (31); 133, 168 (201, 236 f).

<sup>48</sup> BVerfG, Beschl. v. 6.9.2016 – 2 BvR 890/16, Rn. 34, unter Verweis insbesondere auf BVerfGE 38, 105 (114 f); 56, 37 (41 ff.) 95, 220 (241).

<sup>49</sup> Für einen Überblick zum einschlägigen Fallrecht vgl. die Übersicht bei Möller, JR 2005, 314 (316), sowie die Darlegung bei Starck (Fn. 43), Art. 1 Rn. 56 ff. Vgl. auch die Beiträge von Bock, ZfIStw 3/2023, 189; Hong, ZfIStw 3/2023, 143; und Brodowski, ZfIStw 3/2023, 197, jeweils in dieser Ausgabe.

Erwägungen, die den Blick über die Grenze der nationalen Grundrechtsordnung wagen. Natürlich: „Wenn zwei dasselbe sagen – in unserem Fall nemo tenetur – meinen sie noch nicht das Gleiche. Dieses Problem kennt jeder, der rechtsvergleichend arbeitet“.<sup>50</sup> Das ist zutreffend. Und doch setzt das gegenständliche Problem deutlich früher an: nämlich dabei, dass nicht einmal zwei dasselbe sagen. Und damit ist nicht die (vermeintlich) banale Einsicht angesprochen, dass bestimmte Phänomene (oder Rechtswohlthaten) rechtsordnungsübergreifend unterschiedlich (und anderssprachig) bezeichnet werden, mit Blick auf ihre Funktion und Handhabung aber als strukturell äquivalent anzusehen sind. Vielmehr geht es hier darum, dass, blickt man allein auf die Rechtsprechung, nicht einmal „einer dasselbe“ zu sagen imstande scheint:

So spricht die Zweite Kammer des *Zweiten Senats* des BVerfG allein in jenem Beschluss aus dem Jahr 2016, der ob seiner (anderweitig) didaktisch so vorbildlich vorgenommenen Anordnung der einzelnen Ableitungsstränge und ihrer Implikationen abwechselnd vom „Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung“, dem „Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit“, dem „Schutz vor einem Zwang zur Selbstbeichtigung“ und einem „Schweigerecht des Beschuldigten“.<sup>51</sup> Andere Urteile sprechen junktimierend von der „Aussagefreiheit des Beschuldigten und [dem] Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung“ unter der Beifügung „nemo tenetur se ipsum accusare“,<sup>52</sup> manche wiederum von der „Selbstbelastungsfreiheit des Angeklagten“.<sup>53</sup> Ähnlich verhält es sich mit der Rechtsprechung des VfGH, mit der ein verfassungsrechtlich niedergelegtes „Verbot des Zwangs zur Selbstbeichtigung“<sup>54</sup> ebenso zu berücksichtigen ist, wie eine verfassungsrechtlich verpönte „Verpflichtung, die auf ein Gebot zur Selbstbeschuldigung oder zum Einbekenntnis, Täter im Sinne eines bestehenden Tatverdachts zu sein, hinausläuft“<sup>55</sup> oder ein verfassungswidriger „Zwang zur Selbstbeschuldigung“,<sup>56</sup> wie überhaupt ein „Verbot der Selbstbeichtigung“<sup>57</sup> oder ein „Verbot der Selbstbeschuldigung“.<sup>58</sup> Und auch die Rechtsprechung des EGMR setzt zunächst auf ein „right [...] to remain silent and not to contribute to incriminating himself“,<sup>59</sup> spricht aber in weiteren Urteilen von einem „privilege against self-incrimination“<sup>60</sup> (zuweilen unter dem Zusatz „nemo tenetur seipsum accusare, also nemo tenetur seipsum

<sup>50</sup> *Gless*, in: Jung/Leblois-Happe/Witz (Hrsg), 200 Jahre Code d’instruction criminelle, 2010, S. 79 (80).

<sup>51</sup> BVerfG., Beschl. v. 6.9.2016 – 2 BvR 890/16, Rn. 34 ff.

<sup>52</sup> Vgl. BVerfGE 133, 168 (201). Vgl. etwa auch BVerfG, Beschl. v. 25.8.2014 – 2 BvR 2048/13, Rn. 13.

<sup>53</sup> BVerfGE 110, 1 (31).

<sup>54</sup> VfSlg 18.927/2009

<sup>55</sup> VfSlg 18.550/2008. 14.988/1997.

<sup>56</sup> VfSlg 15.600/1999.

<sup>57</sup> VfSlg 13790/1994.

<sup>58</sup> VfSlg 10.291/1984.

<sup>59</sup> EGMR, Urt. v. 25.2.1993 – 10.828/1984 (Funke v. France), Rn. 44.

<sup>60</sup> EGMR (Große Kammer), Urt. v. 10.3.2009 – 4378/02 (Bykov v. Russia), Rn. 92.

*prodere*<sup>61</sup>) einem „right not to incriminate oneself“,<sup>62</sup> einem „right to remain silent“<sup>63</sup> oder auch einem „right to silence“.<sup>64</sup>

## 2. Worüber man besser schweigen sollte

Nun sind manche der hier aufgelisteten Topoi offenkundig ungeeignet, das zu Beschreibende angemessen zu fassen (und haben doch Eingang in das einschlägige Schrifttum gefunden): Ein „Verbot der Selbstbezeichnung“ (oder der „Selbstbeschuldigung“) existiert in keiner der hier untersuchten Rechtsordnungen.<sup>65</sup> Würde es existieren, würde es eine denkbar fragwürdige Beschränkung der Ingerenzmöglichkeiten des Angeklagten im Strafverfahren (oder des Beschuldigten in einem früheren Stadium) mit sich bringen und insofern zahlreiche der vorskizzierten Grundsätze konterkarieren:<sup>66</sup> Soll er nicht „Objekt des Verfahrens, sondern Subjekt, also Prozeßpartei“<sup>67</sup> sein, muss es nicht nur negativ, sondern auch positiv gewendet, an ihm liegen, „frei von Zwang eigenverantwortlich [zu] entscheiden, ob und gegebenenfalls inwieweit er im Strafverfahren mitwirkt“.<sup>68</sup> Den Angeklagten zum Schweigen zu verdammen, ist vor diesem Hintergrund kein gangbarer Weg.

Andere Umschreibungen, wie ein „right to silence“, sind – zum Münzwert genommen – im Mindesten fragwürdig. Wiederum andere, wie der „Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit“, nehmen großzügig bemessen eine Mittelstellung zwischen den beiden Zuschreibungen ein.

Dabei ist auf einen ersten Blick nicht ausgeschlossen, dass manche der Topoi gerade in ihrer subtilen Differenz ebenso subtile Differenzierungen bergen, die eine Systematisierung lohnend erscheinen ließen; auch, wenn der Versuch, Grenzlinien zwischen einem Verbot des „Zwangs“ zur „Selbstbezeichnung“, der „Selbstbeschuldigung“ oder der

„Selbstbelastung“ zu ziehen, schon ob seiner anfänglichen Untauglichkeit ebenso müßig sein muss, wie jener die Delimitation zwischen „Aussage-“ und „Selbstbelastungsfreiheit“ oder einem „right not to incriminate oneself“ und einem „privilege against self-incrimination“ zu unternehmen.<sup>69</sup>

Aber auch derartige Inkonsistenzen bar (jedenfalls) offenkundiger Implikationen diskontierend, ist die Durchdringung des judikativ-topischen Dickichts auf den zweiten Blick weit weniger verheißungsvoll als auf den ersten: Denn gerade dort, wo sich die Gerichte ihrerseits anschicken, einzelne Momente des Gegenstandes in ein Verhältnis zueinander zu setzen, ruft das Ergebnis oft nicht mehr als den Eindruck einer wesentlich zirkulären (wenn nicht nachgerade widersprüchlichen) Aneinanderreihung tradierter Versatzstücke hervor.<sup>70</sup>

<sup>69</sup> Was nicht bedeutet, dass etwa mit Blick auf den Gesamtkomplex eines „right to remain silent“ und einem „privilege against self-incrimination“ (vgl. auf Ebene des Unionsrechts nicht zuletzt Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 der RL [EU] 2016/343) zweckmäßigerweise keine Unterscheidungen zwischen dem ersten und dem letzten, insbesondere was die rechtliche Würdigung des Schweigens insgesamt betrifft, vorgenommen werden könnten – vgl. dazu aus dem Schrifttum nur *Reiter*, RZ 2010, 103 f., unter Hinweis auf EGMR (Große Kammer), UrT. v. 28.2.1996 – 18731/91 (*John Murray v. UK*), Rn. 47 ff. Wie insgesamt die hier vorgenommene Rekonstruktion nicht an den einzelnen verfahrens- oder abwehrrechtlichen Ausprägungen rüttelt – vgl. unten IV.

<sup>70</sup> Bemerkenswert in diesem Zusammenhang etwa BVerfGE 133, 168 (201): „Die Aussagefreiheit des Beschuldigten und das Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung (*nemo tenetur se ipsum accusare*) sind notwendiger Ausdruck einer auf dem Leitgedanken der Achtung der Menschenwürde beruhenden rechtsstaatlichen Grundhaltung (vgl. BVerfGE 38, 105 [113 f.]; 55, 144 [150 f.]; 56, 37 [43]). Der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit ist im Rechtsstaatsprinzip verankert und hat Verfassungsrang (vgl. BVerfGE 38, 105 [113 f.]; 55, 144 [150 f.]; 56, 37 [43]; 110, 1 [31]). Er umfasst das Recht auf Aussage- und Entschließungsfreiheit innerhalb des Strafverfahrens. Dazu gehört, dass im Rahmen des Strafverfahrens niemand gezwungen werden darf, sich durch seine eigene Aussage einer Straftat zu bezichtigen oder zu seiner Überführung aktiv beizutragen (vgl. BVerfGE 56, 37 [49]; 109, 279 [324]). Der Beschuldigte muss frei von Zwang eigenverantwortlich entscheiden können, ob und gegebenenfalls inwieweit er im Strafverfahren mitwirkt (vgl. BVerfGE 38, 105 [113]; 56, 37 [43]).“ – Nicht minder bemerkenswert etwa EGMR, UrT. v. 5.11.2002 – 48539/99 (*Allan v. UK*), Rn. 44: „As regards the *privilege against self-incrimination* or the *right to silence*, the Court has reiterated that these are generally recognised international standards which lie at the heart of a fair procedure. Their aim is to provide an accused person with protection against improper compulsion by the authorities and thus to avoid miscarriages of justice and secure the aims of Article 6 (see *John Murray v. the United Kingdom*, judgment of 8 February 1996, Reports 1996-I, p. 49, § 45). The *right not to incriminate oneself* is primarily concerned

<sup>61</sup> EGMR, UrT. v. 13.11.2014 – 978/09, 992/09 (*H. and J. v. The Netherlands*), Rn. 68.

<sup>62</sup> EGMR (Große Kammer) 10.3.2009 – 4378/02 (*Bykov v. Russia*), Rn. 92.

<sup>63</sup> EGMR (Große Kammer) 10.3.2009 – 4378/02 (*Bykov v. Russia*), Rn. 92.

<sup>64</sup> EGMR, UrT. v. 17.12.1996 – 19187/91 (*Saunders v. UK*), Rn. 68; EGMR, UrT. v. 4.7.2002 – 38544/97 (*Weh v. Austria*), Rn. 39.

<sup>65</sup> Besonders deutlich in diesem Zusammenhang die Rspr. des EGMR – grundlegend EGMR (Große Kammer), UrT. v. 13.9.2016 – 50541/08 u.a. (*Ibrahim and others v. UK*), Rn. 267: „It is important to recognise that the privilege against self-incrimination does not protect against the making of an incriminating statement per se but, as noted above, against the obtaining of evidence by coercion or oppression.“ Vgl. für die weitere Rspr. etwa EGMR, UrT. v. 24.6.2021 – 39654/14 (*Hasáliková v. Slovakia*), Rn. 58, sowie aus dem Schrifttum stellvertretend etwa *Herbst* (Fn. 39), Art. 90/2 Rn. 52.

<sup>66</sup> Vgl. aus dem Schrifttum insbesondere *Rösinger*, Die Freiheit des Beschuldigten vom Zwang zur Selbstbelastung, 2019, S. 214 ff.

<sup>67</sup> VfSlg 5292/1966.

<sup>68</sup> BVerfGE 133, 168 (201).

### 3. Von der (historischen) Verortung des Schweigens

Freilich ist die Tradition, auf der das solcherart tradierte beruht, ihrerseits vielschichtig. Geistesgeschichtliche Wurzeln dessen, was heute in den Mantel von *nemo tenetur* gehüllt wird, lassen sich bis in den Talmud zurückverfolgen.<sup>71</sup> Rechtlich braucht es keinen so weiten historischen Rückgriff.<sup>72</sup> Hier ist es materiell das Verbot der Folter und formell der Anklageprozess, die – wenn auch zeitversetzt und in verschiedenen Rechtsordnungen – den Weg hin zum heutigen Stand ebneten.<sup>73</sup> Die Abschaffung der Folter ist dabei wesentlich dem Namen *Cesare Beccaria* verbunden, dessen Hauptwerk „*Dei Delitti e Delle Pene*“ den Unwert der Wahrheitsfindung über die Zufügung körperlicher Schmerzen (auch) damit begründete, dergestalt würde der Betroffene „*nello stesso tempo accusatore ed accusato*“ und dem Befehl unterworfen „*di accusare voi medesimi*“.<sup>74</sup> *Beccaria* war damit sowohl der prominenteste als auch der insgesamt wirkmächtigste, bei weitem aber nicht der erste (oder auch zu seiner Zeit der einzige) Kritiker der Praxis vor diesem Hintergrund.<sup>75</sup> So finden sich Argumente gegen die im Wege der Folter erlangte Selbstbezeichnung des Beschuldigten bereits in der 1631 von *Friedrich Spee* (anonym) veröffentlichten *Cautio Criminalis* mit Blick auf jene, „*qui semel tormentis victi mentiri contra se*“.<sup>76</sup> 1768 beschreibt *Gabriel Seigneux de Correvon* das unter Folter abgepresste Geständnis als „*un vice que l'on ne peut assez relever témoignage contre soi-même*“.<sup>77</sup>

Mit der Abschaffung der Folter, 1740/55 durch Friedrich und 1776 durch Maria Theresia,<sup>78</sup> war freilich nur ein not-

wendiger, nicht aber der hinreichende Schritt zur Etablierung eines Verbots des Zwangs zur Selbstbezeichnung im Strafverfahren realisiert: Gerade bei *Beccaria* etwa findet sich prominent die Forderung, die „hartnäckige“ Weigerung, auf im Verhör gestellte Fragen zu antworten, mit härtesten Strafen zu belegen.<sup>79</sup> Derartiges, wie überhaupt „Ungehorsamsstrafen“ samt damit einhergehender Zwangsmittel, mit denen Aussageverweigerung, Leugnung und Lüge belegt wurden, fungierten noch die längste Zeit als „Tortursurrogate“ eines „entartete[n] Inquisitionsprozeß[es, der] ein Recht des Staates [auf Wahrheit voraussetzte], das schlechthin Zweck [ist] und wogegen der Angeschuldigte zum bloßen Mittel herabgesetzt wird“.<sup>80</sup>

Dabei war (andernorts und unter anderen Voraussetzungen) das Verbot des Zwangs zur Selbstbezeichnung bereits im common law des 16. und 17. Jahrhunderts in (prozess-)rechtliche Formen gegossen worden: Geprägt wurde es im Zuge einer wechsellvollen Auseinandersetzung um die jurisdiktionelle Oberhoheit, die (zunächst) zwischen kirchlichen und gemeinen Gerichten geführt wurde.<sup>81</sup> Untrennbar verbunden mit den Namen Edward Coke und John Lilburne, bildete das Verbot des Selbstbezeichnungszwanges im common law die Folie eines Systemkonflikts zwischen Inquisitions- und Anklageverfahren, der – verlagert auf das Verhältnis zwischen Sondergerichten wie Star Chamber und dem Court of High Commission und gemeinen Gerichten – mit der Abschaffung der 1641 zu Gunsten der Letzteren entschieden war.<sup>82</sup>

Auf das Knappste zusammengefasst, lässt sich diese Entwicklung folgendermaßen umreißen:<sup>83</sup> Mit der Einführung

---

with respecting the will of an accused person to remain silent and presupposes that the prosecution in a criminal case seeks to prove the case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused (see *Saunders v. the United Kingdom*, judgment of 17 December 1996, Reports 1996-VI, p. 2064, §§ 68-69).“ – *Hervorhebungen* durch den *Verf.*

<sup>71</sup> Vgl. nur den prominenten Ausweis in *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966) 458 Fn 27. Dazu aus dem Schrifttum nur *Levy*, *Origins of the Fifth Amendment*, 1968. Für eine breitere Kontextualisierung im zeitgenössischen Schrifttum vgl. *Colan*, *Washington & Lee Law Review* 73 (2016), 1243.

<sup>72</sup> Instruktiv etwa *Buchholz*, *Der nemo tenetur-Grundsatz, Eine rechtsethische Untersuchung*, 2018, S. 39 ff.

<sup>73</sup> Vgl. nur die elegante Zusammenführung der beiden Stränge bei *Zerbes*, *ZStW* 129 (2017), 1035 (1037 ff.).

<sup>74</sup> *Cesare Beccaria*, *Dei Delitti e Delle Pene*, 1764, § 12.

<sup>75</sup> Vgl. nur die Darstellung bei *Rogall*, *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst*, 1977, S. 89 ff.

<sup>76</sup> *Spee*, *Cautio Criminalis, Seu De Processibus Contra Sagas Liber*, 1631.

<sup>77</sup> *Seigneux de Correvon*, *Essai sur l'usage, l'abus et les inconvénients de la torture dans la procédure criminelle*, 1768, S. 71 f.

<sup>78</sup> Dazu und zum breiteren (geistes-)geschichtlichen Kontext der damit verbundenen Umwälzungen umfassend *Schmoeckel*, *Humanität und Staatsraison, Die Abschaffung der Folter in*

---

Europa und die Entwicklung des gemeinen Strafprozeß- und Beweisrechts seit dem hohen Mittelalter, 2000.

<sup>79</sup> *Beccaria* (Fn 74), § 10: „colui che nell'esame si ostinasse di non rispondere alle interrogazioni fattegli, merita una pena fissata dalle leggi, e pena delle più gravi che siano da quelle intime, perchè gli uomini non deludano così la necessità dell'esempio che devono al pubblico“.

<sup>80</sup> *Köstlin*, *Der Wendepunkt des deutschen Strafverfahrens im neunzehnten Jahrhundert*, 1849, S. 104.

<sup>81</sup> Vgl. für das Weitere nur die konzise Aufarbeitung bei *Rogall* (Fn 75), S. 70 ff.

<sup>82</sup> Dazu etwa *Bowen*, *The English Historical Review* 2007, 1258. Vgl. freilich auch die differenzierende Darstellung bei *Waite*, *The Canadian Journal of Economics and Political Science* 1959, 144.

<sup>83</sup> Die folgende Darstellung gibt – verkürzt – das Standardnarrativ hin zur Etablierung der *Maxime nemo tenetur se ipsum accusare* wieder, das im Wesentlichen durch die Aufarbeitung bei *Wigmore*, *Harvard Law Review* 5 (1891), 71, und (in seinem Gefolge) von *Levy* (Fn 71) geprägt wurde. Es sei nicht verhehlt, dass das neuere Schrifttum *Wigmores* Thesen nicht (oder nicht vollumfänglich) beitrifft – vgl. insbesondere die Untersuchungen von *Helmholz*, *New York University Law Review* 65 (1990), 962, und *Langbein*, *Michigan Law Review* 92 (1994), 1047, aber auch die vermittelnde Analyse bei *Alschuler*, *Michigan Law Review* 94 (1996) 2625.

des Offizialeids („de veritate dicenda“), durch das Vierte Laterankonzil hatte das kirchenrechtliche Inquisitionsverfahren eine Ausformung erfahren, die zunehmend in Spannung mit dem akkusatorisch geprägten Verfahren vor den gemeinen Gerichten kommen sollte. Die 1236 in England vor den kirchlichen Gerichten etablierte Eidleistung zur Wahrheitspflicht ohne Wissen um die konkreten Anschuldigungen, zwang den Beschuldigten vielfach in die Selbstbelastung oder zum Meineid. Die Aussageverweigerung galt „pro confesso“ und führte zur Verurteilung.<sup>84</sup>

Diese Vorgehensweise stand im deutlichen Kontrast zum Verfahren vor den gemeinen weltlichen Gerichten des Landes, denen zwar Zwangsmittel zur Unterwerfung unter das Verdikt der Geschworenen nicht (*peine forte et dure*), eine entsprechende Wahrheits- und Mitwirkungspflicht im Verfahren aber sehr wohl fremd waren.<sup>85</sup> Die gesetzliche Sanktionierung der Ketzerverfolgung durch kirchliche Gerichte unter Heinrich IV. Anfang des 15. Jahrhunderts brachte indes eine Ausweitung ihrer Jurisdiktion und mit ihr der Bedeutung des Inquisitionsverfahrens und des Offizialeids.<sup>86</sup> Diese Bedeutung lebte auch nach der (endgültigen) Aufhebung des Gesetzes Mitte des 16. Jahrhunderts unter Elisabeth I. in den Sondergerichten, die nicht an das *common law* und den im Grunde liegenden Anklagegrundsatz gebunden waren, fort.<sup>87</sup>

Ihrer Jurisdiktion entgegen war es insbesondere (wenn auch keineswegs erstmals) Edward Coke, der zunächst in advokatorischer, später in richterlicher Funktion, gestützt auf die *Maxime nemo tenetur prodere seipsum* die Zuständigkeit der *common-law*-Gerichte in *causis criminalibus* behauptete.<sup>88</sup> Mit der öffentlichkeitswirksamen Weigerung Lilburns, sich auch vor *Star Chamber* auf die gegen ihn erhobenen Vorwürfe der Einfuhr und des Drucks ketzerischer Schriften einzulassen und der darauf folgenden Abschaffung dieses Sondergerichts und des *Court of High Commission* durch das *Lange Parlament*, war der entscheidende Wendepunkt in der

Entwicklung hin nicht nur zum Siegeszug des Anklageprozesses, sondern auch zu einer umfassenden Berücksichtigung des Verbots des Selbstbeziehungszwangs erreicht; dergestalt, dass William Mead 1670 in dem gegen ihn und William Penn geführten Strafverfahren wegen Aufstachelung zum öffentlichen Aufruhr ausführen konnte: „It is a Maxim in your own Law, *Nemo tenetur accusare seipsum*, which if it not be true Latine, I am sure it is true English, That no man is bound to accuse himself.“<sup>89</sup>

#### 4. Vom Nutzen und Nachteil der Historie für das geltende Recht

Überführte man das Gesagte ansatzlos in die Gegenwart, es wäre (dem Grunde nach) keineswegs so unplausibel wie manche Kritiker behaupten, mit dem VfGH Anklageprozess und verpönten Selbstbeziehungszwang im Strafverfahren im Wechselbezug zu erkennen (und zu würdigen). Das zumal bereits 1848 die Diskussionen um den Anklageprozess im *Kremsierer Reichstag*, deren Ergebnis über Umwege vorbildhaft für die Ausformung des Anklagegrundsatzes in Art. 90 Abs. 2 B-VG werden sollte,<sup>90</sup> vom Vorbild des Anklageprozesses englischen Zuschnitts geprägt waren; Abgeordnete wie Ernst Violand argumentierten vor diesem Hintergrund ausdrücklich für die Aufnahme eines Zusatzes, wonach niemand „genötigt werden [soll], gegen sich selbst auszusagen“, weil „eigentlich [...] hiedurch das inquisitorische Verfahren erst aufgehoben“<sup>91</sup> werde.

Im Umstand, dass dieser Zusatz nicht angenommen wurde, erblicken Kritiker der Rechtsprechung des VfGH einen weiteren Nachweis für die inhaltliche Untauglichkeit eines schon systematisch fragwürdigen Ansatzes.<sup>92</sup> Das freilich ist nur insoweit überzeugend, als man auch zu akzeptieren gewillt ist, dass der im selben Zug verworfene Zusatz „Keinerlei Art von Zwangsmitteln darf gegen den Angeschuldigten zur Erlangung eines Geständnisses angewendet werden“,<sup>93</sup> infolge dessen ebenfalls keine Teilhaftigkeit am Bestand des *Kremsierer Entwurfs* zukommen soll. Dagegen freilich hätten sich sogar die Gegner beider Zusätze im Reichstag verwehrt: So begründete Joseph Lasser seine Opposition zu Violands Vorschlag damit, dass einige der so „beantragten Zusätze bereits in den allgemeinen Principien enthalten sind“, um spezifisch zu Violands Vorstoß anzumerken,

„daß ein solches Nöthigen sogar bei unserem früheren System nicht stattgefunden hat, oder wenigstens nicht gesetzlich stattfinden durfte; und wenn es richtig wäre, was der Herr Abgeordnete für *Korneuburg* gesagt hat, – was

<sup>84</sup> Vgl. etwa die Kontextualisierung bei *De Ayala*, *Ius Canonium* 1 (1961), 27 (38).

<sup>85</sup> Vgl. nur *Randall*, *South Carolina Law Review* 9 (1956), 417 (428).

<sup>86</sup> Vgl. nur *Wigmore*, *Harvard Law Review* 5 (1891), 71 (76).

<sup>87</sup> Vgl. nur *Rogall* (Fn. 75), S. 76 ff.

<sup>88</sup> Zu Cokes Rolle Vgl. insbesondere die Darstellung bei *Randall*, *South Carolina Law Review* 9 (1956), 417 (427 ff.). Bemerkenswerterweise hat die Formel „*nemo tenetur seipsum prodere*“ ihrerseits kirchenrechtlichen Ursprung als Teil der *Maxime* „*Licet nemo tenetur seipsum prodere, tamen proditus per famam tenetur seipsum ostendere utrum possit suam innocentiam et seipsum purgare*“ und wurde insoweit als legal transplant in das *common law* eingeführt – vgl. dazu nur die (kritische) Darstellung bei *Wigmore*, *Harvard Law Review* 5 (1891), 71 (83 f.). Damit einher ging ein Bedeutungswandel, soweit *prodere* nur auf die Offenlegung von bislang Unbekanntem oder Unbehauptetem (immerhin: „*proditus per famam proditus per famam tenetur seipsum ostendere utrum possit suam innocentiam et seipsum purgare*“), nicht aber auf ein Schweigerecht gegenüber erhobenen Vorwürfen bezogen war.

<sup>89</sup> *The Trial of William Penn and William Mead at the Old Bailey*, 1670 (Nachdruck 1908), S. 18.

<sup>90</sup> Vgl. nur die Darstellung bei *Herbst* (Fn 39), Art. 90/2 Rn. 1.

<sup>91</sup> Offizielle stenographische Berichte über die Verhandlungen des österr. Reichstages, 53.-58. Sitzung, Bd. 4, S. 528. Vgl. auch den Antrag von Alois Borrosch, ebenda S. 523.

<sup>92</sup> Vgl. insbesondere *Wiederin* (Fn. 22), § 4 Rn. 17, oder auch *Khakzadeh-Leiler* (Fn 4), Art. 90 Rn. 37 Fn 157.

<sup>93</sup> Offizielle stenographische Berichte über die Verhandlungen des österr. Reichstages, 53.-58. Sitzung, Bd. 4, S. 561.

übrigens nach meiner Ansicht nach nicht richtig ist, – daß der wesentliche Unterschied zwischen dem inquisitorischen und dem accusatorischen Verfahren in diesem Beisatze beruhe, dann kann er sich ja mit der Bestimmung: ‚in Strafsachen gilt der Anklageproceß,‘ beruhigen, weil dann der Anklageprocess so etwas ohnedies, seinen Begriffen nach, nicht zulassen würde, folglich eine derartige specielle Bestimmung überflüssig wäre.“<sup>94</sup>

Ob diese Beruhigung eingetreten ist, ist nicht überliefert. Sie mag indes dadurch befördert worden sein, dass die Festlegung des „Anklageproceßes im Strafverfahren“ in die grundrechtlichen (und gerade nicht in die organisationsrechtlichen) Bestimmungen des Kremsierer Entwurfs Eingang gefunden hat, um von dort ihren Weg in das B-VG zu finden.

Mit dem hier Gesagten ist keineswegs erwiesen, dass die Position des VfGH entwicklungsgeschichtlich (oder gar konzeptionell) einwandfreie Argumente für sich beanspruchen kann. Immerhin, wie bereits im einschlägigen deutschen und österreichischen Diskurs des 19. Jahrhunderts festgehalten wurde: „das accusatorische Princip ist begrifflich vereinbar mit dem drückendsten und entwürdigsten Subjectionsverhältnisse des Angeklagen.“<sup>95</sup> Und „nur der entartete Inquisitionsproceß setzt ein Recht des Staats [...], das schlechthin Zweck und wogegen der Angeschuldigte zum bloßen Mittel herabgesetzt wird. Aus dem reinen Untersuchungsprinzip folgt aber ein so schrankenloses Recht keineswegs.“<sup>96</sup>

Anderweitig wäre, wie zeitgenössische Kritiker einer Ableitung des Verbots des Zwangs zur Selbstbezeichnung aus dem Anklagegrundsatz argumentieren, „der Beschuldigte in allen Verfahrensordnungen, in denen (wie im Verwaltungsstrafrecht oder im Disziplinarrecht) nach wie vor die Inquisitionsmaxime gilt, bloßes Objekt ohne prozessuale Rechte geblieben.“<sup>97</sup> Dennoch ist eine Koinzidenz zu konstatieren, die mehr ist als bloßer Zufall, soweit „ein enger historischer Zusammenhang zwischen der Verbesserung der Lage des Beschuldigten und dem Heranreifen des Official-Anklageprocesses besteht.“<sup>98</sup>

#### IV. Fazit: Dimensionen des Schweigens

Es ist dieser historische Zusammenhang, der den Anklagegrundsatz, wenn nicht als Kulminationspunkt, so doch als sinnbildlichen Ausdruck der gesamthaften Entwicklung, die zum gegenwärtigen Verständnis des Verbots des Zwangs zur Selbstbelastung geführt hat, erscheinen lässt. Ob das für eine Verankerung im Sinne der Rechtsprechung des VfGH ausreichend sein soll, soll hier dahinstehen.

Denn gerade die rechtsvergleichende (oder richtiger: rechtsordnungsübergreifende) Betrachtung lässt freilich daran

zweifeln, ob die eine klare Verankerung tunlich oder gar möglich ist. Zu unterschiedlich sind Ausformung von und Zuordnung zum (Ableitung aus) institutionellem, materiellem und formellem (Grund-)Rechtsbestand (und zu umstritten, auch in den Einzelrechtsordnungen),<sup>99</sup> als dass der Blick über die Grenze hier Klarheit im Sinne einer eindeutigen oder auch nur dominanten Lösung schaffen könnte.

Ebenso mag sich indes als denkbar instruktiv erweisen, soweit es zwei Schlussfolgerungen zulässt: Die erste könnte lauten: Die hinter dem Verbot des Zwangs zur Selbstbezeichnung stehende Tradition verhält die jeweilige (Grund-)Rechtsordnung (und sei es nicht explizit im positiven Recht verankert über die Judikatur) dazu, sicherzustellen, dass der Einzelne nicht einfach der Disposition der Straf(-verfolgungs)behörden und ihren im Verfahren gebundenen Interessen, allen voran der Wahrheitsfindung, ausgesetzt wird. Wo das (und wie das) konkret im positiven Rechtsbestand festgemacht wird ist – je nach Lesart – nachrangig, wenn nicht überhaupt beliebig. Ein solcher Ansatz könnte die unterschiedliche Verankerung eines gleichgerichteten (und erfahrungsgesättigt akzeptierten) Grundgedankens ebenso erklären wie die abweichende Nomenklatur innerhalb der (oder zwischen den) Rechtsordnungen je nach Deutung der Nachlässigkeit oder der Kontingenz anheimstellen.

Damit freilich endet auch die Belastbarkeit eines solchen Ansatzes. Wesentliche Fragen, die „nemo tenetur“ seit jeher begleiten, müssen unbeantwortet bleiben. Fragen wie etwa: Grundrecht oder Grundsatz? Und wenn Grundrecht: Kann ein Recht, das aus der Tradition der Folterverbote und des Anklagegrundsatzes erwachsen ist, juristische Personen zum Träger haben?<sup>100</sup> Oder hängt das von strukturellen Erwägungen ab, etwa, ob es sich um ein Verfahrensgrundrecht oder ein Abwehrrecht handelt? Wenn Ersteres: Wie abwägungsoffen lassen sich Verfahrensgrundrechte denken? Wenn Letzteres: Wie restriktionsavers lassen sich Abwehrrechte handhaben? Und schließlich: Warum dann, wie prominent in der Rechtsprechung des BVerfG, ein ganzes Konglomerat an Normen, die in (mehr oder minder) subtilem Zusammenwirken den Schutz vor einem Zwang zur Selbstbezeichnung sicherstellen?

Fragen wie diese verhalten dazu, einen anderen Schluss aus dem Vorgesagten zu ziehen und zur zweiten Folgerung zu gelangen: Das Verbot des Zwangs zur Selbstbezeichnung existiert so nicht. Vielmehr handelt es sich um ein Aggregat verschiedener – wenngleich wesensähnlicher – normativer Reaktionen auf einzelne Ausprägungen einer (historisch verwirklichten und gegenwärtig abzuwärtenden) Unrechtserfahrung in deren Zentrum das Subjekt in seiner (potentiellen) Subjektion durch den staatlichen Machtapparat unter dem Titel der Strafrechtspflege steht. Einfacher formuliert: In

<sup>94</sup> Offizielle stenographische Berichte über die Verhandlungen des österr. Reichstages, 53.-58. Sitzung, Bd. 4, S. 550

<sup>95</sup> *Friedmann*, Zeitschrift für das Private und Öffentliche Recht der Gegenwart 1890, 41 (63).

<sup>96</sup> *Köstlin* (Fn 80), S. 104.

<sup>97</sup> *Wiederin* (Fn. 22), § 4 Rn. 16.

<sup>98</sup> *Friedmann*, Zeitschrift für das Private und Öffentliche Recht der Gegenwart 1890, 41 (63).

<sup>99</sup> Die österreichische Rechtslage wurde oben II. 1. sowie zuvor oben III. 4. thematisiert. Zur Diskussion um die EMRK vgl. II. 2. Für die deutsche Debatte vgl. nur die Nachweise bei II. 3.

<sup>100</sup> Dazu insbesondere die Beiträge von *Müller*, ZfStw 3/2023, 180; und *Zerbes*, ZfStw 3/2023, 151; jeweils in dieser Ausgabe.

grundrechtlicher Betrachtung erweist sich die Problemlage, der mit dem „sogenannten ‚nemo-tenetur-Grundsatz‘“<sup>101</sup> begegnet werden soll, als Querschnittsmaterie. Dem geschuldet enthält der Grundsatz mehrere „Dimensionen“,<sup>102</sup> die sich in unterschiedlicher Weise normativ manifestieren, soweit eben „[d]ie erhöhte Taxierung der bürgerlichen Freiheit durch den Zeitgeist [...] dahin gedrängt [hat – und weiter drängt], einen Wall schützender Rechtsnormen der schrankenlosen Aufopferung des Einzelnen für die Zwecke der Strafrechtspflege entgegenzustellen“.<sup>103</sup>

Im Innersten des durch den Wall Bewehrten findet sich mit dem Würdeschutz des Einzelnen, der eben „nicht zum bloßen Objekt des Verfahrens degradiert werden [darf], über [das] von Staats wegen verfügt wird“,<sup>104</sup> jener Aspekt der Entwicklung hin zum gegenwärtigen Stand, mit dem historisch (nicht zuletzt) über die (körperliche) Einwirkung seine Mitwirkung am (und im) Verfahren erzwungen wurde.<sup>105</sup> Im Folterverbot (auch) zur Geständniserpresung findet er seinen klarsten positiven Ausdruck:<sup>106</sup> Die „Anwendung von Folter macht die Vernehmungsperson zum bloßen Objekt der Verbrechenbekämpfung unter Verletzung ihres verfassungsrechtlich geschützten sozialen Wert- und Achtungsanspruchs und zerstört grundlegende Voraussetzungen der individuellen und sozialen Existenz des Menschen.“<sup>107</sup> Diesen Wert- und Achtungsanspruch einzulösen bedingt, den Einzelnen als selbstbestimmten Akteur samt der damit einhergehenden Dispositionshoheit wahr- und ernst zu nehmen.<sup>108</sup> Ebendas realisiert sich in der Bedeutung der Willens- und Entscheidungsfreiheit eines Subjekts, das gerade nicht zur Disposition der staatlichen Macht stehen soll, als Anspruch an ein Verfahren, in dem mit dem Subjekt gerade nicht nach Belieben verfahren werden soll.

Der unbedingte Schutz dieser Willens- und Entscheidungsfreiheit erfährt eine Relativierung dort, wo der Betroffene nicht als Subjekt, sondern als Objekt (also nicht als Mittel zum Beweis, sondern als Beweismittel) in Anspruch genommen wird.<sup>109</sup> In die körperliche Integrität des Einzelnen einzugreifen vermag dementsprechend – je nach Intensität – eine Würdeverletzung in sich bergen,<sup>110</sup> kann aber auch gerechtfertigt sein,<sup>111</sup> wenn und soweit entsprechend gewichtige Interessen für den Eingriff streiten.<sup>112</sup>

All das (und mehr)<sup>113</sup> lässt sich abwehrrechtlich denken und handhaben,<sup>114</sup> schlicht deshalb, weil es um abwehrrechtliche Ansprüche geht. All das (und mehr) lässt sich aber auch verfahrensgrundrechtlich übersetzen;<sup>115</sup> (auch) angelagert an andere verfahrensgrundrechtliche Gewährleistungen<sup>116</sup> und samt der damit einhergehenden Implikationen, was Verbote der Verwertung bestimmter Beweismittel anlangt<sup>117</sup> oder was Fragen der Bewertung des Schweigens im Verfahren insgesamt betrifft.<sup>118</sup> Abwehrrecht und Verfahrensgrundrecht stehen einander bei dieser Betrachtung nicht als Gegensätze, sondern als Komplemente gegenüber, wobei Verfahrensgrundrechte dann eben vielfach als (konsequente) Fortset-

<sup>101</sup> VfSlg 18.927/2009.

<sup>102</sup> Zerbes, ZStW 129 (2017), 1035 (1039).

<sup>103</sup> Friedmann, Zeitschrift für das Private und Öffentliche Recht der Gegenwart 1890, 41 (63).

<sup>104</sup> Dreier, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 1 Rn. 139. Ebenso, wie gezeigt, (wenn auch vor dem Hintergrund von Art. 90 Abs. 2 B-VG) der VfGH – dazu oben II. 1.

<sup>105</sup> Oben III. 3. Dazu für Art. 1 GG nur Starck (Fn. 43), Art. 1 Rn. 56. Für die EMRK vgl. zu den „klassischen“ Zwecken, aus denen intentional in den Verbotsbereich von Garantien wie Art. 3 EMRK eingegriffen wird, Andreas Th. Müller, ZÖR 2012, 475 (473 f). Für eine entsprechende Kontextualisierung im neueren Schrifttum vgl. Mavronicola, Torture, Inhumanity and Degradation unter Article 3 of the ECHR, 2021, S. 73 ff.

<sup>106</sup> Locus Classicus EGMR (Große Kammer), Urt. v. 1.6.2010 – 22.978/05 (Gäfen v. Germany), Rn. 90 ff. Dazu insbesondere Andreas Th. Müller, Zeitschrift für Verwaltung 2012, 219. Vgl. auch Grabenwarter, NJW 2010, 3128.

<sup>107</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.12.2004 – 2 BvR 1249/04. Vgl. für die Rspr. des VfGH zu Art. 90 Abs. 2 N-BG bereits VfSlg 5295/1966.

<sup>108</sup> Vgl. bereits oben II. 2.

<sup>109</sup> Vgl. dazu bereits Castringius, Schweigen und Leugnen des Beschuldigten im Strafprozess, 1965, S. 5: Immerhin ist der Beschuldigte „als Augenscheinsobjekt echtes Beweismittel“ und „[a]uch in seiner Eigenschaft als Auskunftsperson wird der Beschuldigte allgemein als Beweismittel angesehen“.

<sup>110</sup> Dazu insbesondere EGMR, Urt. v. 11.7.2006 – 54810/00 (Jalloh v. Germany), Rn. 82.

<sup>111</sup> BVerfGE 47, 239 (247 ff.).

<sup>112</sup> Vgl. für die Rechtsprechung des VfGH erneut nur VfSlg 5295/1966. Die zuvor diskutierte (oben Fn. 21 und 39) Differenzierung des VfGH zwischen (passiver) Duldung und (aktiver) Mitwirkung ändert ihrerseits strukturell nichts an der hier vorgenommenen Rekonstruktion.

<sup>113</sup> Wie insbesondere die Frage nach der Zulässigkeit von Umgehungskonstruktionen – vgl. oben II.

<sup>114</sup> Insoweit ist Fuchs, ZÖR 2012, 537 (551), beizupflichten, wenn sie vom „genuin abwehrrechtlich[en], freiheitssichernde[n] Charakter des nemo-tenetur-Grundsatzes“ spricht.

<sup>115</sup> Insoweit ist der Einordnung des „nemo-tenetur-Grundrecht[s] als] prozessuales Recht“ bei Herbst (Fn 39), Art. 90/2 Rn. 22 f., nicht entgegenzutreten.

<sup>116</sup> Etwa in Gestalt auf das Recht der Beiziehung eines Rechtsvertreters (vgl. für die Rechtsprechung des EGMR nur EGMR, Urt. v. 27.11.2008 – 36391/02 [Salduz v. Turkey], Rn. 54 f.) oder in Gestalt der Unschuldsvermutung (vgl. bereits EGMR, Urt. v. 17.12.1996 – 19187/91 [Saunders v. UK], Rn. 68).

<sup>117</sup> Vgl. aus der Rechtsprechung des EGMR nur EGMR, Urt. v. 10.3.2009 – 4378/02 (Bykov v. Russia), Rn. 104, oder EGMR (Große Kammer), Urt. v. 13.9.2016 – 50541/08 u.a. (Ibrahim and others v. UK), Rn. 269.

<sup>118</sup> Vgl. nur BVerfGK 14, 295 (303), oder BVerfGK 17, 223 (227). Für die Rechtsprechung des EGMR vgl. bereits EGMR (Große Kammer), Urt. v. 28.2.1996 – 18731/91 (John Murray v. UK), Rn. 47.

zung des abwehrrechtlichen Anspruchs mit anderen Mitteln erscheinen; eine Fortsetzung, die aber mehr ist, als ein bloßer Spiegel der abwehrrechtlichen Positionen und insofern offen bleibt, auch neueren Herausforderungen gerecht zu werden, die die weitere Entwicklung und Handhabung des „sogenannten ‚nemo-tenetur-Grundsatz‘[es]“<sup>119</sup> prägen werden.<sup>120</sup>

Es ist dieses komplementäre Verständnis, das den Reichtum der normativen Verankerung bestmöglich ins Verhältnis setzt. Und es ist dieses komplementäre Verständnis, das den Reichtum der Lebenssachverhalte, die dem hier diskutierten Phänomen zu Grunde liegen, bestmöglich akkommodiert. Vielleicht also ist es auf den zweiten Blick doch beredt, das Schweigen auf Ebene der EMRK sowie der österreichischen und der deutschen Verfassung, was das Schweigen anlangt. Deutungsfähig ist es allemal.

---

<sup>119</sup> VfSlg 18.927/2009.

<sup>120</sup> Dazu nur *Zerbes*, ZStW 129 (2017), 1035 (1042 ff.).

---

# Nemo-tenetur-Grundsatz und Menschenwürde: Zum Menschenwürdekern der Selbstbelastungsfreiheit

Von Prof. Dr. Mathias Hong, Kehl

*Der Beitrag untersucht den grundrechtlichen Menschenwürdekern des nemo-tenetur-Grundsatzes. Der Menschenwürdekern der Selbstbelastungsfreiheit wird danach jedenfalls verletzt, wenn erzwungene selbstbelastende Aussagen die Grundlage für eine strafgerichtliche Verurteilung oder entsprechende Sanktionen bilden oder der eingesetzte Zwang in einem entsprechenden Verfahren zugleich die Eingriffsintensitätsschwelle des Art. 3 EMRK überschreitet.*

## I. Menschenwürde und grundrechtliche Menschenwürdegehalte

### 1. Objektformel und Subjektformel – und die Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit

Nach der auf Kant zurückgehenden Objektformel des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 1 Abs. 1 GG ist die Menschenwürde verletzt, wenn der Mensch zum bloßen Objekt hoheitlichen Handelns herabgewürdigt, zum bloßen Mittel zu anderen Zwecken gemacht wird.<sup>1</sup> Neben dieser bekannten Objektformel verwendet das Gericht die Subjektformel, nach der es die Menschenwürde verbietet, den Menschen einer hoheitlichen Behandlung auszusetzen, die seine Subjektqualität grundsätzlich in Frage stellt.<sup>2</sup> Jedoch ist die Leistungsfähigkeit dieser Formeln begrenzt, sie sind auf eine weitere Konkretisierung angewiesen.<sup>3</sup>

### 2. Die grundrechtlichen Menschenwürdegehalte als maßgebliche Konkretisierungen der Menschenwürde – und ihre dynamische Entwicklungsfähigkeit

Die wesentliche Konkretisierung der Menschenwürde liegt in dem Menschenwürdegehalt der einzelnen Grundrechte (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG). Menschenwürde ist der unentziehbare Status der Freiheit und Gleichheit, der gerade auch durch die Menschenwürdegehalte der einzelnen Grundrechte umschrieben wird.

Nach dem Willen der verfassungsgebenden Gewalt, wie er sich aus den Beratungen des Parlamentarischen Rates erschließen lässt, sollte jeder Artikel des Grundrechtskatalogs

ges für sich nach dem Willen der verfassungsgebenden Gewalt „ein Stück Freiheit“ sichern, das für die Menschenwürde unabdingbar ist.<sup>4</sup> Ein abwehrrechtlicher Mindestgehalt eines jeden Grundrechts ist deshalb als ein Menschenwürdekern der Grundrechte absolut geschützt. Als abschließende Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes<sup>5</sup> kennzeichnet er jene Rechtspositionen eines Grundrechts, die mit hinreichender Sicherheit in jeder Abwägung mit gegenläufigen Belangen die Oberhand behalten, so dass sie als „abwägungsfest“ geschützt anzusehen sind.<sup>6</sup>

Der absolut geschützte abwehrrechtliche Menschenwürdegehalt der Grundrechte umfasst einerseits einen historischen Kern, hinter den schon seit 1949 kein Zurück mehr möglich sein sollte. Dazu gehören etwa das Sklavereiverbot, aber auch das Folterverbot, als ein wesentlicher Kerngehalt auch des Nemo-tenetur-Rechts. Andererseits sollten die Menschenwürdekern der Grundrechte aber auch dynamisch entwicklungsfähig sein. Sie schließen deshalb heute auch Rechte ein wie das Recht auf Ehe für alle Paare, ein weiterreichendes absolutes Folterverbot, als etwa 1949 anerkannt war, sowie ein darüber hinausgehendes Verbot unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung, in der dynamischen Auslegung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte.<sup>7</sup>

## II. Nemo-tenetur-Grundsatz: Die Selbstbelastungsfreiheit und ihr Menschenwürdekern

Das aus der Menschenwürde folgende allgemeine Verbot, Menschen zu bloßen Objekten staatlichen Handelns herabzuwürdigen, wird demnach in dynamisch entwicklungsfähigen Menschenwürdekernen der Einzelgrundrechte konkretisiert. Das betrifft einerseits die Menschenwürdegarantie aus Art. 1 Abs. 1 GG, dürfte aber im europäischen Mehrebenensystem der Grundrechte auch auf die Europäische Menschenrechtskonvention und die Charta der Grundrechte der Europäischen Union übertragbar sein.<sup>8</sup> Wie weit ist, diese allgemei-

<sup>1</sup> Ständige Rechtsprechung des BVerfG; siehe nur BVerfGE 27, 1 (6 – Mikrozensus, 1969); für ausführliche Nachw. vgl. Hong, Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte, 2019, S. 417 ff. Der Beitrag stützt sich maßgeblich auch auf diese Habilitationsschrift (zur Genealogie der Objektformel siehe dort S. 672 ff.; zum nemo-tenetur-Grundsatz: S. 527 f.). Er ist aus einem Workshop an der Universität Innsbruck am 9. Januar 2023 hervorgegangen, dessen Veranstaltenden, Prof. Dr. Stefanie Bock und Prof. Dr. Andreas Müller, für die Einladung gedankt sei.

<sup>2</sup> Vgl. BVerfGE 115, 118 (153 – Luftsicherheitsgesetz, 2006); zu den verschiedenen Varianten der Subjektformel siehe Hong (Fn. 1), S. 421 ff.

<sup>3</sup> Vgl. BVerfGE 107, 279 (312 – Wohnraumüberwachung, 2004): „Allerdings sind der Leistungskraft der Objektformel auch Grenzen gesetzt [...]“.

<sup>4</sup> Siehe v. Mangoldt, in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Akten und Protokolle, Bd. 5, Ausschuss für Grundsatzfragen, 1993, S. 591 („[J]eder Artikel für sich gewährleistet ein Stück Freiheit, das notwendig ist, um die Menschenwürde zu gewährleisten.“); eingehend Hong (Fn. 1), S. 181 ff. m.w.N., zusammenfassend S. 398 ff.

<sup>5</sup> Dazu, dass absolut geschützte grundrechtliche Kerngehalte als (abschließende) Konkretisierungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes konzipiert werden können, siehe näher Hong (Fn. 1), S. 619 ff.

<sup>6</sup> Zur Begründung abwägungsfester Rechte siehe näher Hong, Abwägungsfeste Rechte, 2019.

<sup>7</sup> Zum Ganzen eingehend Hong (Fn. 1), S. 99 ff.; ders. (Fn. 6), S. 81 ff.

<sup>8</sup> Zum absolut geschützten Kerngehalt der Rechte der Charta der Grundrechte der Europäischen Union siehe allgemein

nen Aussagen zum grundrechtlichen Menschenwürdekern vorausgesetzt, gerade der nemo-tenetur-Grundsatz von der Menschenwürdegarantie umfasst?<sup>9</sup>

*1. Menschenwürdewidrigkeit der strafrechtlichen Verwertung erzwungener Aussagen sowie der mit Art. 3 EMRK unvereinbaren Aussageerzwingung*

Das Bundesverfassungsgericht hat festgehalten, dass ein „Zwang zur Selbstbezeichnung“ neben der Handlungsfreiheit und dem Persönlichkeitsrecht „zugleich die Würde des Menschen“ berühre, „dessen Aussage als Mittel gegen ihn selbst verwendet“ werde.<sup>10</sup> „Die Aussagefreiheit des Beschuldigten und das Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung (nemo tenetur se ipsum accusare)“ seien „notwendiger Ausdruck einer auf dem Leitgedanken der Achtung der Menschenwürde beruhenden rechtsstaatlichen Grundhaltung“.<sup>11</sup>

Präziser hat das Gericht festgehalten, dass mit der Menschenwürde jedenfalls „ein Zwang“ unvereinbar wäre, „durch eigene Aussagen die Voraussetzungen für eine strafgerichtliche Verurteilung oder die Verhängung entsprechender Sanktionen liefern zu müssen“, wenn diese nicht durch ein Verwertungsverbot abgewendet werden.<sup>12</sup> Das heißt, nicht schon

jeder Zwang zur Selbstbelastung muss danach menschenwürdewidrig sein, jedenfalls aber ist es ein Zwang zu selbstbelastenden Aussagen ohne ein straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliches Verwertungsverbot.<sup>13</sup>

Der Menschenwürdekern der Selbstbelastungsfreiheit (als Ausprägung vor allem des Rechts auf ein faires Verfahren aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG) wird danach jedenfalls verletzt, wenn erzwungene selbstbelastende Aussagen die Grundlage für eine strafgerichtliche Verurteilung oder entsprechende Sanktionen bilden.

Selbstverständlich sollte außerdem sein, dass die Selbstbelastungsfreiheit unabhängig davon, ob ein Verwertungsverbot gilt, dort in ihrem Menschenwürdekern verletzt sein muss, wo sie sich mit Art. 3 EMRK überschneidet, das heißt, wo eine Aussage im auf Sanktionen gerichteten Verfahren durch solchen Zwang erreicht werden soll, der die Schwelle der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder gar der Folter i.S.v. Art. 3 EMRK überschreitet.<sup>14</sup>

Neben dem Recht auf ein faires Verfahren kann nach dem Bundesverfassungsgericht auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, gegebenenfalls in seiner Ausprägung als Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung,<sup>15</sup> betroffen sein.

In einer Kammerentscheidung vom Januar 2022 hat das Bundesverfassungsgericht dementsprechend strafgerichtliche Bußgeldverurteilungen wegen Nichterteilung einer Auskunft als Verletzungen des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit (aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG „sowie“ aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) aufgehoben, weil der Verurteilte „aufgrund der Gefahr einer ordnungswidrigkeitenrechtlichen Verfolgung wegen eines vorherigen gefahrgutrechtli-

---

*Lenaerts*, German Law Journal 20 (2019), 779. Allgemein zu möglichen Kongruenzen zwischen den verschiedenen Ebenen des europäischen Grundrechtsschutzes *Hong*, in: Mangold/Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, § 2 Rn. 3–11, S. 69–73.

<sup>9</sup> Siehe zum nemo-tenetur-Grundsatz im Unionsrecht *Müller*, ZfStw 3/2023, 180; *Bock*, ZfStw 3/2023, 189, und *Brodowski*, ZfStw 3/2023, 197, jeweils in dieser Ausgabe. Vgl. ferner (mit Blick auf Art. 47 und Art. 48 GRC) Schlussanträge Generalanwalt Pikamäe v. 27.10.2020 – 481/19 (DB v. Consob), Rn. 99 („Mit anderen Worten steht [...] der Respekt vor der Person und ihrer Entschlussfreiheit durch die Verhinderung der Ausübung behördlichen Zwangs auf die Willensbildung dieser Person im Mittelpunkt der Zielsetzungen des Auskunftsverweigerungsrechts, so wie der EGMR es prüft. Daher wird das fragliche Recht [vom EGMR] als Bestandteil der Menschenwürde verstanden [...]“); ferner (mit Blick auf Art. 6 Abs. 1 EMRK): EGMR, Urt. v. 17.12.1996 – 19187/91, Dissenting Opinion Judge Martens joined by Judge Kuris, Rn. 9 f. (kritisch gegenüber einer aus seiner Sicht zu weitgehenden Ableitung der Selbstbelastungsfreiheit als in der Menschenwürde verankert durch den Gerichtshof).

<sup>10</sup> Vgl. BVerfGE 56, 37 (42 – Selbstbezeichnung, 1981). Siehe auch BVerfGE 55, 144 (150 – Schifffahrtsgelde, 1980): „von der Achtung vor der menschlichen Würde geprägte[r] rechtsstaatliche[r] Grundsatz, daß niemand gezwungen werden darf, gegen sich selbst auszusagen“.

<sup>11</sup> Vgl. BVerfGE 133, 168 (201 – Verständigung im Strafprozess, 2013). Vgl. vorangehend BVerfGE 56, 37 (43), unter Verweis auf BVerfGE 38, 105 (113), wo aber lediglich auf den Rechtsstaat verwiesen wird, sowie BGHSt 14, 358 (364).

<sup>12</sup> Vgl. BVerfGE 56, 37 (49 – Selbstbezeichnung, 1981): „[u]nzumutbar und mit der Würde des Menschen unvereinbar“; zum Verwertungsverbot vgl. ebd., S. 50 f.; vgl. auch abweichende Meinung Hirsch zu BVerfGE 57, 170 – Brief-

---

kontrolle U-Haft (1981), 182 (199): „Der Gedanke, daß eine Information, deren sich der Mensch nicht ohne Not und in freier Selbstbestimmung entäußert hat, nicht gegen ihn verwendet werden darf, liegt auch der Vorschrift des § 136a StPO zugrunde, die in engem Zusammenhang mit dem Gebot des Schutzes der Menschenwürde steht.“ Vgl. auch BVerfG, Beschl. v. v. 5.7.2006 – 2 BvR 1317/05 (Konfrontationsrecht, Nichtannahme), Rn. 21: „Mit der in der Menschenwürde des Zeugen wurzelnden Selbstbelastungsfreiheit wäre es unvereinbar, dem Staat die Pflicht aufzuerlegen, die Aussagebereitschaft einer verweigerungsberechtigten Auskunftsperson fortlaufend zu prüfen und womöglich schon auf diese Weise auf dessen Willensentschließung einzuwirken.“

<sup>13</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 25.1.2022 – 2 BvR 2462/18, Rn. 52.

<sup>14</sup> Zum absoluten Schutz der Verbote aus Art. 3 EMRK siehe etwa *Hong*, Todesstrafenverbot und Folterverbot, 2019, S. 163 ff. (zum Verbot körperlicher oder seelischer Misshandlung aus Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG: S. 177 ff.).

<sup>15</sup> *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 98. Lfg., Stand: März 2022, Art. 2 Abs. 1 Rn. 187, sowie (insoweit ohne ausdrückliche Aussagen zu einem Menschenwürdekern) BVerfGE 65, 1 (45 f. – Volkszählung, 1983); 96, 171 (181 – Stasi-Fragen, 1997).

chen Verstoßes“ nicht zur Auskunft über seine Verantwortlichkeit verpflichtet werden durfte.<sup>16</sup>

*2. Keine notwendige Menschenwürdekernberührung, soweit es nicht um erzwungene selbstbelastende Aussagen geht*

Wenn es nicht um erzwungene selbstbelastende Aussagen geht, muss der Menschenwürdekern der Selbstbelastungsfreiheit dagegen nicht berührt sein.

*a) Verwertung von Schweigen zulasten des Angeklagten*

So muss zum einen nicht unbedingt eine Menschenwürdeverletzung darin liegen, wenn lediglich das Schweigen des Angeklagten im Rahmen einer freien Beweiswürdigung zulasten des Angeklagten gewertet werden kann. In dem Kammerbeschluss von 2016 zur Auslieferung in das Vereinigte Königreich auf Grundlage eines Europäischen Haftbefehls wurde dementsprechend eine Verletzung des Menschenwürdegehaltes des nemo-tenetur-Grundsatzes verneint.<sup>17</sup> Die Menschenwürdegarantie kann zwar durch hoheitliche Abschiebungen, Auslieferungen oder sonstige Maßnahmen des Refoulement verletzt sein, wenn im Zielstaat solcher Maßnahmen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit die Menschenwürde verletzt wird: Die deutsche Hoheitsgewalt „darf die Hand nicht zu Verletzungen der Menschenwürde durch andere Staaten reichen“.<sup>18</sup> In der Möglichkeit, dass Schweigen zulasten des Angeklagten verwendet werden konnte, hat das Bundesverfassungsgericht jedoch keine solche Verletzung der Menschenwürde gesehen.

*b) Elektronische Aufenthaltsüberwachung („Fußfessel“)*

Zum anderen hat das Bundesverfassungsgericht etwa die Aussagefreiheit auch nicht durch eine elektronische Aufenthaltsüberwachung als Maßnahme der Führungsaufsicht (nach § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 12 StGB) verletzt gesehen. In seiner Senatsentscheidung von 2020 zu dieser sog. elektronischen Fußfessel hat das Gericht zwar bekräftigt, dass die Menschenwürde „für Zeugen und Beschuldigte in Straf- oder ähnlichen Verfahren“ einen „(praktisch) absoluten Schutz vor Selbstbezeichnung“ gewährleiste.<sup>19</sup> Jedoch verletzen danach

„bloße Mitwirkungspflichten das Verbot der Selbstbelastung nicht, wenn durch sie Aussage- und Zeugnisverweigerungsrechte im Ordnungswidrigkeiten- oder Strafverfahren nicht berührt werden“.<sup>20</sup>

Das Verbot der Selbstbelastung schütze nicht davor, dass „Erkenntnismöglichkeiten, die den Bereich der Aussagefreiheit nicht berühren, genutzt werden und insoweit die Freiheit des Betroffenen eingeschränkt wird“; so liege der Fall bei der elektronischen Fußfessel.<sup>21</sup> Die Verpflichtung, „die für die elektronische Überwachung des Aufenthaltsorts erforderlichen technischen Mittel ständig im betriebsbereiten Zustand bei sich zu führen und deren Funktionsfähigkeit nicht zu beeinträchtigen“, stelle „eine Mitwirkungspflicht dar, durch die die Aussagefreiheit des Betroffenen im Strafverfahren [...] nicht eingeschränkt“ werde.<sup>22</sup>

**IV. Schluss**

Die Selbstbelastungsfreiheit ist grundrechtlich insbesondere durch das Recht auf ein faires Verfahren aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG geschützt, kann aber auch vom Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) mitumfasst sein. Ihr grundrechtlicher Menschenwürdekern wird jedenfalls verletzt, wenn erzwungene selbstbelastende Aussagen die Grundlage für eine strafgerichtliche Verurteilung oder entsprechende Sanktionen bilden oder wenn der in einem solchen Verfahren eingesetzte Zwang zugleich die Eingriffsintensitätsschwelle des Art. 3 EMRK überschreitet. Geht es dagegen nicht um erzwungene Aussagen, muss die Selbstbelastungsfreiheit nicht schon in ihrem Menschenwürdekern berührt sein.

<sup>16</sup> BVerfG, Beschl. v. 25.1.2022 – 2 BvR 2462/18, Rn. 49 ff. (Zitat: Rn. 49), 56 ff. (Zitat: Rn. 57).

<sup>17</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 6.9.2016 – 2 BvR 890/16 (Europäischer Haftbefehl – Auslieferung in das Vereinigte Königreich), Rn. 34–36, 37–43 (u.a. unter Verweis auf die Rspr. des EGMR, ebd., Rn. 42).

<sup>18</sup> BVerfGE 140, 317 (Rn. 62 – Europäischer Haftbefehl, 2015). Zur Unklarheit dieser Rechtsprechungslinie (des *Zweiten Senats*) mit Blick auf die Frage, ob durch das Refoulement danach nur die Menschenwürdegarantie oder (was konsequent wäre) auch das jeweilige Grundrecht in seinem Menschenwürdekern verletzt wird, siehe näher *Hong* (Fn. 1), S. 529 ff.

<sup>19</sup> BVerfGE 156, 63 (Rn. 309 – Fußfessel, 2020): „Zwar darf in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nicht dergestalt eingegriffen werden, dass ein Verfahrensbeteiligter dem Zwang ausgesetzt wird, sich selbst strafbarer Handlung

gen zu bezichtigen oder Informationen preiszugeben, die ihn selbst belasten [...]. Mit der Garantie der Menschenwürde wäre es nicht vereinbar, wenn der Einzelne in eine Lage gebracht würde, in der er sich selbst strafrechtlich relevanter oder ähnlicher Verfehlungen bezichtigen muss, in der er in Versuchung gerät, durch Falschaussagen ein neues Delikt zu begehen, oder Gefahr läuft, wegen seines Schweigens Zwangsmitteln unterworfen zu werden [...]. Jedenfalls für Zeugen und Beschuldigte in Straf- oder ähnlichen Verfahren gewährleistet die Verfassung einen (praktisch) absoluten Schutz vor Selbstbezeichnung [...].“

<sup>20</sup> BVerfGE 156, 63, Rn. 310.

<sup>21</sup> BVerfGE 156, 63, Rn. 311.

<sup>22</sup> BVerfGE 156, 63, Rn. 311.

# Der nemo-tenetur-Grundsatz als Ausfluss des Widerstandsrechts bei Thomas Hobbes

Von Assoz. Prof. PD Dr. Marie-Luisa Frick, Universität Innsbruck

*Der nemo-tenetur-Grundsatz gilt heute als Inbegriff eines fairen Verfahrens und ist in entwickelten Rechtsstaaten als Grundrecht geschützt. Als Menschenrecht ist er im UN-Zivilpakt festgehalten und aus der EMRK per Rechtsprechung abgeleitet. Die ideellen Grundlagen des Schweigerechts reichen weit zurück, mindestens bis in die Frühe Neuzeit, wo insbesondere in England Theorien natürlicher Rechte zu einem neuen Verständnis der Beziehung von Staat und Individuum geführt haben. Dieses neue Verständnis schlug sich in Nordamerika in (revolutionären) Rechteerklärungen nieder, die (wie die Virginia Bill of Rights und die Verfassungszusätze/Bill of Rights der US-Bundesverfassung) es zum Recht jedermanns erklärten, in Strafsachen nicht gegen sich selbst aussagen zu müssen. Die Etablierung des nemo-tenetur-Grundsatzes im Kontext der neuzeitlichen Bürger- bzw. Menschenrechte fußt auf konkreten philosophischen Vorstellungen über natürliche Freiheitsrechte. Überraschenderweise führt eine ideengeschichtliche Spur hin zum Aufschwimmen des Schweigerechts im 17. Jahrhundert zu Thomas Hobbes, der in seiner Konzeption des allmächtigen Staates wie kein anderer Sozialkontraktstheoretiker die Stellung des Angeklagten im Strafverfahren unter den Prämissen unveräußerlicher natürlicher Rechte mitreflektiert und dafür sogar Vorwürfe der Inkohärenz riskiert.*

## I. Hinführung: Eine Hobbessche Paradoxie

Dass der englische Philosoph und Staatstheoretiker *Thomas Hobbes* (1588–1679) ein unnachgiebiger Apologet des (monarchischen) Absolutismus gewesen sei und mit seinem monströsen „Leviathan“ ein paradigmatisch autoritäres Staatsmodell beworben habe, ist eine bis zur Entstellung heranreichende Vereinfachung, welche zwar weit verbreitet ist und selbst in Einführungen in die Politische Philosophie gelegentlich reproduziert wird, innerhalb spezialisierter Fachdiskurse jedoch längst als überholt angesehen wird. Auch vor dem komplexen Hintergrund seiner Lebenszeit mit ihren politischen Verwerfungen erscheint *Hobbes* gerade nicht als „reaktionärer“ Geist, der die monarchisch-erbliche Herrschaft zu legitimieren suchte, sondern im Gegenteil die Legitimität von Herrschaft durch Zustimmung.<sup>1</sup> Den revolutionären Republikanern seiner Zeit steht *Hobbes* damit deutlich näher, als den Bewahrern einer scheinbar gottgewollten, natürlichen Ordnung. Nichtsdestotrotz war eines seiner Kernanliegen, jene revolutionären Gruppen durch eine starke Staatsmacht einzuhegen, welche sich mit einem „Recht auf Widerstand“ gegen eine „ungerechte“ Herrschaft zu stellen legitimiert erachteten – allen voran solche, die sich dabei auf religiöse Rechtfertigungsgrundlagen stützten.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> *Hobbes’ Souverän* – eine Versammlung oder eine Person – wird mit Mehrheitsbeschluss der Vertragsschließenden gewählt, vgl. *Hobbes, Leviathan*, 1651 (Penguin Books 1985), Kap. 18.

<sup>2</sup> Vgl. insbesondere *Hobbes* (Fn. 1), S. 205 f., 365 f., 609 ff.

Das von vielen seiner Zeitgenossen postulierte Recht auf Widerstand gegen eine „ungerechte“ Regierung war *Hobbes* ein Dorn im Auge, da Quelle von Streit und Aufruhr und potentielles Instrument, jede Herrschaft zu delegitimieren – je nach Definition von „Gerechtigkeit“. Und nichts sei schädlicher, so das *Hobbes’* gesamte politische Philosophie durchdringende Credo, als Streit und Aufruhr, die zum Zerfall der Ordnung führen und damit zur Gefahr für das Leben und die Sicherheit der Menschen werden. Man könnte nun vermuten – und daraus erklären sich großteils die erwähnten Vorurteile seiner Theorie gegenüber –, dass ein Denker wie *Hobbes* die Rechte der Individuen der Allmacht des Staates, dessen Überleben das höchste Gut sein muss, kompromisslos unterordnet; dass dieser Staat für Schutz und Sicherheit im Gegenzug von ihnen die Übertragung aller vorstaatlichen Freiheiten verlangen und grenzenlosen Gehorsam einfordern darf.

Dies stellt sich jedoch bei genauer Lektüre gerade nicht so dar. Fachleute im Bereich der *Hobbes*-Studien beschäftigt vielmehr eine augenfällige Paradoxie in der Theorie von *Hobbes*. Im Zentrum der Debatten steht dabei das Widerstandsrecht, das sich bei *Hobbes* zwar nicht (explizit) als kollektives Widerstandsrecht findet, aber als subjektives „Recht“ des Bürgers. Die Fachmeinungen gehen darüber auseinander, ob in dieser überraschenden Doppelgesichtigkeit von *Hobbes* in Richtung des starken Staates einerseits und in Richtung der natürlichen Rechte des Rechtssubjekts andererseits eine Inkonsequenz zum Ausdruck kommt, die den starken Staat letztlich (unabsichtlich) unmöglich macht, oder ob sie „Methode“ hat und folglich im *Hobbesschen* streng axiomatisch-geometrischen Theoriegebäude sinnvoll verstanden werden kann.<sup>3</sup> Im Folgenden soll das Widerstandsrecht bei *Hobbes* in seinen Grundlagen rekonstruiert werden, bevor in einem nächsten Schritt Unteransprüche dieses „Rechts“ bei *Hobbes*, zu denen dieser auch das Schweigerecht zählt, näher betrachtet werden. Im Anschluss werden mögliche Implikationen des Widerstandsrechts bzw. des nemo-tenetur-Grundsatzes bei *Hobbes* für das Strafrecht und das Strafprozessrecht bzw. für grundrechtliche Verfassungsgarantien diskutiert.

## II. Das Widerstandsrecht bei *Thomas Hobbes*

Der Grund, weshalb Menschen ihre ursprüngliche, im Naturzustand unbegrenzte Freiheit aufgeben und sich einem staatlichen Gewaltmonopol unterwerfen, ist in *Hobbes’* Sozial-

<sup>3</sup> Vgl. insbesondere *Mayer-Tasch*, *Thomas Hobbes und das Widerstandsrecht*, 1965; *Hampton*, *Hobbes and the Social Contract Tradition*, 1986; *Finkelstein*, in: dies. (Hrsg.): *Hobbes on Law*, 2005, S. 411; *Curran*, *Law and Philosophy* 25 (2006), 243–265; *dies.*, *Reclaiming the Rights of the Hobbesian Subject*, 2007; *Sreedhar*, *Hobbes on Resistance, Defying the Leviathan*, 2010; *Yates*, *Journal of the History of Philosophy* 52 (2014), 233; *Carvalho*, *Criminal Law and Philosophy* 11 (2017), 249.

kontraktstheorie der Wunsch, ihr Leben (besser) zu erhalten.<sup>4</sup> Wenn sie vernünftig kalkulieren, so die Annahme, ist ein praktisch wirkungsloses natürliches „Recht aller auf alles“ weniger attraktiv als ein grundsätzlich staatlich gesichertes Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit etc. Staatlich gesichert wird es vom Souverän – einer Person oder Versammlung, die von den Vertragsschließenden bestimmt wird, selbst aber nicht Partei des Gesellschaftsvertrages ist – dadurch, dass diesem das Recht (und die Pflicht) zu strafen zukommt, um die Sicherheit der Bürger voreinander zu gewährleisten. Eine von *Hobbes* mitbedachte Schwierigkeit stellt sich dann, wenn der Souverän zu diesem Zweck – oder auch aus seiner Machtfülle heraus „ungerechtfertigt“ – das Leben oder auch die Freiheit eines Bürgers antastet. Denn um eben diese(s) besser geschützt zu wissen, hat man ja in den Gesellschaftsvertrag eingewilligt. Es ist verglichen mit Sozialkontraktstheoretikern vor und nach ihm beachtenswert, dass *Hobbes* in einem solchen Fall nicht einfach davon ausgeht, die Einwilligung in den Vertrag aller mit allen nehme bereits die Einwilligung in die eigene Schädigung oder gar Vernichtung, so sie aus Sicht des Souveräns erforderlich ist, vorweg. In den Worten von *Sreedhar*: „While he argued for the necessity of an ‚absolute‘ sovereign, he did not require ‚absolute‘ obedience to that sovereign.“<sup>5</sup>

*Hobbes* entwickelt seine Theorie über viele Jahre (entlang des Verlaufs des Englischen Bürgerkrieges) in mehreren Schriften. Zu Beginn ist ein Widerstandsrecht noch nicht angedacht. So verneint *Hobbes* in seinen „Elements of Law“ (1640) noch jedes Recht, der Staatsgewalt zu widerstehen („that no man in any commonwealth whatsoever hath right to resist him, or them, on whom they have conferred [...] the sword of justice“).<sup>6</sup> In „De Cive“ (1642) jedoch vertritt *Hobbes* nun den Standpunkt, wonach niemand zu Gehorsam verpflichtet ist gegenüber Anordnungen, die Interessen der Selbsterhaltung des Einzelnen bedrohen. Am deutlichsten zu Tage tritt das Widerstandsrecht schließlich im „Leviathan“ (1651).

In der Ausdifferenzierung von Pflichten und Rechten der Bürger betont *Hobbes* folgende Unterscheidung: Es ist das eine, zuzustimmen, dass man bestraft wird, wenn man seinen Teil des Vertrages nicht erfüllt (konkret durch Rückfall in die private Gewalt), etwas anderes aber ist das Versprechen, sich nicht zu wehren, wenn der Staat mich strafen will oder gar an meiner eigenen Bestrafung (und mitunter Tötung) mitzuwirken.<sup>7</sup> So heißt es in „De Cive“: „Niemand ist durch irgendei-

nen Vertrag verpflichtet, dem, der ihn töten oder verwunden oder sonst verletzen will, keinen Widerstand zu leisten; denn bei jedermann gibt es einen höchsten Grund der Angst, der ihm das drohende Übel als das größte erscheinen läßt, so daß er aus Notwendigkeit mit aller Kraft ihm zu entgehen sucht und man nimmt an, er könne hier nicht anders handeln.“<sup>8</sup> *Hobbes* geht es nicht bloß darum, dem unschuldig vom „Leviathan“ Bedrängten ein moralisches Recht zuzuschreiben, sich zu widersetzen, sondern – und dies ist das Revolutionäre an seiner Theorie – jedem Mitglied des politischen Gemeinwesens, selbst dem verurteilten Straftäter, wenn er in „Leviathan“ schreibt: „If the Sovereign command a man (though justly condemned), to kill, wound, or mayme himselfe; or not to resist those that assault him; or to abstain from the use of food, ayre, medicine, or any other thing, without which he cannot live; yet hath that man the Liberty to disobey.“<sup>9</sup> Dass man Straftäter üblicherweise fesselt, wertet *Hobbes* als Hinweis dafür, dass man ihnen eben keine Verpflichtung zuschreibt, sich nicht zu widersetzen und damit als Argument zugunsten seiner Position.<sup>10</sup>

Worauf es *Hobbes* in seiner zustimmungsbasierten Herrschaftstheorie ankommt, ist eine Lücke sichtbar zu machen und offen zu halten: Das Recht des Souveräns zu strafen kann nicht aus der Zustimmung des zu Strafenden bzw. mit dem Vertragsschluss selbst schon gerechtfertigt werden.<sup>11</sup> An der Stelle einer Einwilligungserleichterung steht bei *Hobbes* vielmehr eine demokratische Rechtfertigung mit dem Widerstandsrecht als Zugeständnis an den oder die gegen ihren Willen Gezwungenen.<sup>12</sup> Denn sich widerstandslos der staatlichen Macht zu ergeben, könne von keinem Menschen erwartet werden, der stets unter dem anthropologischen Imperativ der Selbsterhaltung und Schmerzvermeidung steht. Das natürliche Selbsterhaltungsrecht des Naturzustandes wird daher bei *Hobbes* nie völlig aufgegeben, es kann überhaupt von niemandem jemals vertraglich eingetauscht werden, denn ein solcher Vertrag wäre ungültig: „A Covenant not to defend my selfe from force by force, is always voyd. For [...] no man can transferre, or lay down his Right to save himselfe from Death, Wounds, and Imprisonment [...]“.<sup>13</sup> *Mayer-Tasch* hält in seiner Studie zum Widerstandsrecht bei *Hobbes* mit Blick auf die (zu) großzügige Behandlung von Verbrechen in *Hobbes*’ Theorie fest: „Die Lehre vom Selbstverteidigungsrecht der Bürger darf daher nicht nur als Wink für den Gesetzgeber verstanden werden. Sie enthält vielmehr die eindeutige Anerkennung vorstaatlich-natürlicher Freiheitsrechte, die ihren Rechtscharakter auch gegenüber der staatlichen Norm behaupten.“<sup>14</sup>

<sup>4</sup> „The finall Cause, End, or Designe of men (who naturally love Liberty, and Dominion over others,) in the introduction of that restraint upon themselves, (in which we see them live in Common-wealths,) is the foresight of their own preservation, and of a more contented life thereby [...]“, *Hobbes* (Fn. 1), S. 223.

<sup>5</sup> *Sreedhar* (Fn. 3), S. 52.

<sup>6</sup> *Hobbes*, Elements of Law, Natural and Politic, 1640 (Routledge 2020), Teil II Kap. 1 Abs. 7, siehe auch Teil I Kap. 19 Abs. 10.

<sup>7</sup> *Hobbes* (Fn. 1), S. 269. Vgl. auch *ders.*, Vom Menschen/ Vom Bürger, Elemente der Philosophie II/III, 1642 (Meiner 1994), Kap. 2, 18.

<sup>8</sup> *Hobbes* (Fn. 7), S. 94.

<sup>9</sup> *Hobbes* (Fn. 1), S. 268 f.

<sup>10</sup> *Hobbes* (Fn. 7), 94 f.

<sup>11</sup> Vgl. auch *Ristroph*, California Law Review 97 (2009), 601.

<sup>12</sup> Vgl. auch *Frick*, Menschenrechte und Menschenwerte, Zur konzeptionellen Belastbarkeit der Menschenrechtsidee in ihrer globalen Akkommodation, 2017, S. 171 ff.

<sup>13</sup> *Hobbes* (Fn. 1), S. 199.

<sup>14</sup> *Mayer-Tasch* (Fn. 3), S. 102 (Fn. 62).

In ihrer Untersuchung zum Widerstandsrecht bei *Hobbes* arbeitet *Sreedhar* drei (implizit) fundierende Argumentationsfiguren heraus, die das Widerstandsrecht in seiner Theorie plausibilisieren sollen: 1. ein Prinzip der vernünftigen Erwartung (the reasonable expectations principle), 2. ein Prinzip der (Vertrags-)Treue (the fidelity principle) und 3. ein Prinzip der Notwendigkeit (the necessity principle).<sup>15</sup> Ersteres bezieht sich darauf, dass die Erfüllung von Pflichten, welche vernünftigerweise nicht erwartet werden kann (konkret die Mitwirkung an der eigenen Schädigung oder gar Vernichtung), nicht vertraglich geschuldet ist, da ein solcher Vertrag ungültig wäre. Das zweite Prinzip bezieht sich auf den Zweck des Vertrages, der die Übertragung oder Suspendierung eines Rechts, dessen Schutz der Vertragsschluss gerade dienen soll, ausschließt. Das dritte Prinzip besagt, dass nur solche Rechte bei Eintritt in den Gesellschaftsvertrag abgetreten bzw. übertragen werden, die zur Erfüllung des Auftrages der staatlichen Ordnung notwendig sind.

In Summe bedeutet das: Ein Widerstandsrecht ist nicht mit Verweis auf den Gesellschaftsvertrag auszuhebeln, indem aus einer ex-ante-Einwilligung eine ex-post-Rechtfertigung konstruiert wird, sondern ein solches Recht ist gerade durch die „Geschäftsgrundlage“ dieses Vertrages selbst gedeckt. Weniger stabil, da letztlich auf empirische Grundlagen zurückgeworfen, ist hingegen das Argument, wonach dieses nicht verlierbare Recht auf Selbsterhaltung den Zweck der staatlichen Ordnung nicht (immer schon) frustriert. In *Hobbes'* Worten lautet diese entscheidende Bedingung wie folgt: „When therefore our refusall to obey, frustrates the End for which the Sovereignty was ordained; then there is no Liberty to refuse: otherwise there is.“<sup>16</sup> Dass *Hobbes* selbst davon überzeugt war, ein starker Staat könne sich ein individuelles Gehorsamsverweigerungsrecht in gewissen Fällen leisten, ohne den staatlichen Kernauftrag zu kompromittieren, verweist sowohl auf seinen Optimismus hinsichtlich der Möglichkeit eines übermächtigen Staates, als auch auf seine – gemessen am Ideal eines solchen Staates – irritierend-penible Berücksichtigung individueller Interessen bzw. subjektiver Freiheitsrechte.

### III. Schweigerecht, Entschlagungsrecht, Folter

In seiner prinzipiellen Form lässt sich das Widerstandsrecht bei *Hobbes* wie folgt fassen: „Niemand ist zu Gehorsam verpflichtet gegenüber Anordnungen, welche der eigenen Selbsterhaltung und damit dem Zweck des Vertragsschlusses entgegenstehen.“ Aus diesem prinzipiellen Anspruch leiten sich bei *Hobbes* weitere „Rechte“ ab: das Recht, jegliche Befehle zu verweigern, deren Erfüllung mit Selbstgefährdung einhergehen, wozu auch das Recht zählt, den Wehrdienst zu verweigern (wenn man stattdessen einen Söldner bereitstellt); das Recht, sich seiner Verhaftung/Bestrafung zu widersetzen bzw. vor ihr zu fliehen sowie das Schweigerecht im Strafverfahren. Zu letzterem erklärt *Hobbes*: „If a man be interrogated by the Souveraign, or his Authority, concerning a crime done by himselfe, he is not bound (without assurance of Par-

don) to confesse it; because no man [...] can be obliged by Covenant to accuse himselfe.“<sup>17</sup>

Doch *Hobbes* geht noch weiter. Nicht nur der Angeklagte selbst darf sich mit verweigerter Aussage oder Falschaussage vor einer Verurteilung zu schützen versuchen, auch bei Angehörigen oder Nahestehenden ist Gehorsamsverweigerung gegenüber dem Befehl, auszusagen, legitim. Dies unterstreicht das ausgedehnte Verständnis von Selbsterhaltung in *Hobbes'* Theorie. In „De Cive“ heißt es dazu: „Ebenso wird auch niemand durch irgendeinen Vertrag verpflichtet, sich selbst oder einen anderen anzuklagen, dessen Verurteilung ihm das Leben verbittern würde. Deshalb braucht der Vater nicht gegen seinen Sohn, der Ehegatte nicht gegen seinen Ehegatten, der Sohn nicht gegen seinen Vater, noch jemand gegen seinen Ernährer ein Zeugnis abzulegen; den [sic] ein Zeugnis hat keinen Wert, das von Natur als verfälscht angesehen werden muß.“<sup>18</sup> Ähnlich in „Leviathan“, wo *Hobbes* pauschal auf jene Personen verweist, „by whose condemnation a man falls into misery (as, of a father, wife, or benefactor)“.<sup>19</sup> Vom legitimen Entschlagungsrecht grenzt *Hobbes* illegitimen Widerstand gegen den Staat zur Vereitelung der Strafverfolgung ab: „To resist the Sword of the Commonwealth, in defence of another man, guilty, or innocent, no man hath Liberty, because such Liberty, takes away from the Sovereign, the means of Protecting us; and is therefore destructive of the very essence of Government.“<sup>20</sup> Der Staat, so *Hobbes* an anderer Stelle, „bedarf zur Bestrafung des einzelnen keines Vertrages mit ihm, wodurch dieser einräumt, es zu dulden; sondern nur, daß niemand andere verteidigt“.<sup>21</sup>

Auch auf die Folter als Beweismethode nimmt *Hobbes* in diesem Zusammenhang Bezug. Hier zeigt sich, dass das Widerstandsrecht bzw. Schweigerecht nicht automatisch in ein Recht auf Freiheit von Folter mündet. Der Staat darf weiterhin zur Wahrheitsfindung Gewalt im Verhör anwenden. Wenn jedoch der Verhörte ungeachtet der Gewalt (androhung) schweigt oder was immer glaubt, ihm nützlich zu sein, kundtut, ist ihm das nicht vorzuwerfen: „Wenngleich indes niemand durch Vertrag zu einer Anklage gegen sich selbst verpflichtet werden kann, so kann er doch in einer öffentlichen Verhandlung durch die Folter zur Aussage gezwungen werden. Solche Aussagen sind indes kein Beweis einer Tatsache, sondern nur ein Hilfsmittel, um die Wahrheit herauszufinden; ob daher der Gefolterte wahr oder falsch oder gar nicht antwortet, er handelt im Recht.“<sup>22</sup> Dass *Hobbes* aus dem im bürgerlichen Zustand fortwirkenden bzw. nicht gänzlich suspendierten natürlichen Recht auf Selbsterhaltung kein ausdrückliches Verbot der Folter ableitet, mag überraschen. Kein Recht auf Freiheit von Folter, lediglich ein „Recht“, während der Folter zu schweigen oder zu lügen – wie ist das zu verstehen? Ist damit zumindest jener Teil der Folterung ausgeschlossen, welcher weniger der „Wahrheits-

<sup>17</sup> *Hobbes* (Fn. 1), S. 269.

<sup>18</sup> *Hobbes* (Fn. 7), S. 95 f.

<sup>19</sup> *Hobbes* (Fn. 1), S. 199.

<sup>20</sup> *Hobbes* (Fn. 1), S. 270.

<sup>21</sup> *Hobbes* (Fn. 7), S. 95.

<sup>22</sup> *Hobbes* (Fn. 7), S. 96.

<sup>15</sup> *Sreedhar* (Fn. 3), S. 40 ff.

<sup>16</sup> *Hobbes* (Fn. 1), S. 269.

suche“ als der Rache an einem beharrlich Schweigenden dient oder will *Hobbes* mit einer „Freiheit, unter Folter zu lügen“ hier weniger die Beschuldigtenrechte stärken als die Verlässlichkeit der Folter als Beweismethode kritisieren?<sup>23</sup>

In der Tat wirft das Widerstandsrecht bei *Hobbes* hinsichtlich seiner praktischen Implikationen und Relevanz Fragen auf. Mit einem „Recht“ in modernen Sinne, das mit korrespondierenden Pflichten einhergeht, scheint das *Hobbessche* Recht auf Widerstand bzw. Gehorsamsverweigerung nicht viel zu tun zu haben, hat doch der Souverän das Recht, einen Angeklagten ungeachtet dessen Selbsterhaltungsanspruches dennoch zu verurteilen und hinzurichten (und gegebenenfalls sogar zuvor noch zu foltern.). Letztlich stehen sich das „Recht“ des Angeklagten und das „Recht“ des Staates in unauflösbarem Konflikt gegenüber und es entscheidet die Macht, wer sich durchsetzt. Das Machtgefälle zwischen „Leviathan“ und dem Einzelnen macht den Ausgang dieses Machtkampfes wenig spannend.<sup>24</sup> Auch wenn der Angeklagte nicht verpflichtet ist, gegen sich selbst oder Angehörige auszusagen, die Justiz kann ihn, wenn er schuldig ist, verurteilen und strafen. Was also ist durch ein solches Recht des Rechtsunterworfenen gewonnen?

#### IV. Der nemo-tenetur-Grundsatz als bürgerliches Grundrecht?

Vielleicht will *Hobbes* mit seiner Paradoxie, welche im Strafrecht des Staates und im Widerstandsrecht des Beschuldigten bzw. Täters auf die Spitze getrieben wird, hauptsächlich das Bewusstsein dafür fördern, dass verschiedene menschliche Interessen nur in imperfekter Weise versöhnt werden können, wie *Ristroph* zu bedenken gibt.<sup>25</sup> Lassen sich aus dem Widerstandsrecht bei *Hobbes* dann überhaupt praktische Implikationen ableiten? So klar wie beim Wehrdienstverweigerer, der seiner Verpflichtung, sein Leben im Krieg aufs Spiel zu setzen, mit dem Stellen eines Ersatzmannes entgehen kann, sind die Fälle des Aussageverweigerungsrechts keineswegs. Ein solches Recht, das – wie *Hobbes* in der Thematisierung der Folter als Verhörmethode deutlich macht – keine Pflicht des Staates inkludiert, von jeglicher Indienstrafe des Angeklagten für die Aufklärung der strafrechtlichen Vorwürfe immer schon abzusehen, wird daher mehrheitlich von *Hobbes*-Interpreten nicht als Anspruchsrecht im Sinne *Hohfelds* angesehen (claim right), sondern lediglich als Freiheitsrecht (liberty right).<sup>26</sup> Doch ob *Hobbes*' Widerstandsrecht mit der *Hohfeldschen* Systematik überhaupt angemessen erfasst werden kann, ist umstritten.<sup>27</sup>

Ansätze, aus dem *Hobbesschen* Widerstandsrecht Pflichten für den Souverän herzuleiten, versuchen dies über Pflichten indirekter Natur<sup>28</sup> oder Pflichten, die sich immerhin auf

das forum internum beziehen (die also nicht die Handlungsfreiheit des Souveräns einschränken, aber das begrenzen, was dieser wollen darf).<sup>29</sup> Die Idee von rechtlichen oder auch „nur“ moralischen Pflichten auf Seiten des Souveräns in *Hobbes*' Staatskonstruktion bereitet jedoch einige Schwierigkeiten, da es für *Hobbes* unabdingbar ist, dass der Souverän „über“ dem Gesetz steht (da nur er seine Quelle ist und in seiner Rechtssetzung keiner anderen Instanz untersteht) und (da er selbst aus diesem hervorging) durch den Gesellschaftsvertrag nicht gebunden ist. Vielleicht aber kann das Schweigerecht bei *Hobbes* auch ohne es in ein Rechte-Pflichten-Verhältnis einzubetten, sinnvoll gedacht werden. Das würde bedeuten, ernstzunehmen, dass *Hobbes* zwar einerseits dem natürlichen Selbsterhaltungsrecht eine prominente Stellung in seinem Staatsdenken zuweist, andererseits aber jede legitimatorische Rückbindung des Rechts an materiale Gerechtigkeitsinhalte zu vermeiden sucht. Dass der Souverän nicht an vorstaatliche Normen gebunden ist, gibt ihm die Macht, Gesetze frei zu schaffen, zu ändern und auch ohne Sanktion einer höheren Aufsichtsinstanz zu verletzen. Dieser allmächtige Staat kann nicht genuin verpflichtet werden, aber er kann sich sehr wohl selbst verpflichten bzw. seine Macht in einer bestimmten Weise ausüben, die seine Legitimität in den Augen der Rechtsunterworfenen sicherstellt bzw. sogar erhöht. Nicht ohne Hintergedanken erklärt *Hobbes* den „Leviathan“ zu einem potenziell sterblichen Gott, der keinen unbedingten Gehorsam fordern kann: „The end of Obedience is Protection.“<sup>30</sup> Sollten nun die Bürger, die den Souverän als Person, Gruppe oder Versammlung nach Mehrheit bestimmen, nachhaltig den Eindruck gewinnen, dass ihr Staat seinen spezifischen Zweck nicht oder nur unzureichend erfüllt, droht diesem Staat Auflösung und Zerfall. Seinen Zweck erfüllt der *Hobbessche* Idealstaat nun aber nicht allein dadurch, dass er Verbrechen verhindert, aufklärt und ahndet etc., sondern auch, indem er seinen Auftrag stets präsent hält als Versprechen gegenüber allen Vertragsschließenden, ihre natürlichen Rechte zu achten. Sofern sie den Zweck des Staates nicht vereiteln, bestehen diese Rechte nach *Hobbes* schließlich im bürgerlichen Zustand unter dem Titel „true liberty of the subjects“ fort.<sup>31</sup>

Ein Staat, der sich – obwohl er es straflos könnte – über diese Freiheiten hinwegsetzt, handelt mit *Hobbes* gedacht nicht unmoralisch oder gar ungesetzlich, sondern in erster Linie unklug im Sinne einer instrumentellen Vernunft. Gleich den Einzelnen, die mittels instrumenteller Vernunft zur Selbstbegrenzung bzw. zum Gesellschaftsvertrag gelangen, könnte der *Hobbessche* Staat zu einer konstitutionellen Selbstzähmung motiviert sein, denn die Bürger entscheiden in *Hobbes*' Theorie, inwieweit sie vom Staat geschützt oder aber verlassen bzw. verraten sind. Sofern also der Eingriff in die Beschuldigtenrechte nicht notwendig ist, um den Auftrag der Strafverfolgung zu erfüllen – da Täter prinzipiell auch identifiziert und bestraft werden können, wenn sie ein Schweigerecht oder sogar Fluchtrecht haben – darf, ja soll

<sup>23</sup> Vgl. Auch *Hobbes* (Fn. 1), S. 199 f.

<sup>24</sup> Vgl. *Mayer-Tasch* (Fn. 3), S. 94 f.; *Green*, Brooklyn Law Review 65 (1999), 627 (679).

<sup>25</sup> *Ristroph*, California Law Review 97 (2009), 601 (620).

<sup>26</sup> Vgl. *Hohfeld*, Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, And Other Legal Essays, 1920.

<sup>27</sup> Vgl. *Curran* (Fn. 3 – Reclaiming).

<sup>28</sup> *Curran* (Fn. 3 – Reclaiming).

<sup>29</sup> Vgl. *Finkelstein* (Fn. 3), S. 411.

<sup>30</sup> *Hobbes* (Fn. 1), S. 272.

<sup>31</sup> Vgl. *Hobbes* (Fn. 1), S. 268.

der Staat sich solche Eingriffe möglichst ersparen. Zwar könnten in Einzelfällen, in denen die öffentliche Ordnung bedroht scheint (Stichwort: Terrorabwehr, „Rettungsfolter“ etc.), aus *Hobbesscher* Perspektive Ausnahmen von solcher Zurückhaltung geboten sein. Eine solche Logik souveräner Selbstlimitierung könnte jedoch grundsätzlich für das materielle Strafrecht liberalisierende Folgen haben, wenn allen voran Verbote von Handlungen bzw. Unterlassungen im Sinne des Widerstandsrechts bewusst unterblieben (Straffreiheit für Fluchtversuche, Lügen, Schweigen seitens Beschuldigter).<sup>32</sup> Mit Blick auf das Strafverfahrensrecht wiederum ließe sich im Sinne einer Selbstbindung bzw. -beschränkung des Staates ein Grundrecht auf ein faires Verfahren inklusive eines robusten Schweigerechts andeuten. Nichts spricht in *Hobbes’* Theorie, in der eine gewisse konstitutionelle Moral der Rechtsordnung bereits angelegt ist,<sup>33</sup> grundsätzlich gegen die Idee einer Verfassung, die auch Grundrechtsgarantien enthält, solange diese Garantien ausschließlich vom Souverän selbst statuiert und interpretiert werden. Denn „Leviathan“ im *Hobbesschen* Paradigma ist keiner externen Moral verpflichtet, weder einer neuzeitlich-naturrechtlichen, noch einer modernen menschenwürdebasierten. Wenn er jedoch als starker Staat seinen Auftrag bestmöglich erfüllen will, ist er gut beraten, so könnte man *Hobbes* (auch) interpretieren, nicht alles zu tun, was er tun darf.

Das Aussageverweigerungsrecht ist, wie deutlich wurde, bei *Hobbes* kein menschenrechtliches Grundrecht qua Menschsein im strengen Sinne („So etwas darf man mit Menschen nicht tun!“), sondern ein aus der politischen Stellung der Bürger als staatseinsetzende Machtgeber herrührendes bürgerliches Grundrecht („So etwas soll man mit Bürgern, die in den Gesellschaftsvertrag um ihrer Selbsterhaltung willen eingetreten sind, nicht machen!“). Es wäre daher etwas zu viel des Lobes, *Hobbes* als überragenden Humanisierer des Strafrechtsdenkens anzusehen, auch wenn man mit *Ristroph* anerkennt, dass *Hobbes’* Fokus auf die Verletzbarkeit des Menschen Ausgangspunkt einer (modernen) humanistischen Ethik sein kann.<sup>34</sup> Nichtsdestotrotz ist es beachtlich, dass *Hobbes* scheinbar mehr an Freiheiten zugesteht, als die Strafrechtskodizes selbst gegenwärtiger liberaler Rechtsstaaten, die gewöhnlich Gefängnisausbruch oder auch Widerstand gegen die Staatsgewalt unter Strafe stellen.

## V. Zusammenfassung

Das Widerstandsrecht steht im Zentrum des *Hobbesschen* Paradoxons, das als Zielkonflikt maximale Staatsmacht einerseits und unveräußerliche individuelle Freiheitsrechte andererseits umspannt. Wie zu zeigen versucht wurde, ist das Widerstandsrecht kein Fremdkörper in *Hobbes’* Staatstheorie, sondern trägt der Motivation der Menschen Rechnung, einen Staat mit öffentlichem Gewaltmonopol überhaupt erst zu errichten bzw. sich ihm zu unterwerfen. Die Anerkennung eines moralischen Rechts auf Selbsterhaltung führt bei *Hobbes*

unter anderem auch zur Entbindung des Beschuldigten von der Pflicht, (wahrheitsgemäß) auszusagen sowie Angehörige zu belasten. Die praktischen Auswirkungen eines solchen „Rechts“ sind allerdings unklar. Während aus dem Widerstandsrecht hergeleitete Pflichten auf Seite des Staates innerhalb der *Hobbesschen* Konzeption Schwierigkeiten aufwerfen, lässt sich mit diesem Widerstandsrecht zugunsten einer Selbstbeschränkung staatlicher Macht argumentieren, die auf strafrechtlich materieller Seite die Straffreiheit bestimmter Gehorsamsverweigerungsakte beinhaltet und auf strafrechtlich prozeduraler Seite Beschuldigtenrechte inklusive den *nemo-tenetur*-Grundsatz umfasst. Welche Schwierigkeiten die Auslegung seiner Schriften auch bereiten, an *Hobbes’* Verdienst kann kein Zweifel bestehen, den Weg zum Schweigerecht bzw. Entschlagungsrecht als bürgerliches Grundrecht vor rund vierhundert Jahren in Ansätzen immerhin skizziert zu haben. Der nicht kaschierte Widerspruch zwischen starkem Staat und dem primär an sich selbst interessierten Individuum in *Hobbes’* Sozialkontraktstheorie garantiert dabei, dass dieser scheinbar absolute Staat sich immer wieder selbst auf die basalen Interessen seiner Bürger hin relativieren (lassen) muss.

---

<sup>32</sup> Vgl. auch *Ristroph*, in: Dyzenhaus/Pole (Hrsg.), *Hobbes and the Law*, 2012, S. 9 (115 f.).

<sup>33</sup> Vgl. *Dyzenhaus*, in: ders./Pole (Fn. 32), S. 186.

<sup>34</sup> *Ristroph* (Fn. 32), S. 115 f.

*Die Freiheit des Beschuldigten, ob und inwieweit er im Strafverfahren aussagt, war ursprünglich allein für individuelle Personen gedacht, die in diese Rolle geraten. Da das moderne Strafrecht mittlerweile jedoch auch eine strafrechtliche Verantwortung von Verbänden vorsieht, stellt sich die Frage, ob auch ein beschuldigter Verband das Recht hat, zu schweigen. Wird ein solches, gestützt auf seine Weiterentwicklung im Lauf der Geschichte, grundsätzlich anerkannt, stellen sich die Fragen nach seiner konkreten Umsetzung, insbesondere im Hinblick auf seine Ausübung durch natürliche Personen in Vertretung des Verbandes, auf den Schutz vor Umgehung und auf die Lösung von Interessenskonflikten. Schließlich ist die gängige Praxis einzuordnen, nach der juristische Personen von den Strafverfolgungsbehörden durchaus auch unter Druck gesetzt werden.*

## I. „Nemo tenetur“: vom Zwangsverbot zum Schweigerecht

### 1. Ablehnung von Folter und Schutz der Menschenwürde

Das Verbot, den Beschuldigten eines Strafprozesses zu einem Geständnis oder – nach heutigem Verständnis – zu einer sonstigen selbstbelastenden Aussage zu zwingen, ist mit der Beseitigung der Folter verbunden. Dies gelingt ein gutes Jahrhundert nach dem berühmten Text von *Cesare Beccaria* (1764), vorerst aber ohne Anerkennung eines *Rechts* des Angeklagten zu schweigen, im Gegenteil: Der Beschuldigte wurde nach wie vor nachdrücklich an seine Wahrheitspflicht erinnert, unter Druck gesetzt, überrumpelt, getäuscht und mit Lügenstrafen bedroht.<sup>1</sup> Der körperliche Zwang ist damit in einem ersten Schritt allen möglichen anderen Mitteln der „Jagd nach dem Geständnis“<sup>2</sup> gewichen; von einem Schutz vor jeder Art Zwang oder gar der Freiwilligkeit war man noch weit entfernt.

Von diesem Ursprung aus betrachtet ist das Prinzip „nemo tenetur“ mit der Menschenwürde verbunden:<sup>3</sup> Es schützt vor einer grausamen Entwürdigung eines Menschen durch Instrumentalisierung seines körperlichen Schmerzes. Aus dieser Ablehnung von physischem Zwang lässt sich das Prinzip angesichts seiner weiteren Geschichte jedoch nicht vollständig erfassen.

\* Der Gedankengang des vorliegenden Textes entspricht weitgehend *Zerbes*, ZStW 129 (2017), 1035. Dieser wird im Folgenden nicht mehr zitiert.

<sup>1</sup> *Rogall*, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, Ein Beitrag zur Geltung des Satzes „Nemo tenetur seipsum prodere“ im Strafprozeß, 1977, S. 90; v. *Gerlach*, in: *Ebert/Rieß/Roxin/Wahle* (Hrsg.), *Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999*, 1999, S. 117.

<sup>2</sup> v. *Gerlach* (Fn. 1), S. 117.

<sup>3</sup> So eine klassische Einordnung in Deutschland, *Rogall* (Fn. 1), S. 144 f., 147 f.; BVerfG, Beschl. v. 13.1.1981 – 1 BvR 116/77 = BVerfGE 56, 37 (43): „Leitgedanken der Achtung vor der Menschenwürde“; BVerfG, Beschl. v. 26.2.1997 – 1 BvR 2172/96 = BVerfGE 95, 220 (241): „Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts“.

### 2. Parteistellung des Beschuldigten

Angeregt vom englischen Anklageprozess und vom Code d’instruction criminelle (1808), mit dem sich Frankreich vom Inquisitionsprozess der alten Schule getrennt hat, kommt es, unter anderem geprägt von den Schriften Feuerbachs, Mittermaiers, Zachariaes und Köstlins, im 19. Jahrhundert schließlich auch im deutschen Sprachraum zur entscheidenden Aufteilung der prozessualen Macht. Dabei wird nicht nur die Funktion des Richters von der des Anklägers strikt getrennt. Sondern es wird auch, als ernstzunehmendes Gegengewicht zur Anklage, der Beschuldigte als Partei anerkannt.<sup>4</sup> Letzterer ist damit nicht mehr länger (nur) Untersuchungsobjekt, sondern ein mit eigenen Rechten ausgestattetes *Subjekt* des gegen ihn laufenden Prozesses.<sup>5</sup> Kern dieser Rolle ist das Recht auf *Verteidigung*. Es geht dabei um nichts weniger als um die selbstbestimmte Gestaltung der eigenen Verfahrensrolle.<sup>6</sup> Der Beschuldigte soll seine Verteidigungsstrategie frei wählen können. Damit muss er sie auch auf Null herunterfahren können, indem er schweigt.<sup>7</sup>

So entwickelt sich nach und nach das Prinzip, dass niemand zur Selbstanklage gezwungen werden darf, zur positiv gewendeten Freiheit der Partei, ihre Gedanken preiszugeben – oder nicht. Kurzum: Es wird zum Strukturelement eines durch Gewaltenteilung ausgewogenen, reformierten Strafverfahrens, es wird ein Teil der im 19. Jahrhundert explizit geforderten „Trinität von Richter, Anklage- und Verteidigungspartei“<sup>8</sup>. Damit garantiert die schlichte Anordnung, dass „im Strafverfahren [...] der Anklageprozess“ gilt (Art. 90 Abs. 2 des österreichischen Bundes-Verfassungsgesetzes – B-VG) weit mehr als eine formale Trennung der Strafverfolgungsbehörden: Die Selbstbelastungsfreiheit segelte „als blinder Passagier“<sup>9</sup> mit. Dementsprechend wird sie mit dem Recht auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) verbunden: mit

<sup>4</sup> *Glaser*, ArchCrimR 1851, 70 (76).

<sup>5</sup> *Gleispach*, Das deutschösterreichische Strafverfahren, 1919, S. 52 ff.; *Köstlin*, Der Wendepunkt des deutschen Strafverfahrens im neunzehnten Jahrhundert, 1849, S. 80 f.; *Zachariae*, Handbuch des deutschen Strafprocesses, Bd. 2, 1868, S. 274 f.; *ders.*, Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens, 1846, S. 53.

<sup>6</sup> *Meyer*, in: *Lehmkuhl/Wohlens* (Hrsg.), *Unternehmensstrafrecht, Materiellrechtliche und prozessuale Aspekte*, 2020, S. 333 (346).

<sup>7</sup> *Böse*, GA 2002, 98 (118 ff.); *Zerbes*, Spitzeln, Spähen, Spionieren, Sprengung strafprozessualer Grenzen durch geheime Zugriffe auf Kommunikation, 2010, S. 77.

<sup>8</sup> *Vargha*, Die Verteidigung in Strafsachen, 1879, S. 288.

<sup>9</sup> *Rogall* (Fn. 1), S. 92, 95 ff.; im gleichen Sinn *Weßlau*, ZStW 110 (1998), 1 (36); *Bosch*, Aspekte des Nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht, 1998, S. 105; aus der Entstehungszeit des Anklageprozesses: *Zachariae* (Fn. 5 – Gebrechen), S. 54 ff., 107 ff.; *Köstlin* (Fn. 5), S. 91 ff.

einer „kommunikativen Autonomie“<sup>10</sup> und einer „Emanzipation“<sup>11</sup> des Beschuldigten gegenüber Ankläger und Richter.<sup>12</sup>

Die EMRK schließt nach dem 2. Weltkrieg an diese nationalen Entwicklungen an und vereint sie im vielfältigen Anspruch auf *Fairness*, der das Recht auf Information, auf Gehör einschließlich Konfrontation, auf einen Verteidiger und die Unschuldsvermutung vermittelt. Im Kern soll der Angeklagte damit an seinem Prozess *selbstbestimmt* – also als Partei – teilhaben<sup>13</sup> und neben dem Ankläger und dem Richter in einer „accusatorial trinity“<sup>14</sup> stehen. Ganz in diesem Sinn muss er nicht an seiner Überführung mitwirken: Allein die Behörden müssen seine Schuld beweisen.<sup>15</sup> Daraus ergibt sich auch ein – in Art. 6 EMRK gar nicht explizit genanntes – Schweigerecht, das der EGMR sogar im „Herzen“ der Verfahrensfairness<sup>16</sup> verankert.<sup>17</sup> Außer vor Zwang, Nötigung und Unterdrückung im engeren Sinn schützt es generell die freie Entscheidung zwischen Aussagen und Schweigen. Nicht nur die *Willensbrechung* ist folglich verboten, sondern unter bestimmten Voraussetzungen auch behördlich gesteuerte List zur bloßen *Willensumgehung*.<sup>18</sup>

Die Selbstbelastungsfreiheit als Recht des Angeklagten, den Weg seiner Verteidigung frei wählen zu können, wurde damit europarechtlicher Standard und 50 Jahre später auch Unionsrecht: Art. 47 und 48 GRCh gewährleisten ein faires Strafverfahren, dessen „Bedeutung und Tragweite“ sich aus der EMRK – und damit auch aus der Auslegung durch den EGMR – ergibt (Art. 52 Abs. 3 GRCh).<sup>19</sup> Gilt eine so verstandene Selbstbelastungsfreiheit auch für die in ihrer Entstehungsgeschichte nicht einbezogenen juristischen Personen als Beschuldigte? – Dazu im Folgenden.

<sup>10</sup> Böse, GA 2002, 98 (119) m.w.N.

<sup>11</sup> Pieth, Schweizerisches Strafprozessrecht, 3. Aufl. 2016, S. 85.

<sup>12</sup> Ebenso Dannecker, ZStW 127 (2015), 370 (406 ff.), der diese Bedeutung des Schweigerechts aus deren Charakter als ein *prozessuales* Grundrecht ableitet.

<sup>13</sup> „Fairness als Teilhabe“: Gaede in seiner gleichnamigen Monographie, 2007.

<sup>14</sup> Summers, Fair Trials, 2007, S. 24 ff.

<sup>15</sup> Lewisch, in: BMJ (Hrsg.), 40. Ottensteiner Fortbildungseminar aus Strafrecht und Kriminologie, 2014, S. 23 (30 f.); Meyer (Fn. 6), S. 343 ff.

<sup>16</sup> EGMR, Urt. v. 17.12.1996 – 19187/91 (Saunders v. United Kingdom) = ÖJZ-MRK 1998/1: Weitergabe von finanzbehördlichen Vernehmungprotokollen an die Strafverfolgungsbehörden; EGMR, Urt. v. 11.7.2006 – 54810/00 (Jalloh v. Deutschland): erzwungener Einsatz von Brechmitteln als unmenschliche und erniedrigende Behandlung; über den Verstoß gegen Art. 3 EMRK führte die Verwertung der gewonnenen Beweise zu einem Verstoß gegen Art. 6 EMRK; EGMR, Urt. v. 25.2.1993 – 10828/84 (Funke v. Frankreich).

<sup>17</sup> Meyer, NZWiSt 2022, 99 (102).

<sup>18</sup> Meyer, NZWiSt 2022, 99 (102).

<sup>19</sup> In diesem Sinn EuGH, Urt. v. 2.2.2021 – C-481/19 (DB v. Commissione Nazionale per le Società e la Borsa [Consob]), Rn. 37 ff., wobei er das Recht zu schweigen allerdings explizit nur auf individuelle Personen bezieht, siehe dazu sogleich.

## II. Unternehmen als Beschuldigte

### 1. Fragestellungen

„Societas delinquere non potest“ gilt längst nicht mehr. Ungeachtet der Friktionen mit den tradierten Kriterien der strafrechtlichen Zurechnung – Stichwort: Schuldprinzip – haben auch europäische Staaten eine kriminalstrafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen eingeführt, Österreich und die Schweiz bereits vor über zehn Jahren. In Deutschland gibt es immer wieder Entwürfe einer solchen, zuletzt der mittlerweile gescheiterte Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes (VerSanG).<sup>20</sup> Damit gibt es auch Strafverfahren gegen juristische Personen – und sie werfen natürlich die Frage auf, wie weit die prozessualen Rechte, obwohl ursprünglich auf individuelle Beschuldigte zugeschnitten, auch für Verbände gelten. Hier interessiert,

- ob auch eine juristische Person in einem gegen sie eingeleiteten Strafverfahren ein Schweigerecht hat (2.);
- falls ja: *wer* es in ihrem Namen ausüben darf (III. 1.);
- wie es durch Schweigerechte weiterer Personen abgesichert wird (III. 2.);
- wie beim hier zwingenden Zusammentreffen verschiedener Rollen in einer Person deren Interessenskonflikte zu lösen sind (III. 3.) und
- wie damit umzugehen ist, wenn ein Zeuge, der (auch) Vertreter einer juristischen Person ist, zu Wissen dieser juristischen Person befragt wird, das diese jedoch belastet (III. 4.).

Ausgangspunkt ist die gemeinhin geäußerte Ansicht oder gar gesetzliche Regel, dass sämtliche Prozessgrundsätze auch für Strafverfahren gegen Unternehmen gelten, soweit sie ihrer Natur nach auf Unternehmen übertragbar sind.

### 2. Schweigerecht juristischer Personen

Ist nun *nemo tenetur* seiner „Natur“ nach auf Unternehmen übertragbar? Das wäre nicht der Fall, wenn dieses Prinzip ausschließlich ein Element der Menschenwürde wäre. Wie oben skizziert, ist es jedoch nicht dabei geblieben: Es wurde zum Strukturelement des reformierten Anklageprozesses, der den Beschuldigten nicht als Objekt der Beweisfindung verwendbar macht, sondern ihn als Partei anerkennt und ihm in dieser Rolle das Recht auf selbstbestimmte Verteidigung garantiert.<sup>21</sup> Die Argumente, nach denen bei Strafverfahren gegen juristische Personen Abstriche von diesem Verfahrensmodell vorgeschlagen werden, müssen hier nicht in voller

<sup>20</sup> Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität der Wirtschaft, Gesetz zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten (Verbands-sanktionengesetz – VerSanG), Stand: 16.6.2020, abrufbar unter [https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Documente/RegE\\_Staerkung\\_Integritaet\\_Wirtschaft.pdf;jsessionid=6F7CBA64FD48083621949237CEF7923C.2\\_cid289?blob=publicationFile&v=2](https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Documente/RegE_Staerkung_Integritaet_Wirtschaft.pdf;jsessionid=6F7CBA64FD48083621949237CEF7923C.2_cid289?blob=publicationFile&v=2) (16.5.2023).

<sup>21</sup> Unter vielen Dannecker, ZStW 127 (2015), 370 (408).

Breite diskutiert werden. Denn erstens wurde bereits bzw. wird demnächst gesetzlich positiv entschieden: Sowohl das österreichische als auch das Schweizer Modell des Unternehmensstrafrechts garantieren Selbstbelastungsfreiheit, ebenso der letzte Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes.<sup>22</sup>

Zweitens spricht weder das Handeln einer juristischen Person stets durch ihre Vertreter noch die mögliche Entstehung von damit verbundenen Interessenskonflikten, noch das primär wirtschaftliche Kalkül unternehmerischer Entscheidungen, noch, dass sich juristische Personen ganz anders als individuelle Beschuldigte professionell nach Außen abschirmen können, gegen ein Schweigerecht, das dem Angeklagten im Machtgefüge strafrechtlicher Wahrheitsfindung „kommunikative Autonomie“ einräumt. Angesichts seiner Garantiefunktion für die Verteidigung ist dieses damit gerade nicht auf natürliche Personen beschränkt.<sup>23</sup>

Das entspricht auch der bisherigen Judikatur des EGMR, als dieser andere aus der Fairness abgeleitete Rechte bereits auch juristischen Personen zugestanden hat.<sup>24</sup> Denn angesichts dessen, dass der EGMR das Schweigerecht im Herzen der Fairness sieht, schreibt er diesem ebenfalls eine entscheidende „prozedurale Legitimationswirkung“<sup>25</sup> zu. Der EuGH weicht in diesem Punkt allerdings von seiner Bindung an die EMRK ab, beschränkt es auf natürliche Personen und verkürzt es in den (Kartell-)Verfahren gegen Unternehmen auf ein Minimum.<sup>26</sup>

Damit zurück zu den nationalen Rechtsordnungen und ihren EMRK-konformen Lösungen bzw. Lösungsplänen. Worin besteht die dort gesicherte „kommunikative Autonomie“ einer juristischen Person?

### III. Formale Umsetzung durch Schweigerecht bestimmter natürlicher Personen

#### 1. Schweigerecht der Vertreter

Ein Verband kann nicht anders handeln als durch natürliche Personen – im Strafrecht gilt nichts anderes. Er schweigt daher, indem keine natürliche Person redet, deren Rede ihm zugerechnet wird. Es liegt auf der Hand, dass diese Rolle jenen Personen zukommt, denen das Zivilrecht umfassende Vertretungsmacht einräumt. Das sind die vertretungsbefugten Organwähler, bei der AG etwa die Vorstandsmitglieder, bei der

GmbH die Geschäftsführer. In Österreich und nach dem deutschen Entwurf vertritt jeder von ihnen das Unternehmen auch im Strafrecht: Zunächst treten tatsächlich alle nach Gesetz oder Satzung zur Vertretung des Verbandes nach außen berufenen Organmitglieder im Namen des beschuldigten Verbandes auf.<sup>27</sup> Der Verband hat zwar – nach den Regeln seiner internen Willensbildung – das Recht, eine oder mehrere Personen aus diesem Kreis explizit zu benennen. Bis dahin gelten allerdings die Prozesshandlungen aller vertretungsbefugten Organmitglieder als Prozesshandlungen des Verbandes.<sup>28</sup>

Das Schweizer Recht hingegen erzwingt eine Auswahl: Das Unternehmen benennt selbst aus dem Kreis seiner zivilrechtlichen Vertreter einen einzigen (Art. 112 schwStPO); ist es säumig, übernehmen dies die Strafverfolgungsbehörden. Er wird als „Auskunftsperson“<sup>29</sup> vernommen (Art. 178 lit. g schwStPO) und hat als solche ein Schweigerecht (Art. 180 schwStPO).

#### 2. Schweigerecht weiterer Entscheidungsträger

Angesichts dessen, dass somit nur ausgewählte organschaftliche Vertreter des Verbandes oder gar nur einer von ihnen das Unternehmen auch im Strafverfahren repräsentieren, wäre es einfach, das Schweigerecht des Verbandes auszubremsen, indem alle anderen als Zeugen unter Wahrheitspflicht aussagen müssen. Das, was sich als Wissen des Unternehmens qualifizieren lässt, könnte damit einfach von den anderen Leitungspersonen abgefragt werden. Die Lösungsansätze dieses Konflikts sind unterschiedlich.

Am engsten ist der deutsche Entwurf eines VerSanG: Nur die organschaftlichen Vertreter des Unternehmens genießen ein Schweigerecht.<sup>30</sup> Der österreichische Ansatz geht ganz entscheidend weiter. Dort sind nämlich alle „Entscheidungsträger [...] als Beschuldigte zu laden und zu vernehmen“ (§ 17 öVbVG). Und nach der weiten Legaldefinition gehören dazu nicht nur sämtliche zivilrechtlichen Vertreter, sondern auch die Mitglieder des Aufsichtsrats und sonstige Personen mit leitender Kontrollbefugnis und überhaupt sämtliche Personen, die maßgeblich Einfluss auf die Geschäftsführung haben.

In der Schweiz schweigt und spricht das Unternehmen zwar nur mit der einzigen Stimme des benannten Vertreters, das Schweigerecht erstreckt sich dennoch auf alle, die poten-

<sup>22</sup> § 17 öVbVG; Art. 178 lit. g, 180 schwStPO; § 33 RegE-VerSanG und Begründung (Fn. 20), S. 114.

<sup>23</sup> Meyer (Fn. 6), S. 349 ff.

<sup>24</sup> EGMR, Urt. v. 10.1.2006 – 48140/99 (Teltronic-CATV); EGMR, Urt. v. 27.7.2006 – 10523/02 (Coorplan-Jenni GmbH and Hascic v. Österreich): Recht auf Gehör in einem verwaltungsrechtlichen Verfahren; EGMR, Urt. v. 18.3.2008 – 3052/04 (Dacia S. R. L v. Moldau): Waffengleichheit bei Konfiskation; m.w.N. Meyer, NZWiSt 2022, 99 (103 f.). Fink, wistra 2014, 457 (462), sieht hingegen keine Übertragbarkeit der EMRK-Begründung – Vermeidung von Fehlurteilen – auf juristische Personen.

<sup>25</sup> Meyer, NZWiSt 2022, 99 (104).

<sup>26</sup> EuGH, Urt. v. 18.10.1989 – 374/87 (Orkem), Rn. 29 ff. Eingehende (kritische) Analyse von Mayer, NZWiSt 2022, 99 (104 ff.).

<sup>27</sup> Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage (EBRV) zum öVbVG, 994 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates (BlgNR), 22. Gesetzgebungsperiode (GP), S. 33 zur Zustellungsregel (§ 16 öVbVG); § 28 RegE-VerSanG und Begründung (Fn. 20), S. 72.

<sup>28</sup> Lehmkühl/Zeder, in Höpfel/Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., Stand: 21.10.2020, VbVG § 16 Rn. 4.

<sup>29</sup> Kritisch Pieth (Fn. 11), S. 266: Die Regeln der Beschuldigtenvernehmung müssten gelten.

<sup>30</sup> § 33 RegE-VerSanG i.V.m. – (derzeit) noch auf das OWiG zugeschnitten – § 444 Abs. 2 dStPO und § 427 Abs. 1 dStPO: „Befugnisse, die einem Angeklagten zustehen“ für alle Vertreter.

tiell für diese Rolle in Frage kämen. Und nicht nur das: Dadurch, dass sämtliche (nahen)<sup>31</sup> Mitarbeiter dieser Personen zwar keine Zeugen, aber Auskunftspersonen sind und damit keine Auskunftspflicht haben, sollen Umgehungen vermieden werden.<sup>32</sup>

Schwierig ist, die Rolle der in das Unternehmen integrieren Anwälte, die sog. Syndikusanwälte, einzuordnen. Gerade bei ihnen sammelt sich unternehmerisches Wissen. In der Schweiz lassen sie sich durchaus als Mitarbeiter der Unternehmensleitung einordnen. In Österreich könnte man sie hingegen höchstens – bei entsprechender Ausgestaltung ihrer Stelle – als „Entscheidungsträger“ ansehen, was sie von einer Zeugenpflicht befreien könnte (§ 17 öVbVG). Sie müssten dazu allerdings tatsächlich „Kontrollbefugnisse in leitender Stellung“ innehaben (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 öVbVG); das wird nur ausnahmsweise der Fall sein. Der aktuelle deutsche Gesetzesentwurf schließt Syndikusanwälte angesichts seiner Einschränkung auf organschaftliche Vertreter explizit aus dem Kreis der Schweigeberechtigten aus.

### 3. Interessenskonflikte

Der Repräsentant des Verbandes ist durch die Übernahme der Vertretungsrolle zwingend in einer Doppelrolle. Droht ihm im Zusammenhang mit der Verbandsstraftat auch ein eigenes Strafverfahren, ist er in einem Interessenskonflikt. Er könnte sich etwa aus Selbstschutz zum Schweigen entschließen, obwohl es für das Unternehmen günstiger wäre, bei der Aufklärung mitzuwirken oder umgekehrt. Das Unternehmen kann in solchen Fällen – wie auch sonst – seinen Repräsentanten auswechseln. In der Schweiz muss es das sogar. Ersatzweise nimmt die Strafverfolgungsbehörde den Austausch vor. Sind alle potentiellen Vertreter mutmaßlich involviert, wird eine geeignete Drittperson beauftragt (Art. 112 Abs. 3 schwStPO). Ein derartiges Vertretungsverbot wurde auch in den letzten deutschen Gesetzesentwurf aufgenommen (§§ 28 Abs. 2, § 29 Abs. 1 RegE-VerSanG: allfällige Bestellung durch das Gericht). Nach dem öVbVG hingegen überlässt man die Entscheidung dem betroffenen Unternehmen, das den Interessenskonflikt auch in Kauf nehmen kann.

Offen ist, wie mit den bisherigen Prozesshandlungen eines ausgetauschten Repräsentanten umzugehen ist. Für die Aussagen, die er bereits im Namen des Unternehmens abgegeben hat, sind keine Verwertungsverbote vorgesehen. Wenn einfach erst zu spät Verdacht gegen ihn geschöpft wird, besteht auch kein Anlass dazu. Denn dass ein Unternehmen von schlecht geeigneten Personen vertreten wird, die ihre eigenen Interessen denen des Unternehmens vorziehen, ist nicht ungewöhnlich. Ein derartiges Risiko wird auch im Strafverfahren hinzunehmen sein.<sup>33</sup>

<sup>31</sup> Pieth (Fn. 11), S. 267; ders., Wirtschaftsstrafrecht, 2016, S. 265 f.

<sup>32</sup> Geth, ZStW 126 (2014), 105 (109 ff.); Trüg, in: Lehmkuhl/Mayer (Hrsg.), Gesamtpanorama der Verteidigung von Unternehmen in nationalen und internationalen Strafverfahren 2020, S. 22 f.

<sup>33</sup> Queck, Die Geltung des nemo-tenetur-Grundsatzes zugunsten von Unternehmen, 2005, S. 246 ff.

Wenn die Behörden den Fehler gemacht haben, ein ausdrücklich geregeltes Vertretungshindernis nicht zu beachten, lässt sich ein Verwertungsverbot immerhin erwägen. In einem solchen Fall vernehmen sie jemanden zu Unrecht als Beschuldigtenvertreter, der, weil bereits selbst beschuldigt, gar kein Beschuldigtenvertreter mehr ist (vgl. § 28 Abs. 2 RegE-VerSanG: „ausgeschlossen“) oder zumindest keiner mehr sein darf (Art. 112 Abs. 3 schwStPO). Die Aussage, die er in der falschen Rolle möglicherweise zulasten des Unternehmens abgibt, wird man dennoch, auch gegen das Unternehmen, verwerten können. Denn dass er sie abgibt, liegt ja gar nicht an seiner falschen Rolle. Es liegt daran, dass er sich in seinem Interesse zum Reden entschließt. Daran würde sich nichts ändern, wenn er korrekt als individuell Beschuldigter und nicht als Vertreter vernommen werden würde.

### 4. Quasi-Zeugenrolle der juristischen Person

Das Schweigerecht einer natürlichen Person hat stets eine gewisse Vorwirkung: Gerät sie als Zeuge in die Gefahr, sich mit einer wahrheitsgemäßen Aussage selbst zu belasten, kann sie die Aussage verweigern. Wenn nun ein Vertreter einer juristischen Person – z.B. im Strafverfahren gegen einen Mitarbeiter – als Zeuge auftritt, könnte es durchaus gerade um Wissen gehen, das sich als „unternehmerisches“ Wissen ansehen lässt, etwa um Tatsachen über den konkreten Arbeitsvertrag mit dem Beschuldigten, über Arbeitsabläufe, über Geschäftspartner etc. Aussagen des Vertreters darüber könnten durchaus das Unternehmen belasten. Es wäre daher konsequent, dem Vertreter insofern ein zur Selbstbelastungsgefahr paralleles Schweigerecht einzuräumen, mit anderen Worten: Seine Rolle als Vertreter wäre auch in seiner Zeugenrolle anzuerkennen, sei es durch Analogie zum Schweigerecht wegen Selbstbelastungsgefahr oder durch dessen Erweiterung für Unternehmensvertreter bei „Unternehmensbelastungsgefahr“.

### IV. Erlaubter Druck zur Kooperation

Zu den bisher skizzierten Fragestellungen waren die einzelnen Ansprüche aus der Selbstbelastungsfreiheit – verstanden als eine Basis der Parteistellung – sachgerecht auf juristische Personen übertragbar. Dadurch, dass die natürlichen Vertreter einer juristischen Person nicht ihr eigenes, sondern das Recht der Vertretenen ausüben, haben sie Distanz zum *wirklichen* Beschuldigten, in dessen Namen sie handeln. Anders als sie selbst fühlt dieser Beschuldigte nichts, er hat keine persönlichen Ängste und kein Gewissen. Damit ist der Entscheidungsprozess des Unternehmens in gewisser Weise rationalisiert. Verlockungen oder gar Druck in Richtung einer Preisgabe von selbstbelastendem Wissen wird hier anders verarbeitet als von einem individuellen Beschuldigten.

Nun bedeutet die Freiheit von *Zwang* zur Selbstbelastung nicht, dass die Strafverfolgungsbehörden den Beschuldigten nicht die Vorteile einer Kooperation nennen und damit entsprechend ermutigen dürfen. Sie klären ihn z.B. auch über die Möglichkeit einer Milderung auf; oder sie raten ihm zur Herausgabe eines gesuchten Gegenstandes, um eine Hausdurchsuchung zu vermeiden. Geht eine Einwirkung jedoch so weit, dass sie dem Beschuldigten die „Freiheit der Willensent-

schließung“ (§ 136a dStGB) nimmt, ist sie einem *Menschen* gegenüber verboten. Einem Unternehmen gegenüber kann sie dennoch erlaubt sein. Denn die Entscheidungsfreiheit eines Menschen wird schlussendlich durch andere Mechanismen beeinträchtigt als die Freiheit eines Unternehmens.

Konkretisieren lässt sich dieser Unterschied anhand des Verbots, das Schweigen eines Beschuldigten gegen diesen zu verwenden. Dementsprechend darf ihm auch nicht damit gedroht werden. Denn ein Mensch, der sich aufgrund einer solchen Drohung entscheidet, in eigener Sache auszusagen, entscheidet aus seiner hochpersönlichen Angst vor einem hohen Strafausmaß. Diese Angst mag er angesichts seiner Situation ohnedies haben. Das lässt sich zwar nicht ändern, die Strafverfolgungsbehörden sind jedoch dazu angehalten, ihn nicht mittels dieser Angst zu manipulieren.

Eine juristische Person ist strukturell in einer anderen Situation. Ihre Vertreter entscheiden in ihrem Namen. Diese Vertreter sind von ihr verschieden und dementsprechend nur mittelbar betroffen. Damit werden sie nicht von der Angst vor einem persönlich treffenden Stigma und einer persönlich drohenden Strafe getrieben. Sie können daher grundsätzlich rational und nach ökonomischen Überlegungen vorgehen. Aus diesem Blickwinkel ist die in vielen Ländern geübte Praxis zu beurteilen, nach der bei Bemessung der Unternehmensbuße eine Verweigerung des Unternehmens, an der Aufklärung mitzuwirken, als derartig zentraler Faktor gewertet wird, dass deswegen die Buße – das ist jedenfalls in bestimmten Staaten durchaus der Fall – geradezu existenzbedrohende Ausmaße annimmt. Eine Bindung an ein die Strafzumessung begrenzendes Prinzip der (Mit-)Verantwortlichkeit des Unternehmens für die Anlasstat, das dem auf natürliche Personen ausgerichteten Prinzip der Einzeltatschuld entspricht, wird damit jedenfalls verlassen.

Diese drohende Konsequenz macht das beschuldigte Unternehmen in seiner prozesstaktischen Entscheidung daher nicht in der Weise unfrei wie eine in wirklich eigener Sache betroffene natürliche Person. Eine natürliche Person wäre massiv unter Druck gesetzt; für die Vertreter einer juristischen Person liegt bloß ein weiterer Faktor vor, der im Hinblick auf eine ökonomisch möglichst gute Verteidigungsstrategie zu bedenken ist.

Damit ist nicht gemeint, dass für juristische Personen immer rational gehandelt wird und natürliche Personen als Beschuldigte immer schützenswert, weil irrational, sind: Auch Unternehmensvertreter können unvernünftig und auch individuelle Beschuldigte können abgebrüht taktieren. Der hier vertretene Zugang ist vielmehr *abstrakt* zu verstehen. Die Faktoren, die im Strafverfahren gegen Unternehmen eine rationale, von Angst gelöste Entscheidung ermöglichen, sind strukturell vorhanden. Die Strafverfahren gegen juristische Personen sind sogar darauf ausgerichtet: Sie bauen auf Selbstanzeige, auf Absprachen und auf Kronzeugenregelungen auf. Derartige Mechanismen sind mittlerweile bezeichnend und eingespielt.<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> Siehe NZZ v. 24.2.2017 (Schweizer Tochter von Koenig & Bauer zahlt Millionen in der Schweiz), abrufbar unter

## V. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Das Schweigerecht des Beschuldigten ist ein Strukturelement des reformierten Strafverfahrens, es sichert die Parteilichkeit des Beschuldigten ab und wird in dieser Funktion auch nach der EMRK garantiert. Die bereits z.B. in der Schweiz und in Österreich bestehenden und in Deutschland (nur) entworfenen Rechtsgrundlagen anerkennen es daher auch in Strafverfahren gegen juristische Personen.

2. Umgesetzt wird es dadurch, dass diejenigen oder derjenige, die die juristische Person im Prozess vertreten, es im Namen der juristischen Person ausüben. Seine Ausdehnung auf andere, nicht in einer Vertretungsrolle auftretenden Leitungspersonen können absichern, dass es umgangen wird.

3. Dass sich jedoch Unternehmen in der Regel zur Mitwirkung entscheiden, weil sie dadurch beträchtliche Vorteile heraushandeln und den Rufschaden bei den Kunden begrenzen können, und dass in der Regel deutlicher Druck in diese Richtung ausgeübt wird – nicht nur von den inländischen Strafverfolgungsbehörden, sondern regelmäßig auch insbesondere in Strafverfahren in den USA –, ist nicht von der Hand zu weisen. Dieser Druck ist sogar ein besonderes Merkmal bisheriger Strafverfahren gegen Unternehmen.

4. Auch, wenn es daher auf den ersten Blick so scheint: Das *Recht* zu schweigen, wird einem Unternehmen dadurch nicht genommen. Denn dass der Beschuldigte bei seiner Entscheidung, dieses Recht in Anspruch zu nehmen oder nicht, Vorteil und Nachteil für seine Verteidigung gegeneinander abwägen wird, ist unvermeidbar und macht ihn nicht im Sinne eines Selbstbelastungszwanges unfrei. Vor diesem Hintergrund sind den Strafverfolgungsbehörden gegenüber einem allein von wirtschaftlichem Kalkül, aber nicht von persönlicher Angst vor Stigmatisierung geleiteten Beschuldigten andere Einwirkungsmöglichkeiten erlaubt als gegenüber einem Menschen, der bei einer Verurteilung drastische Schäden an seiner sozialen Stellung befürchten muss. Die Mitwirkung eines Unternehmens dürfen sie auch dadurch erreichen, dass sie eine Verweigerung ökonomisch uninteressant machen. Die Geltung des Grundsatzes, dass in jedem Strafverfahren der Beschuldigte – auch eine beschuldigte juristische Person – dem Ankläger und dem Gericht als Partei gegenübersteht, ändert sich dadurch nicht.

---

<https://www.nzz.ch/wirtschaft/korruptionsaffaere-schweizer-tochter-von-koenig-bauer-zahlt-millionenstrafe-ld.147640>

(16.5.2023). Die Buße wurde angesichts der breiten Kooperation auf nur einen Franken herabgesetzt; die Bezahlung von „Millionen“ – insgesamt 35 – erfolgte als Gewinnabschöpfung.

# Nemo tenetur se detegere – was gilt in Italien?

## Ein Grundsatz im Wandel konkurrierender Interessen

Von Assoz. Prof. Dr. Margareth Helfer, Universität Innsbruck

*Der Beitrag befasst sich mit der Verankerung des nemo-tenetur-se-detegere-Grundsatzes im italienischen Straf- und Strafprozessrecht. Nach einer Einführung in die Wesenszüge des italienischen akkusatorischen Strafverfahrens und einer Skizzierung der rechtshistorischen Eckdaten zur Entwicklung des Prinzips in Italien widmet sich die Autorin den rechtlichen Bestimmungen, die auf verfassungs- und einfachrechtlicher Ebene den Rahmen für die Ausprägung des Grundsatzes vor allem im italienischen Strafverfahren bilden. Es zeigt sich, dass der Angeklagte zwar im Rahmen seiner Aussagen im Strafverfahren einen umfassenden nemo-tenetur-Schutz erfährt. Dieser wird jedoch dadurch geschmälert, dass es in Sonderfällen infolge einer Priorisierung verfahrensrechtlicher Interessen immer wieder zu empfindlichen Durchbrechungen kommt. Eine erfreuliche gegenläufige Tendenz in Richtung Ausdehnung des nemo-tenetur-Schutzes zeigt sich hingegen in einem Urteil der Corte costituzionale (italienischer Verfassungsgerichtshof) vom 13. April 2021 (84/2021) als Folge der EuGH-Entscheidung vom 2. Februar 2021 (C-481/19 – DB v. Consob). Die nemo-tenetur-Garantie ist demnach künftig auf strafrechtsrelevante Aussagen in Verwaltungs- und Steuerverfahren ausgedehnt. Es wird sich zeigen, inwiefern sich dieses neu zuerkannte Recht gegenüber dem gegenläufigen Interesse auf Schutz des Banken- und Finanzmarktes erfolgreich durchsetzen wird können. Die vorerst gesicherte Reichweite der nemo-tenetur-Garantie bleibt somit auch hier in einem dynamischen Spannungsverhältnis mit konkurrierenden Interessen.*

### I. Einführung mit Überblick über das italienische Strafverfahren

Der nemo-tenetur-Grundsatz ist ein zentrales Element des Rechts auf Verteidigung des Angeklagten im Strafverfahren. Je umfänglicher sein Schutz ist, desto fairer und rechtsstaatlicher gestalten sich das Verfahren und somit die Voraussetzungen für eine möglichst tatsächennahe und gerechte Entscheidung. Das Gebot, sich nicht selbst belasten zu müssen, ist in seiner Ausgestaltung somit sowohl für sich allein betrachtet als auch im Zusammenspiel mit anderen Verfahrensregeln Gradmesser für die Ausprägung der fair-trial-Prinzipien in einer Strafprozessordnung.

Bevor näher auf den Schutzzumfang des Grundsatzes im italienischen Strafverfahrensrecht und Strafrecht eingegangen wird, folgt zunächst ein Überblick über zentrale Grundlinien des italienischen Strafverfahrens als Einführung, um die systemimmanente Wirkung und Reichweite des nemo-tenetur-Schutzes sowie die Tragweite etwaiger Durchbrechungen, auch im Vergleich mit anderen nationalen Rechtsordnungen, besser einordnen zu können.

Die italienische StPO aus dem Jahr 1988, der Codice di procedura penale (im Folgenden: c.p.p.), auch Codice Vassalli genannt, orientiert sich eng an einem kontradiktorisch ausgestalteten Verfahrensmodell und weist die typischen Merkma-

le eines akkusatorischen Systems auf. Aufgrund einzelner Ausnahmen wird sie jedoch nicht als rein, sondern als tendenziell akkusatorisch eingestuft.<sup>1</sup>

Das italienische Strafverfahren kann in seinen charakteristischen Grundzügen wie folgt skizziert werden: 1. Prinzipiell gilt, dass dem Richter als Organ super partes jede Art der Ermittlungstätigkeit, das Anklagerecht und die Beweisführung entzogen ist (Art. 506 f. c.p.p.). Die Beweisführung ist den Parteien vorbehalten (Parteienprozess, Dispositionsmaxime bei der Beweisaufnahme (Art. 190, 468, 493–522 c.p.p.), Zeugenbefragung durch die Parteien (Art. 498 c.p.p.)). 2. Die Waffengleichheit zwischen Anklage und Verteidigung gilt in jeder Phase und Instanz des Verfahrens mit Abweichungen während der Vorerhebungen. Der Staatsanwalt leitet die Ermittlungen und ist mit weitreichenden Befugnissen ausgestattet (Art. 358–378 c.p.p.). Die dem Verteidiger zuerkannten Möglichkeiten liegen in dieser ersten Phase somit weit hinter jenen des Staatsanwalts (Art. 391bis–391decies c.p.p.). Allein die Tatsache, dass der Staatsanwalt darüber entscheidet, wann er die beschuldigte Person über das Verfahren in Kenntnis setzt, bedingt diese ungleiche Ausgangsposition. 3. Die Beweisaufnahme erfolgt in der Hauptverhandlung. Dabei gilt das Prinzip der Mündlichkeit und der Konzentration. Der Richter der Hauptverhandlung hat keine Kenntnis über die in den vorgelagerten Phasen (Vorerhebungen, Vorverhandlung) gesammelten Beweiselemente. Er gründet seine Entscheidung auf den Erkenntnissen, die er mündlich im Zuge der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung unter Wahrung des rechtlichen Gehörs erlangt. Lediglich in Ausnahmefällen ist das Heranziehen von Informationen gestattet, die in schriftlicher Form überliefert und nicht im Zuge der Beweisaufnahme erhoben werden (z.B. Polizeiprotokolle über Aussagen informierter Personen zum Tathergang, die aus unvorhergesehenen Gründen [Tod] nicht in Form einer Zeugenaussage unter Wahrung des rechtlichen Gehörs in der Hauptverhandlung wiederholt werden können). Grundsätzlich gilt, dass all jene Schriftstücke, die Verfahrenshandlungen der Vorerhebungen oder der Vorverhandlung dokumentieren, vom Hauptverhandlungsrichter nicht gekannt werden dürfen (Art. 465–548 c.p.p.). 4. Das Prinzip der Öffentlichkeit gilt für die Hauptverhandlung mit einigen wenigen Ausnahmen (öffentliche Sicherheit, Zeugen-Opferschutz; Art. 471–472 c.p.p.).

<sup>1</sup> Zur Entstehungsgeschichte der italienischen StPO ausführlich Amodio, ZStW 102 (1990), 171; Chiavario, Diritto processuale penale, Profilo istituzionale, 2006, S. 14 ff.; Conso/Grevi/Bargis, Compendio di procedura penale, 2022, XXXIV f.; Ubertis, Sistema di procedura penale I. Principi generali, 2007, S. 22 ff.; Tonini, Manuale di procedura penale, 2022, S. 33 ff.; Siracusano/Tranchina/Zappalà, Elementi di diritto processuale penale, 2007, S. 11.

## II. Historische, ideengeschichtliche und rechtsphilosophische Eckdaten zur Entwicklung und heutigen Ausprägung des nemo-tenetur-Grundsatzes in Italien

Wie in vielen europäischen Rechtsordnungen war es auch in Italien die Zeit der Aufklärung, die den Wechsel einläutete vom Prinzip des „reus tenetur se detegere“ hin zu jenem des „nemo tenetur se detegere“<sup>2</sup>. Im ausgehenden 18. Jahrhundert hatten sich zunächst die Vorbehalte gegen die Folter gemehrt.<sup>3</sup> Die Idee, niemand könne angehalten werden, sich selbst zu belasten, begann, klare Konturen anzunehmen.<sup>4</sup> In dieselbe Zeit fallen weitere bedeutende Richtungswechsel: die Abkehr von der Schuldvermutung hin zur Unschuldsvermutung, von der Rolle des Richters als Inquisitor hin zu jener des Gerichtsorgans *super partes*, vom Angeklagten als *testis contra se* hin zur privaten Verfahrenspartei, die mit Rechten und Garantien ausgestattet ist und aktiv am Prozessgeschehen teilnimmt.<sup>5</sup> In diesem Kontext entsteht dann auch der nemo-tenetur-Gedanke aus der Überzeugung heraus, für jeden Menschen bestehe die naturgegebene Pflicht, sich selbst zu erhalten. Von niemandem könne verlangt werden, zur eigenen „Vernichtung“ beizutragen.<sup>6</sup> Der Gelehrte *Gaetano Filangieri* greift diese modernen, aufgeklärten Ideen auf und meint: „La legge della natura [...] l’obbliga a tacere“<sup>7</sup> (Das Gesetz der Natur verpflichtet den Menschen zu schweigen). Sich selbst erhalten und überleben zu wollen, sei ein natürlicher Instinkt.<sup>8</sup>

Diese fortschrittlichen Ideen, die bereits von Beginn an die enge ideelle Verbindung zwischen nemo tenetur und dem Schutz der Würde des Menschen in Italien erkennen lassen,<sup>9</sup> finden jedoch nicht bei allen Anklang. Angesehene Persönlichkeiten wie *Cesare Beccaria* sind in Bezug auf die neuen Entwicklungen geteilter Meinung. Insbesondere bei *Beccaria* scheint bezeichnend, dass unter den Gründen, die gegen die Folter sprechen, der naheliegende nemo-tenetur-Grundsatz gerade nicht ausdrücklich erwähnt ist.<sup>10</sup> Der endgültige Durchbruch lässt somit noch auf sich warten, sodass ein Ansatz eines Rechtes auf Aussageverweigerung in Italien erst im Codice di procedura penale pel Regno d’Italia, dem sog.

Codice Romagnosi im Jahr 1807 verankert wird.<sup>11</sup> Verweigert der Angeklagte die Aussage trotz Aufforderung, so wird dies im Protokoll vermerkt und er darüber informiert, dass das Verfahren seinen Lauf nehme. Die Fortschrittlichkeit dieser abstrakten Regelung wird zwar gesehen und anerkannt, in ihrer praktischen Anwendung jedoch von Beginn an bezweifelt. Die Aufforderung zur Aussage und die Auskunft darüber, dass das Verfahren ohnehin seinen Lauf nehme, wird zu oft als Gelegenheit missbraucht, um den Angeklagten unter Druck zu setzen.<sup>12</sup>

In den darauffolgenden Strafprozessordnungen von 1865 und 1913 wird das Aussageverweigerungsrecht zu Gunsten des Angeklagten weiter ausgebaut. Erst mit dem Faschismus und der Verabschiedung des sog. Codice Rocco im Jahr 1930, einer tendenziell inquisitorischen StPO, erlebt diese positive Entwicklung erneut einen Rückschlag. Die Rechte des Angeklagten werden stark beschnitten.<sup>13</sup> Die regimetreuen Rechtsgelehrten vertreten die Meinung, der Angeklagte sei, wenn schon nicht rechtlich, so doch moralisch dazu verpflichtet, wahrheitsgetreue Aussagen zu machen.<sup>14</sup>

Der erste Schritt in Richtung wirksamer Sicherung des nemo tenetur-Schutzes wird erst wieder mit Inkrafttreten der italienischen liberalen und rechtsstaatlichen Verfassung 1948 und dem darin enthaltenen unverletzlichen Recht auf Verteidigung (Art. 24 Abs. 2)<sup>15</sup> gemacht. Dies geschieht als Reaktion auf die nach dem 2. Weltkrieg entstandene Grundrechtsbewegung, die international in die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (1948), die Europäische Menschenrechtskonvention (1950) und den Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (1966) mündete. Eine Anpassung des Codice Rocco an diese geänderten grundrechtlichen Rahmenbedingungen mit einer angemessenen Berücksichtigung des Rechts auf Verteidigung erfolgt erst im Jahr 1969.<sup>16</sup>

Dieser wird im Jahr 1988 von der heute noch geltenden StPO (Codice Vassalli) abgelöst. Als erste Strafprozessordnung der Republik Italien weist diese einen tendenziell akkusatorischen Charakter auf.<sup>17</sup> Der nemo-tenetur-Grundsatz wird darin von Beginn an relativ großzügig berücksichtigt, insbesondere im Bereich der Aussagen des Angeklagten. Weitere wichtige Reformen folgen, nicht immer jedoch im Sinne einer Stärkung des nemo-tenetur-Schutzes. Ausdrücklich erwähnt sei hier das Reformgesetz Nr. 63/2001, durch dessen Neuerungen zwar zentrale, in der Verfassung veran-

<sup>2</sup> *Grevi*, „Nemo tenetur se detegere“, *Interrogatorio dell’imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, 1972, S. 8; *Garlati*, *L’Indice penale* 2006, 109 (127); siehe auch, *Rogall*, *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, Ein Beitrag zur Geltung des Satzes „Nemo tenetur seipsum prodere“ im Strafprozeß*, 1977, S. 67.

<sup>3</sup> Siehe dazu insbesondere *Rusca*, *Osservazioni pratiche sopra la tortura*, 1776, S. 21.

<sup>4</sup> *Briganti*, *Pratica criminale*, 1842, S. 208 ff.

<sup>5</sup> *Garlati*, *L’Indice penale* 2006, 109 (127).

<sup>6</sup> *Rusca* (Fn. 3), S. 21.

<sup>7</sup> *Filangieri*, *La scienza della legislazione*, 1. III, 1798, S. 290.

<sup>8</sup> *Grevi* (Fn. 2), S. 17; *Garlati*, *L’Indice penale* 2006, 109 (131).

<sup>9</sup> Für Deutschland, *Rogall* (Fn. 2), S. 144 ff.

<sup>10</sup> *Grevi* (Fn. 2), S. 10 ff.; *Garlati*, *L’Indice penale* 2006, 109 (130 f.); siehe dazu *Beccaria*, *Dei delitti e delle pene*, § XVI. Della tortura, Nachdruck Franco Venturi (Hrsg.), 1994, S. 38 ff.

<sup>11</sup> *Cordero*, *Procedura penale*, 2022, S. 68 ff.; *Garlati*, *L’Indice penale* 2006, 109 (140 ff.).

<sup>12</sup> *Garlati*, *L’Indice penale* 2006, 109 (144).

<sup>13</sup> *Garlati*, *L’Indice penale* 2006, 109 (174 f.); *Grevi* (Fn. 2), S. 41 ff.

<sup>14</sup> *Massari*, *Il processo penale nella nuova legislazione italiana*, 1934, S. 137 f.

<sup>15</sup> *Paladin*, *Giurisprudenza costituzionale* 1965, 312.

<sup>16</sup> *Vassalli*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1969, 927.

<sup>17</sup> Zur Entstehungsgeschichte und zum Aufbau der heute geltenden StPO aus dem Jahr 1988 ausführlich *Amodio*, *ZStW* 102 (1990), 171.

kerte Grundsätze des fairen Verfahrens<sup>18</sup> ausgebaut und verstärkt wurden, allerdings immer auch im Bemühen, einen Ausgleich zwischen letzteren und weiteren wichtigen, auch teils gegenläufigen verfahrensrechtlichen Interessen (Verfahrensökonomie, Wahrheitsfindung) zu erreichen und umzusetzen.

### III. Zum Ursprung und zur rechtlichen Natur des nemo-tenetur-Grundsatzes

Der Grund für die Geltung des nemo-tenetur-Grundsatzes in Italien ist materiellrechtlicher Natur. Er dient dem Schutz der Menschenwürde, des Persönlichkeitsrechts, des Rechts auf Selbstbestimmung im Verfahren, des Schuldgrundsatzes und damit zusammenhängend der Unschuldsvermutung. Der Person, die Gefahr läuft, sich selbst zu belasten, wird das Recht zuerkannt, ja wenn nicht sogar die Pflicht auferlegt, die eigene Person zu erhalten und vor Nachteilen (nicht mehr vor Vernichtung – Todesstrafe ist abgeschafft) zu bewahren.<sup>19</sup> Sich selbst zu schützen und „überleben“ zu wollen wird als natürlicher Instinkt des Menschen interpretiert und ist daher rechtsstaatlich durch entsprechende Regeln zu gewährleisten. Es könne nicht verlangt werden, dass der Mensch sich selbst Feind ist. Er habe daher das Recht und die Pflicht, jene Rechtsgüter zu schützen und zu bewahren, die seine Person betreffen und Gefahr laufen, bei einer etwaigen Verurteilung beschnitten zu werden, wie etwa die Freiheit, das Vermögen, aber auch die Würde des Menschen.<sup>20</sup>

### IV. Die rechtliche Verankerung

#### 1. Verfassungsrechtliche Grundlagen

Der nemo-tenetur-Grundsatz ist in der italienischen Verfassung (Costituzione della Repubblica Italiana) nicht ausdrücklich verankert, sondern wird abgeleitet aus dem verfassungsrechtlichen Grundrecht auf Verteidigung in Art. 24 Abs. 2: „Die Verteidigung ist in jeder Phase und in jeder Instanz des Verfahrens ein unverletzliches Recht.“ Dieses unverletzliche Recht, das sich sowohl auf die technische Verteidigung durch einen Anwalt als auch auf die Selbstverteidigung bezieht,<sup>21</sup> schließt das Recht mit ein, sich – vor allem im Zuge der Ausübung der Selbstverteidigung – nicht selbst belasten zu müssen.<sup>22</sup>

Den nemo-tenetur-Schutz auf Verfassungsebene ergänzen darüber hinaus das Prinzip der Unschuldsvermutung (Art. 27 Abs. 2 der italienischen Verfassung), insbesondere in Bezug auf das passive Verteidigungsrecht, am Beweis der Schuld gerade nicht mitwirken und sich nicht kooperativ zeigen zu

müssen,<sup>23</sup> und das Prinzip des fairen Verfahrens (Art. 111, Abs. 1–5).

#### 2. Einfachrechtliche Grundlagen

##### a) Nemo-tenetur-Schutz: Reichweite, zeitlicher und persönlicher Geltungsumfang

Ausprägungen des nemo-tenetur-Grundsatzes auf einfachrechtlicher Ebene finden sich insbesondere in Bestimmungen der Strafprozessordnung (Codice di procedura penale, c.p.p.); in ihrer Wirksamkeit werden sie ergänzt durch Normen des italienischen Strafgesetzbuches (Codice penale, c.p.).

Ein allgemeines Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen, ist in Italien weder in der StPO noch im StGB verankert. Der in den einfachrechtlichen Bestimmungen garantierte nemo-tenetur-Schutz ist auf Selbstbelastungen in Form von Aussagen beschränkt. Zentrale Bestimmungen sind das Recht auf Aussageverweigerung bei Einvernahme (Art. 64 c.p.p.), die Regeln bei ersten selbstbelastenden Erklärungen (Art. 63 c.p.p.) und das Verbot der Zeugenaussage über verfahrensimmanente Erklärungen des Angeklagten (Art. 62 c.p.p.). Gemeinsam mit weiteren Bestimmungen garantieren sie einen umfassenden nemo-tenetur-Schutz des Angeklagten im Rahmen seiner Aussagetätigkeit. Durchbrechungen erfolgen in Ausnahmefällen zugunsten konkurrierender verfahrensrechtlicher Interessen (Wahrheitsfindung, Verfahrensökonomie). Außerhalb von Aussagen wird eine unterlassene Mitwirkung des Angeklagten bei der Beweisbeschaffung trotz teils elastischer Regelungen nicht durch Berufung auf die Selbstbelastungsfreiheit toleriert. Ein nemo-tenetur-Einwand kann nicht beansprucht werden, um sich einer Aufforderung, etwa zur Dokumentenvorlage oder der Mitwirkung an anderen Verfahrenshandlungen (Durchsuchung von Personen, passive Mitwirkung an Identifizierung von Personen, Bluttest, Entnahme von DNA-Proben, Alkoholtest) zu entziehen.

Diese enge Interpretation des nemo-tenetur-Grundsatzes wird in der Lehre kritisiert, da eine breitere Auslegung der Selbstbelastungsfreiheit aus den verfassungsrechtlich verankerten Grundsätzen und ihrer materiellrechtlichen Natur ableitbar wäre.<sup>24</sup> Die italienische Rechtsprechung verfolgt ihre restriktive Linie jedoch weiterhin unbeirrt.<sup>25</sup> Eine nicht unerhebliche Rolle mag dabei die ständige Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 EMRK spielen, wonach das sog. Selbstbe-

<sup>23</sup> *Grevi*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1998, 1129; *Mazza* (Fn. 22), S. 47.

<sup>24</sup> *Camon*, in: *Camon/Daniele/Negri/Cesari/Di Bitonto/Paulesu* (Hrsg.), *Fondamenti di procedura penale*, 3. Aufl. 2021, S. 137 f.

<sup>25</sup> Siehe dazu nachfolgende Urteile italienischer Höchstgerichte, zunächst zur Aberkennung des Rechts, sich einer passiven Mitwirkung an einer Identifizierung von Personen entziehen zu können, Corte costituzionale (ital. VerfGH), Urt. v. 22.6.1994 – 267/1994; zur Rechtmäßigkeit der Entnahme von Speichelproben oder Blutproben, Corte costituzionale, Urt. v. 27.6.1996 – 238/1996, und Urt. v. 30.5.1996 – 194/1996, sowie Corte di cassazione (ital. Kassationsgerichtshof), Urt. v. 23.10.2008 – 43002; siehe auch, *Felicioni*, *Accertamenti urgenti sulla persona e processo penale, Il prelievo di materiale biologico*, 2007, S. 166 ff.

<sup>18</sup> Art. 111 Abs 1–5 Verfassungsgesetz 2/1999.

<sup>19</sup> *Rusca* (Fn. 3), S. 21.

<sup>20</sup> *Grevi* (Fn. 2), S. 17; *Garlati*, *L'Indice penale* 2006, 109 (131); auch bereits *Filangieri* (Fn. 7), S. 290.

<sup>21</sup> *Bellavista*, *Enciclopedia del diritto*, XII, 1983, S. 456; *Presutti*, *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento I, 1997, S. 234; *Chiavario* (Fn. 1), S. 143.

<sup>22</sup> *Paladin*, *Giurisprudenza costituzionale* 1965, 312; *Mazza*, in: *Ubertis/Voena* (Hrsg.), *Trattato di procedura penale*, VII.1, 2004, S. 42 ff.

lastungsprivileg (privilege against self-incrimination) auf Beweise kommunikativen Inhalts beschränkt ist (communicative evidence), die erst durch Willensäußerung entstehen, und sich nicht auch auf solche bezieht, die materiell bereits vorliegen (real evidence) oder in Bezug auf welche die Person selbst zum Objekt der Beweisbeschaffung werden kann (biologische Proben).<sup>26</sup>

Bezogen auf das Recht, sich durch Aussage nicht selbst belasten zu müssen, wird darauf Wert gelegt zu unterscheiden zwischen den beiden unterschiedlichen Erscheinungsformen dieses Rechts, nämlich dem Recht zu schweigen (passive Variante) und dem Recht, sich bei Aussage nicht selbst belasten zu müssen und somit das Recht für sich zu beanspruchen, nicht wahrheitsgetreu auszusagen, um sich nicht selbst zu belasten;<sup>27</sup> bei dieser zweiten, aktiven Variante ist die Lüge erlaubt, wird jedoch durch die Verleumdung (und Selbstverleumdung) begrenzt (Art. 368 und 369 c.p.).<sup>28</sup> Obwohl diese beiden Ausformungen ausdrücklich weder in internationalen Grundrehtedokumenten noch in der italienischen Verfassung erwähnt sind, sondern ausschließlich implizit abgeleitet werden, gilt diese Unterscheidung und deren Diskussion in Italien als wichtige Komponente im Bemühen, dem nemo-tenetur-Schutz allgemein sowie vor allem in der prozessrechtlichen Dynamik eines fairen Verfahrens einen möglichst breiten Raum zu geben und eine entsprechende Berücksichtigung zu gewährleisten.<sup>29</sup>

Untersagt sind somit Zwang, Nötigung, Formen der Unterdrückung sowie die Anwendung von Methoden und Techniken, die geeignet sind, die freie Selbstbestimmung zu beeinflussen bzw. das Erinnerungs- oder Urteilsvermögen zu verändern (Art. 64 c.p.p.). Nicht immer gelingt dies. Insbesondere der Schutz der psychischen Freiheit als Grundlage für freie, selbstbestimmte Entscheidungen wird in der Praxis nicht durchgehend garantiert. Als besonders gravierend sind jene Defizite einzuordnen, die im Bereich der missbräuchlichen Verfügung vorbeugender Zwangsmaßnahmen gegen Personen, insbesondere der Untersuchungshaft, noch vor ihrer Reform im Jahr 1995 ausgemacht wurden. Eine nicht kollaborative Einstellung wurde in der Vergangenheit, insbesondere bei Straftaten gegen die öffentliche Verwaltung,<sup>30</sup> als Indiz für eine *pericula libertatis* wegen Verdunkelungsgefahr, Wiederholungsgefahr oder Fluchtgefahr ausgelegt mit der

Folge der Verfügung entsprechender Zwangsmaßnahmen (Art. 274 c.p.p.).<sup>31</sup> Auch die Aussetzung einer bereits formell verfügten Untersuchungshaft, die jederzeit aufgehoben werden konnte, diente als Druckmittel, um den Angeklagten zur Aussage zu bewegen.<sup>32</sup> Eine Reform im Jahr 1995 mit der ausdrücklichen Neuerung, die Aussageverweigerung könne bei sonstiger Nichtigkeit nicht als Indiz für den Haftgrund herangezogen werden, brachte zwar eine leichte Entspannung. Bis heute bestehen jedoch Vorbehalte, wonach die aktuelle Regelung des bereits an und für sich rechtsstaatlich heiklen Bereichs der vorbeugenden Zwangsmaßnahmen einer weiteren Revision bedürfe, um dem nemo-tenetur-Schutz und damit der Unschuldsvermutung, auch in der konkreten Anwendung, vollumfänglich gerecht werden zu können.<sup>33</sup>

Zum zeitlichen und persönlichen Geltungsumfang gilt, dass der nemo-tenetur-Grundsatz noch vor Erlangung des Beschuldigten- oder Angeklagtenstatus greift. Wird eine Person etwa als Zeuge gehört, ist sie von der Pflicht zur wahrheitsgetreuen Aussage kraft nemo tenetur entbunden, wenn sie sich damit selbst belasten würde (Art. 198 Abs. 2 c.p.p.).

Weitere Ausformungen und Garantien der Selbstbelastungsfreiheit gelten, sobald die Person formell als „Beschuldigte“ gilt. Dies erfolgt mit Eintragung des Namens der verdächtigen Person in das Register der Nachrichten über strafbare Handlungen (Art. 335 c.p.p.). Der Status des Beschuldigten und die damit verbundenen Rechte und Pflichten sind jenem des Angeklagten (mit Anklageerhebung) gleichgestellt.<sup>34</sup>

#### b) Nemo-tenetur-Schutz und seine Durchbrechungen

##### aa) Der Angeklagte als Zeuge: die sog. assistierte Zeugen-aussage (*la testimonianza assistita*)

Das nemo-tenetur-Gebot wird insbesondere im Bereich der Aussagen des Angeklagten gewährleistet. Der entsprechende Schutz ist dabei, wie bereits erwähnt, relativ umfassend garantiert. Durchbrechungen erfolgen in Ausnahmefällen zugunsten konkurrierender verfahrensrechtlicher Interessen (Wahrheitsfindung, Beweiserhaltung, Verfahrensökonomie). Am Beispiel der Sonderregelung der assistierten Zeugenaussage des Angeklagten kann dies gut veranschaulicht werden. In Abweichung zum allgemeinen Recht auf Aussageverweigerung bei Einvernahme (Art. 64 c.p.p.) ist der Angeklagte immer dann zur wahrheitsgetreuen Aussage verpflichtet, wenn diese die Verantwortlichkeit Dritter betrifft.

Seit dem Reformgesetz Nr. 63/2001<sup>35</sup> ist die Freiwilligkeit der Aussage bei der ersten Einvernahme des Angeklag-

<sup>26</sup> Siehe dazu EGMR, Urt. v. 17.12.1996 – 19187/91 (Saunders v. UK); EGMR, Urt. v. 15.6.1999 – 43486/98 (Tirado Ortiz v. Spain); EGMR, Urt. v. 29.6.2007 – 15809/02 und 25624/02 (O’Halloran e Francis v. UK); siehe auch EGMR, Urt. v. 4.12.2008 – 30562/04 und 30566/04 (S. e Marper v. UK).

<sup>27</sup> Grevi (Fn. 2), S. 3 f.; Mazza (Fn. 22), S. 45 f.; *Ubertis*, Enciclopedia del diritto, Annali II, Tomo I, 2008, S. 435 f.

<sup>28</sup> *Amodio*, Rivista di diritto processuale penale 1974, 412; *Ubertis* (Fn. 27), S. 436; *Camon* (Fn. 24), S. 137; *Mazza* (Fn. 22), S. 72 ff.; *Patané*, Il diritto al silenzio dell’imputato, 2006, S. 95 f.

<sup>29</sup> Siehe dazu Corte costituzionale, Urt. v. 22.6.1994 – 267/1994; Corte costituzionale, Urt. v. 19.6.2002 – 291/2002.

<sup>30</sup> *Marafioti*, Scelte autodifensive dell’indagato e alternative al silenzio, 2000, S. 15 ff.

<sup>31</sup> Ausführlich dazu, *Mazza* (Fn. 22), S. 346 ff.; *De Cataldo Neuburger/Gulotta*, Trattato della menzogna e dell’inganno, 1996, S. 198 ff.

<sup>32</sup> *Mazza* (Fn. 22), S. 352 ff.; *Marafioti* (Fn. 30), S. 316 f.

<sup>33</sup> *Ferrua*, *Questione Giustizia* 1998, 587 ff.

<sup>34</sup> Für eine bessere Lesbarkeit wird im Beitrag der Begriff „Angeklagter“ verwendet.

<sup>35</sup> Ausführlich dazu *Corbetta*, *Diritto penale e processo* 2001, 678 ff.; *Kostoris* (Hrsg), *Il giusto processo, Tra contraddittorio e diritto al silenzio*, 2002, passim.

ten nicht mehr allgemein und inhaltsunabhängig garantiert, sondern auf selbstbelastende Aussagen beschränkt. Bei sonstiger absoluter Unverwertbarkeit der Aussage ist die Person dazu vor Beginn der Einvernahme darüber zu belehren, insbesondere, dass 1. ihre Erklärungen gegen sie verwendet werden können und 2. sie das Recht hat, auf Fragen nicht zu antworten. Für Aussagen contra alios mutiert der Angeklagte zum Zeugen und ist als solcher zur wahrheitsgetreuen Aussage verpflichtet (Art. 64, Abs 3 lit. c).

Von Beginn an wurde diese Neuregelung von der Lehre heftig kritisiert. Der vormals geltende allgemeine Grundsatz, die eigene Aussage könne im Zuge der Einvernahme aus Prinzip verweigert werden, sei durch diese Einschränkung in rechtsstaatlich bedenklicher Weise beschnitten worden. Die Einvernahme verliere damit ihre Funktion eines Verteidigungsmittels und werde, wenn auch beschränkt auf Aussagen contra alios, zu einem Instrument der Wahrheitsfindung herabgestuft. Insbesondere sei es leichtfertig, davon auszugehen, dass sowohl der Angeklagte selbst wie auch die Strafverfolgungsbehörde in Bezug auf eine künftige Aussage ex ante unterscheiden können, was die eigene Verantwortlichkeit oder die eines Dritten betreffe und ab wann im konkreten Fall das Aussageverweigerungsrecht greife und zu gelten habe und somit die Pflicht zur wahrheitsgetreuen Aussage entfalle. Durch die Reform sei das Aussageverweigerungsrecht einer Verwässerung unterzogen worden, die mit der Garantiefunktion der Selbstbelastungsfreiheit nicht vereinbar wäre.<sup>36</sup>

Trotz aller Kritik hat sich die Regelung bis heute gehalten: Zum einen gilt die Einschränkung als gerade noch mit dem nemo-tenetur-Grundsatz vereinbar, zum anderen wird es als notwendig erachtet, dem Grundsatz der Wahrheitsfindung gerade in einem akkusatorischen System, wo irgend möglich, kompensatorisch Raum zu geben.<sup>37</sup>

Um den Spagat zwischen dem nemo-tenetur-Schutz des Angeklagten und den verfahrensrechtlichen Interessen der Wahrheitsfindung und Beweiserhaltung nicht nur im Rahmen der ersten Einvernahme des Angeklagten, sondern darüber hinaus und insbesondere im Zuge der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung bestmöglich garantieren zu können, wurde somit mit dem Reformgesetz 2001 die Regelung der sog. assistierten Zeugenaussage (testimonianza assistita, Art. 197

und 197bis c.p.p.) eingeführt. Besonders heikel war dabei die Regelung der Vereinbarkeit zwischen dem Status des Angeklagten und jenem des Zeugen in Bezug auf Aussagen zur Verantwortlichkeit Dritter.

Prinzipiell gilt, dass der Angeklagte in Bezug auf seine eigene Verantwortlichkeit immer ein Aussageverweigerungsrecht hat. Die Positionen des Angeklagten und Zeugen in Bezug auf die eigene Verantwortlichkeit sind daher unvereinbar. Ebenso klar erscheint, dass eine Person, obwohl Angeklagter in einem Verfahren, ohne Weiteres als Zeuge in einem anderen, vom eigenen unabhängigen Strafverfahren auftreten kann. Bis zum Inkrafttreten des Gesetzes Nr. 63/2001 galten als vom eigenen Verfahren abhängig, weil die eigene Verantwortlichkeit betreffend, all jene, die als zusammenhängend (Art. 12 c.p.p.) oder in Beziehung stehend galten (Art. 371 Abs. 2 lit. b c.p.p.). Diese Regelung wurde reformiert. Der Radius der Verfahren, die als zusammenhängend oder in Beziehung stehend gelten, wurde unter heftiger Kritik erheblich eingeschränkt, sodass künftig in deutlich mehr Fällen auf Aussagen des Zeugen-Angeklagten zurückgegriffen werden und er sich unter Berufung auf nemo tenetur nicht der Verpflichtung entziehen kann, als Zeuge vor Gericht zu erscheinen und auszusagen. Eine Weigerung ist allein für jene Verfahren möglich, in denen die Unvereinbarkeit des Angeklagten mit dem Amt des Zeugen dadurch gerechtfertigt ist, dass die eigene Verantwortlichkeit mit der fremden untrennbar verbunden ist, sodass jede Aussage zur fremden Verantwortlichkeit automatisch selbstbelastend wäre. Hinsichtlich der fremden Verantwortlichkeit kann der Angeklagte somit als Zeuge vernommen werden. Im Bewusstsein, dass dadurch das Recht auf Verteidigung und insbesondere das Schweigerecht empfindlich strapaziert wird, sind Garantien einzuhalten, die dieser speziellen Situation gerecht werden (Art. 197bis c.p.p.). Dazu zählt zunächst, dass die Aussage des Zeugen-Angeklagten ausschließlich im Beisein seines Verteidigers erfolgen kann (Art. 197bis Abs. 3 c.p.p.); daher auch ihre Bezeichnung als assistierte Zeugenaussage. Da die Beweiskraft der Aussage des Zeugen-Angeklagten aufgrund ihrer besonderen Natur als geschmälert gilt, ist diese vom Richter schließlich gemeinsam mit anderen Beweisen zu würdigen, die ihre Glaubwürdigkeit untermauern (Art. 197bis Abs. 6 c.p.p. i.V.m. Art. 192 Abs. 3 c.p.p.).

#### *bb) Der Angeklagte als Verbündeter der Strafverfolgungsbehörden*

Interessant ist die Beurteilung des nemo-tenetur-Schutzes im Lichte von Angeboten der Strafverfolgungsbehörden, bei aktiver Mitwirkung an der Aufklärung von Straftaten durch Lieferung selbstbelastender Informationen mit Straffreiheit, Strafminderung oder verbesserten Vollzugsbedingungen rechnen zu können. In Frage stehende Rechtsinstitute sind dabei die seit 1991 geltende Kronzeugenregelung für reuige Straftäter in Bezug auf Verbrechen der organisierten Kriminalität (kriminelle Vereinigung, mafiaartige Vereinigung, Terrorismusstrafaten),<sup>38</sup> die 2019 neu eingeführte Selbstanzeige für

<sup>36</sup> *Garlati*, L'Indice penale 2006, 109 (116 ff.); *Patané* (Fn. 28), S. 207 ff.; *Amodio*, Cassazione penale 2001, 3587 ff.; *Camon*, in: *Kostoris* (Fn. 35), S. 204; *Conti*, in: *Tonini* (Hrsg.), *Giusto processo, Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova* (legge 1° marzo 2001, n. 63), 2001, S. 204; *Maddalena*, *Riforma del sistema probatorio e ruolo del pubblico ministero*, in: *AA. VV.*, *Giusto processo e prove penali: legge 1° marzo 2001 n. 63*, 2001, S. 25 f.; a.A. *Chiavario*, *Legislazione penale* 2002, 146 ff.; *Dominioni*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1997, 764. Dazu auch *Orlandi*, in: *Kostoris* (Fn. 35), S. 153 ff. Bedenken wurden bereits vor Inkrafttreten des genannten Gesetzes in Hinblick auf die Aufrechterhaltung des nemo tenetur-Schutzes geäußert. Dazu ausführlich, *Grevi*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1999, 821 ff.

<sup>37</sup> *Grevi*, *Politica del diritto*, 2001, 89 ff.

<sup>38</sup> Die Sonderregelung wurde eingeführt mit Gesetz Nr. 82 v. 15.3.1991 („Neue Maßnahmen [...] zum Schutz von Perso-

Straftaten gegen die öffentliche Verwaltung, insbesondere für Korruptionsstraftaten (Art. 323ter c.p.<sup>39</sup>) und das Sonderstrafverfahren der Strafzumessung auf Antrag der Parteien als eine Form der Absprache zwischen Anklage und Verteidigung (Art. 444 ff. c.p.p., sog. patteggiamento).

Inwiefern diese Sonderregelungen den nemo-tenetur-Grundsatz durchbrechen, hängt von der Strenge ab, mit der man das Prinzip interpretiert. Gemeinsam ist den Fällen, dass eine Person zur Zusammenarbeit nicht gezwungen wird, sondern durch Angebote (Straffreiheit bei Selbstanzeige, Strafminderung und verbesserte Vollzugsbedingungen für Kronzeugen, Strafminderung beim Sonderverfahren der Absprache) animiert wird, unter Preisgabe des nemo-tenetur-Schutzes mit den Strafverfolgungsbehörden zusammenzuarbeiten. Zentraler Aspekt ist somit die Freiwilligkeit dieser Entscheidung, deren Beurteilung insbesondere dann kritisch ausfällt, wenn die Belohnung für die Zusammenarbeit verhältnismäßig hoch ist. Ein Veto gegen die Durchbrechung des nemo-tenetur-Grundsatzes kann diesbezüglich für die Belohnung mit Straffreiheit eingelegt werden. Winkt bei Lieferung selbstbelastender Informationen durch eine Selbstanzeige die Straffreiheit, so kehren sich diese von „belastende“ in formell „entlastende“ Informationen, wodurch der Schutzzweck des Grundsatzes entfällt, immer sofern die „Entlastung“ auf den Entfall der Strafe reduziert wird. Bleibt hingegen ein Rest an Bestrafung und ist die Preisgabe der Informationen nur zum Teil entlastend, bleibt die Selbstbelastung bestehen und die Freiwilligkeit wird umso mehr strapaziert, je höher das Gefälle zwischen ursprünglich angedrohter und angebotener reduzierter Strafe ist. Hat der Angeklagte etwa die Option zwischen lebenslanger Gefängnisstrafe und einer deutlich reduzierten Freiheitsstrafe mit erleichterten Haftbedingungen, steht eine Verletzung des nemo-tenetur-Grundsatzes im Raum. Trotz aller Kritik<sup>40</sup> sind die Bestimmungen bis heute bestehen geblieben. Zu wichtig scheinen die mit dem nemo-tenetur-Schutz konkurrierenden und schlussendlich als prioritär eingestuft Interessen der effizienten Bekämpfung der organisierten Kriminalität (Kronzeugenregelung) sowie der Verfahrensökonomie und operativen Entlastung der Justiz (Sonderverfahren der Absprache).

### c) Die Spiegelung des nemo-tenetur-Schutzes im Strafrecht

Um den in der StPO verankerten nemo-tenetur-Schutz möglichst effizient sicherstellen zu können, ist auf der Ebene des

Strafrechts immer dann Straffreiheit garantiert, wenn durch nicht wahrheitsgetreue Aussagen strafbare Handlungen zwar begangen werden, diese aber unter Berufung auf die Selbstbelastungsfreiheit als nicht tatbestandsmäßig gelten. Zentral sind dabei die beiden im Abschnitt der Verbrechen gegen die Rechtspflege eingeordneten Bestimmungen der „Verleitung, keine Aussagen oder unwahre Aussagen vor der Justizbehörde zu machen“ (Art. 377bis c.p.) und der „Fälle von Straffreiheit“ (Art. 384 c.p.).

Gemäß Art. 377bis c.p. wird mit einer Freiheitsstrafe von zwei bis sechs Jahren bestraft, wer eine Person in einem Strafverfahren dazu verleitet, entweder keine Aussagen zu machen oder unwahre Aussagen zu machen, obwohl sie das Recht hat, nicht zu antworten. Diese Bestimmung wurde erst mit dem Reformgesetz Nr. 63/2001 in den c.p. eingeführt. Ziel ist es, die Wahrung des rechtlichen Gehörs als Grundvoraussetzung für ein faires Verfahren weitestgehend zu garantieren. Dem kann allerdings nur Rechnung getragen werden, wenn auch garantiert ist, dass die von den Parteien vorgebrachten Beweise unverfälscht sind.<sup>41</sup> Auf gleicher Ebene mit diesem verfahrensrechtlichen Schutzzweck befindet sich das Bestreben des Gesetzgebers, auf materieller Ebene im Interesse der freien Selbstbestimmung einer Person die zwanglose Ausübung des Aussageverweigerungsrechtes als besondere Ausformung des Prinzips des nemo tenetur se detegere zu schützen.<sup>42</sup>

Derselbe Schutzgedanke wird über das Reformgesetz Nr. 63/2001 in Art. 384 c.p. sichergestellt. Straffrei ist, wer eine Straftat gegen die Rechtspflege begangen hat (z.B. Falsche Zeugenaussage, Selbstbezeichnung, Prozessbetrug, Persönliche Begünstigung, Unterlassung einer Meldung in Ausübung eines Heilberufs), weil er dazu durch die Notwendigkeit gezwungen war, sich oder einen nahen Angehörigen vor einem schweren und nicht vermeidbaren Nachteil für seine Freiheit oder Ehre zu bewahren. Die zuerkannte Straffreiheit stellt eine konkrete Anwendung des nemo-tenetur-Grundsatzes dar.<sup>43</sup> Der Schutz des Instinktes einer Person, die eigene Freiheit und Ehre dadurch erhalten zu wollen, indem sie sich nicht selbst belastet, steht im Vordergrund und wird auf nahe Familienangehörige ausgedehnt. Damit wird bekräftigt, dass die Solidarität innerhalb der Familie gerade nicht für das Funktionieren der Justiz aufs Spiel gesetzt werden darf. Der

nen, die mit der Justiz zusammenarbeiten“), mit letzten Änderungen durch Gesetz Nr. 6 v. 11.1.2018.

<sup>39</sup> Die Möglichkeit der Selbstanzeige wurde durch das Gesetz Nr. 3 v. 9.1.2019 eingeführt. Aufgrund seines repressiven Charakters wurde es von der Presse auch sofort als „legge spazza-corrotti“ („das Gesetz, das die Korrupten aussortiert“) getauft und hat diesen Namen bis heute beibehalten.

<sup>40</sup> Ein Verstoß gegen das nemo-tenetur-Prinzip bestehe hier ohne Zweifel. Siehe dazu *Padovani*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1986, 59 f.; siehe allgemein zur Problematik *Ruga Riva*, *Il premio per la collaborazione processuale*, 2002, 501 ff.; *Musco*, *La legislazione premiale*, 1987, S. 132; *Camon* (Fn. 24), S. 138 f.

<sup>41</sup> *Conti*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 2001, 849 (844).

<sup>42</sup> *Piffer*, in: *Dolcini/Marinucci* (Hrsg.), *Codice penale commentato*, Artt. 241–574-bis c.p., 2011, S. 3878 f. Anm. 2; *Fiandaca/Musco*, *Diritto penale, Parte speciale I*, 6. Aufl. 2021, S. 395.

<sup>43</sup> *Fiandaca/Musco* (Fn. 42), S. 423; *Riverditi*, in: *Antolisei*, *Manuale di diritto penale, Parte speciale II* (aggiornamento a cura di A. Rossi), 17. Aufl. 2022, S. 726; *Conti*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 2001, 840 ff.; *Zanotti*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1989, 174 (178 ff.); siehe dazu auch *Pulitanò*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1999, 1272 ff.

Anspruch, sich selbst und seine Familie erhalten zu wollen,<sup>44</sup> liegt dieser Norm zu Grunde und gilt als prioritär.

Ebenso nicht strafbar ist (Abs. 2, geändert mit Gesetz Nr. 63/2001), wer unrechtmäßig und in Verletzung von nemo-tenetur-Bestimmungen zur Aussage angehalten wird. Unwahre Aussagen dieser Person sind nicht tatbestandsmäßig.<sup>45</sup>

In den späten 1980er Jahren gab es in Italien sowohl in der Lehre als auch in der Rechtsprechung Bestrebungen, die Bedeutung und den Schutz des nemo-tenetur-Grundsatzes im Strafrecht auszubauen. So wurde etwa die Legitimierung der Strafbarkeit der Bilanzfälschung angezweifelt, wenn diese begangen wird, um der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für vorangegangene Straftaten zu entgehen.<sup>46</sup> Im Fokus stand die Frage nach der Ausdehnung der Selbstbelastungsfreiheit auf Aussagen, die außerhalb eines laufenden Verfahrens getätigt wurden. Die These wurde von Beginn an in der Lehre rege diskutiert,<sup>47</sup> konnte sich jedoch nicht durchsetzen.<sup>48</sup> Diese restriktive Linie wurde schließlich vom Verfassungsgerichtshof im Jahr 2021 bekräftigt. Der nemo-tenetur-Schutz beziehe sich nur auf verfahrensimmanente Aussagen und könne nicht auf alle selbstbelastenden Erklärungen und ihre etwaigen strafrechtlichen Folgen ausgedehnt werden.<sup>49</sup> Dem Prinzip des nemo tenetur se detegere wird im materiellen Recht damit eine allgemeine Geltung abgesprochen.<sup>50</sup> Im gegenteiligen Fall müsste eine Revision verschiedener Bestimmungen erfolgen, darunter insbesondere die Erwägung

einer Änderung bzw. Abschaffung des allgemeinen teleologischen Erschwerungsgrundes der Straftat, wenn diese begangen wurde „um eine andere strafbare Handlung [...] zu verdecken oder zu dem Zweck, sich oder einem anderen [...] die Straflosigkeit wegen einer anderen strafbaren Handlung zu verschaffen oder zu sichern“ (Art. 61 Abs. 1 Nr. 2 c.p.).<sup>51</sup> In diesem Gesamtbild ist die Bestimmung in Art. 384 c.p. daher zweifellos als Ausnahmeregelung zu verstehen.

*d) Nemo-tenetur-Garantie: Ausdehnung auf Aussagen etwaiger strafrechtlicher Relevanz in Verwaltungs- und Steuerverfahren*

Mit dem letztgenannten Urteil des Verfassungsgerichtshofs konnte, neben der einschränkenden Interpretation zur Verwertbarkeit von Aussagen, eine weitere wichtige Rechtsfrage geklärt und damit ein Paradigmenwechsel zur Geltung des nemo-tenetur-Schutzes in Verwaltungs- und Steuerverfahren in Italien erreicht werden. Mit seinem Urteil vom 13. April 2021 (84/2021) hat der Verfassungsgerichtshof klargestellt, das Schweigerecht gelte auch in Verfahren, die einem etwaigen Strafverfahren vorausgehen. Auf dieser Grundlage wurde Art. 187-quinquiesdecies des Gesetzesdekrets Nr. 58/1998 (Gesetz über Finanzintermediation) in dem Teil für verfassungswidrig erklärt, in dem er „jede Person, die den Aufforderungen der italienischen Notenbank Banca d’Italia und der Aufsichtsbehörde Consob nicht fristgerecht nachkommt“, mit einer Verwaltungsstrafe sanktioniert. Diese Bestimmung verletze das Schweigerecht der Person, das im Rahmen von Aufsichtsverfahren in Bezug auf selbstbelastende Informationen gelte. Im konkreten Fall hatte sich der Geschäftsführer eines aufsichtspflichtigen Finanzunternehmens unter Berufung auf nemo tenetur geweiigert, Informationen an die Aufsichtsbehörden weiterzugeben, die in der Folge zu einem Strafverfahren wegen Insiderhandels und Marktmanipulation geführt hätten. Unter Berufung auf die Entscheidung des EuGH im vorliegenden Fall,<sup>52</sup> hat sich der Verfassungsgerichtshof auf den nemo-tenetur-Grundsatz als notwendige Ausprägung des durch Art. 24 Abs. 2 der italienischen Verfassung und Art. 6 EMRK garantierten Rechts auf Verteidi-

<sup>44</sup> Der hohe Stellenwert der Familie und die Anerkennung der familiären Bande rechtfertigt die verfahrensrechtliche Bestimmung gem. Art. 199 c.p.p., in der ein Enthaltungsrecht naher Angehöriger hinsichtlich der Übernahme des Amtes eines Zeugen vorgesehen ist.

<sup>45</sup> *Conti*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 2001, 840 (842); *Piffer* (Fn. 42), *Commento all’art. 384 c.p.*, S. 3942 Anm. 30; *ders.*, *Diritto penale e processo* 2001, 693 ff.

<sup>46</sup> *Mazzacuva*, *Il falso in bilancio, Casi e problemi*, Padova, 2004, S. 220 ff.; *Zanotti*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1989, 174 ff.; in der Rspr.: *Cassazione penale*, *Urt. v. 21.1.1987*, Nr. 4747, *Cassazione penale* 1988, 379; *Cassazione penale*, *Urt. v. 14.3.1989*, Nr. 6327, *Cassazione penale* 1990, 2208.

<sup>47</sup> *Zuccalà*, *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia* 1989, 753; *Pulitanò*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1999, 1272 (1275 ff.); *Mazzacuva* (Fn. 46), S. 220 ff.; *Infante*, *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia* 2001, 831 ff.

<sup>48</sup> *Pulitanò*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1999, 1272 (1275 ff.).

<sup>49</sup> *Corte costituzionale*, *Urt. v. 30.4.2021 – Nr. 84*. Siehe dazu *Mantovani M.*, *disCrimen* 2021, 1.

<sup>50</sup> *Pedrazzi*, *Digesto discipline penalistiche*, XIII, 1997, 361; *Azzali*, *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia* 1991, 400; *Pulitanò*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1999, 1272 (1275 ff.); *Foffani*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1994, 961; *Fornasari*, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, 1990, S. 355 ff.; *Perini*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1999, 538 (586).

<sup>51</sup> *Pulitanò*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1999, 1272 (1281 ff.).

<sup>52</sup> Der mit dem Fall befasste Kassationsgerichtshof hatte 2018 die Frage der Verfassungsmäßigkeit von Art. 187quinquiesdecies aufgeworfen. Der Verfassungsgerichtshof stellte in der Folge fest, dass es das EU-Recht sei, das die Staaten verpflichte, die Nichtzusammenarbeit mit den Finanzmarktaufsichtsbehörden zu sanktionieren. Der schließlich mit der Frage betraute EuGH hat in seinem Urteil vom 2.2.2021 (C-481/19 – DB v. Consob) klargestellt, dass das Recht auf Schweigen integraler Bestandteil der Grundsätze eines fairen Verfahrens ist, wie es in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union selbst anerkannt wird. Dieses Recht gelte auch im Rahmen von Verwaltungsverfahren, die Sanktionen mit Strafcharakter nach sich ziehen können, wie sie das italienische Recht für die Straftat des Insiderhandels vorsieht. Ausführlich dazu *Sforza*, *Sistema penale*, fascicolo 2/2022, 83 ff.

gung berufen. Das Grundrecht auf Schweigen gelte auch in Bezug auf Untersuchungsbefugnisse von Aufsichtsbehörden und somit im Rahmen von Verfahren (Verwaltungs- und Steuerverfahren), wenn die Beantwortung von Fragen eine strafrechtliche Haftung nach sich ziehen kann.

#### **IV. Fazit**

Der nemo-tenetur-Schutz gilt in Italien aus materiellrechtlichen Gründen. Trotzdem wird er im Strafverfahren, wie in vielen modernen und an rechtsstaatlichen Prinzipien orientierten Rechtsordnungen, auf die Selbstbelastungsfreiheit in Bezug auf Aussagen des Angeklagten reduziert. Konkurrierende verfahrensrechtliche Interessen werden als prioritär eingestuft. Eine Ausdehnung des Schutzes auf andere Formen der Mitwirkung des Angeklagten an der Aufklärung des Falles wird trotz Kritik und Verweis auf das unverletzliche Recht auf Verteidigung und das Prinzip der Unschuldsvermutung konsequent ausgeschlossen. Im Rahmen der Aussagen des Angeklagten gilt ein umfassender nemo-tenetur-Schutz. Abweichungen finden sich jedoch auch hier. Die assistierte Zeugenaussage des Angeklagten, der sog. patteggiamento als Sonderverfahren der Absprache, die besondere Kronzeugenregelung für sog. pentiti (reue Mafiamitglieder) und die Straffreiheit/-reduzierung bei Selbstanzeige für Korruptionsstraftaten zeigen, dass die Verfahrensökonomie, die Wahrheitsfindung, aber auch der Schutz der öffentlichen Sicherheit zentrale Anliegen sind, die eine für den nemo-tenetur-Anspruch ungünstige Abwägung zu rechtfertigen scheinen. Interessant und äußerst grundrechtsfreundlich zeigt sich hingegen eine Richtung, die jüngst aus dem Dialog zwischen italienischen Höchstgerichten und dem EuGH hervorgegangen ist. Die nemo-tenetur-Garantie ist künftig auf strafrechtsrelevante Aussagen in Verwaltungs- und Steuerverfahren ausgedehnt. Es wird sich zeigen, inwiefern sich dieses neu zuerkannte Recht gegenüber dem gegenläufigen Interesse auf Schutz des Banken- und Finanzmarktes erfolgreich durchsetzen wird können.

*Vor fast 60 Jahren entschied der US Supreme Court in der bekannten Entscheidung *Miranda v. Arizona*,<sup>1</sup> dass dem verbotenen Zwang zur Selbstbelastung nur durch eine Rechtsbelehrung vorgebeugt werden könne und eine Verletzung dieses Verbotes nicht nur die Unverwertbarkeit der Aussage selbst, sondern auch aller daraus erlangten Folgebeweise nach sich ziehe. Mit dieser progressiven, als „landmark“ bezeichneten Entscheidung schrieb er 1966 Geschichte und beeinflusste damit auch die Rechtsentwicklung in Europa stark. Doch der Glanz der Entscheidung in den USA wurde schwächer und der Umfang des Verbotes sowie die prozessualen Folgen bei Verstößen wurden geschmälert. Der Beitrag untersucht die gegenwärtige Geltung des nemo-tenetur-Grundsatzes in den USA hinsichtlich Grundlagen, Schutzzumfang und Absicherung und stellt dabei auch einen Vergleich zur Rechtsentwicklung in Europa durch den EU-Gesetzgeber und die Rechtsprechung des EGMR an.*

## I. Allgemeines

Ziel dieses Beitrags ist es, die US-amerikanische Perspektive in die Diskussion über das Schweigerecht im Strafverfahren einzubringen. Zu diesem Zweck werden im Rahmen eines Überblicks die Eckpfeiler des nemo-tenetur-Grundsatzes im US-amerikanischen Recht besprochen. Gerade die US-amerikanische Popkultur hat dazu beigetragen, das Recht zu schweigen und die Belehrung darüber weltbekannt zu machen<sup>2</sup> und den Eindruck zu vermitteln, dass es sich dabei um ein umfassendes und stark abgesichert Recht handelt. Dass dies nicht (mehr) so ist, wird der vorliegende Beitrag zeigen.

Den Ausführungen sind mehrere generelle Hinweise voranzustellen, die für die Betrachtung aus österreichischem und deutschem Blickwinkel relevant sind. Zunächst ist zu berücksichtigen, dass in den USA in Strafsachen (wie auch in Zivilsachen) Geschworenengerichte entscheiden.<sup>3</sup> Die geschworenengerichtliche Zuständigkeit in Strafsachen besteht für Delikte, die mit mehr als sechs Monaten Freiheitsstrafe bedroht sind.<sup>4</sup> Zudem ist zu bedenken, dass der US-amerikanische Strafprozess dem adversatorischen Verfahrenssystem (im Un-

terschied zum inquisitorischen bzw. akkusatorischen System)<sup>5</sup> zuzurechnen ist, d.h. die Hauptverhandlung nach den Regeln eines strengen Parteiprozesses abläuft. In diesem adversatorischen Verfahren kennen die Geschworenen, die die alleinigen Entscheidungsfinder sind, den Akt nicht. Ihre Entscheidung über Schuld und Unschuld unterliegt nicht den Kontrollmechanismen wie sie im österreichischen Verfahren durch Monitur und Aussetzung des Wahrspruches vorgesehen sind.<sup>6</sup> Die Monitur ist der Auftrag des Schwurgerichts an die Geschworenen zur Verbesserung des Wahrspruches, wenn dieser unvollständig, undeutlich oder in sich widersprüchlich ist.<sup>7</sup> Mit der Aussetzung hingegen wird ein formal einwandfreier Wahrspruch außer Kraft gesetzt, wenn der Schwurgerichtshof einstimmig der Meinung ist, dass sich die Geschworenen in der Hauptsache geirrt haben.<sup>8</sup> Dies ist nicht nur zugunsten, sondern auch zulasten des Angeklagten vorgesehen.<sup>9</sup> Da in den USA Laien entscheiden, gelten in der Hauptverhandlung strenge Beweisregeln. Einerseits sind bestimmte Beweise, wie z.B. der Zeuge vom Hörensagen oder Beweise ohne Relevanz für den Fall nicht zulässig, was mit Beweisthemen- und Beweismethodenverboten vergleichbar ist.<sup>10</sup> Diese Regeln gelten u.a. deswegen, da die Gefahr besteht, dass Laien Schwierigkeiten bei der Abwägung von Relevanz, Glaubwürdigkeit und Zuverlässigkeit haben. Andererseits gelten Verwertungsverbote, insbesondere wenn Beweise durch Verletzung eines verfassungsrechtlich verankerten Grundrechts, wie z.B. des nemo-tenetur-Grundsatzes, erlangt wurden. Im Verfahren stehen sich Angeklagter und Staatsanwalt als völlig gleichberechtigte Parteien gegenüber. Als Ausfluss des strengen adversatorischen Verfahrens hat die Staatsanwaltschaft die alleinige Beweislast zu tragen, während es dem Anklagten freisteht, in der Hauptverhandlung zur Beweisaufnahme beizutragen oder nicht. Das bedeutet nach US-amerikanischem Recht aber auch, dass (anders als nach österreichischem oder deutschem Recht) der Angeklagte, wenn er sich entscheidet, auszusagen und somit als Beweis zu dienen, in die Rolle eines Zeugen schlüpft und damit unter Wahr-

\* Im Interesse der besseren Lesbarkeit wird in diesem Beitrag darauf verzichtet, geschlechtsspezifische Formulierungen zu verwenden. Soweit personenbezogene Bezeichnungen nur in männlicher Form angeführt sind, beziehen sie sich auf weibliches, non-binäres und männliches Geschlecht in gleicher Weise.

<sup>1</sup> U.S. Supreme Court, *Entsch. v. 13.6.1966 (Miranda v. Arizona)* = U.S. 384 (1966), 436.

<sup>2</sup> *Steiner/Bauer/Talwar*, *Cleveland State Law Review* 59 (2011), 219.

<sup>3</sup> Art. II Section 2 US Constitution sowie sechster Zusatz; siehe *Murschetz*, in: *Grabherr/Gamper (Hrsg.), Legal Narratives, European Perspectives on U.S. Law in Cultural Context*, 2009, S. 159.

<sup>4</sup> U.S. Supreme Court, *Entsch. v. 22.6.1970 (Baldwin v. New York)* = U.S. 399 (1970), 66; dazu *Murschetz (Fn. 3)*, S. 161.

<sup>5</sup> Zur Unterscheidung und den Merkmalen siehe *Murschetz*, *Die Reform der Hauptverhandlung im Kollegialgerichtlichen Verfahren*, 2019, S. 17 f.

<sup>6</sup> Zu Monitur und Aussetzung im österreichischen Recht siehe *Zehetgruber*, *Austrian Law Journal* 6 (2019), 61; *Murschetz (Fn. 5)*, S. 44 ff.; zum US-amerikanischen Recht siehe *dies. (Fn. 3)*, S. 170 ff.; *dies. (Fn. 5)*, S. 45.

<sup>7</sup> § 332 Abs. 4 öStPO.

<sup>8</sup> § 334 öStPO.

<sup>9</sup> Der Aussetzungsbeschluss – auch zulasten des Angeklagten – setzt keine schriftliche oder mündliche Begründung voraus und ist auch nicht bekämpfbar. Kritisch zur Aussetzung zulasten des Angeklagten siehe *Murschetz (Fn. 5)*, S. 45.

<sup>10</sup> *Murschetz*, *Verwertungsverbote bei Zwangsmaßnahmen gegen den Beschuldigten*, 1999, S. 29 f.

heitspflicht steht.<sup>11</sup> Aussagen des Angeklagten in der Hauptverhandlung sind daher nicht so häufig wie hierzulande. Insgesamt spielt nicht nur die Frage nach dem Umfang des Schweigerechts, sondern insbesondere auch nach der Verwendung einer unter Verletzung dieses Rechts zustande gekommenen Aussage des Angeklagten in der Hauptverhandlung eine zentrale Rolle. Ferner ist von großer Relevanz, ob die Tatsache des Schweigens des Beschuldigten vor der Polizei Gegenstand der Beweisaufnahme sein darf und ob daraus negative Schlüsse gezogen werden dürfen. Im Folgenden werden nun Grundlage und Umfang des nemo-tenetur-Grundsatzes besprochen sowie die Konsequenzen einer etwaigen Verletzung dargestellt.

## II. Verfassungsrechtliche Verankerung des nemo-tenetur-Grundsatzes

Der nemo-tenetur-Grundsatz ist explizit als ein Grundrecht in der Bill of Rights (Zusatz zur Verfassung) verfassungsgesetzlich verankert. Im fünften Zusatz zur Verfassung ist geregelt: „No person [...] shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself“, d.h. niemand darf in einem Strafverfahren gezwungen werden, Zeuge gegen sich selbst zu sein.<sup>12</sup> Eng im Zusammenhang damit steht das im sechsten Zusatz festgelegte Recht auf Verteidigung: „In all criminal prosecutions, the accused shall [...] have the Assistance of Counsel for his defence“, d.h. in allen Strafverfahren hat der Beschuldigte das Recht, einen Anwalt zu seiner Verteidigung beizuziehen. Das Verbot des Zwanges zur Selbstbelastung steht in den USA nur natürlichen, nicht aber juristischen Personen zu.<sup>13</sup>

## III. Inhalt des nemo-tenetur-Grundsatzes

### 1. Miranda Warnings – Rechtsbelehrung

Der Supreme Court hat in der Entscheidung *Miranda v. Arizona*<sup>14</sup> festgelegt, dass der wirksame Schutz vor dem Zwang zur Selbstbelastung eine umfassende Rechtsbelehrung voraussetzt. Die Rechtsbelehrung besteht in den sog. Miranda Warnings, die wohl weltweit bekannt sind<sup>15</sup> und vom Chief Justice des Supreme Courts, Rehnquist, der kein Befürworter der Entscheidung war, als „Teil der nationalen Kultur der

USA“ bezeichnet wurde.<sup>16</sup> Bis zu dieser Entscheidung stellte der Supreme Court im Rahmen einer Einzelfallbetrachtung fest, ob eine Aussage unter Zwang gemacht wurde oder das Produkt des freien Willens des Beschuldigten war. Es wurde die Gesamtheit der Begleitumstände, wie Art, Dauer und Ort der Vernehmung, in die Entscheidung einbezogen. Die in „*Miranda v. Arizona*“ entwickelte Rechtsbelehrung umfasst die Vorgaben des fünften und sechsten Zusatzes zur Verfassung. Sie beinhaltet den Hinweis auf das Recht zu schweigen, darauf, dass alles, was gesagt wird, vor Gericht gegen einen verwendet werden kann sowie auf das Recht auf Beistand durch einen Verteidiger. Folglich hat der Supreme Court in *Miranda v. Arizona* eine materielle Erweiterung des Grundrechts vorgenommen und in das Selbstbelastungsverbot das Recht auf anwaltlichen Beistand bei der Vernehmung interpretiert, um einen wirksamen Schutz vor dem Zwang zur Selbstbelastung abzusichern. *Miranda v. Arizona* stellt aber nicht nur eine der bekanntesten, sondern auch eine der umstrittensten Entscheidungen dar, die in der Folge durch die Rechtsprechung des Supreme Court in ihrer Wirksamkeit stark eingeschränkt wurde.<sup>17</sup>

Der Umfang der Rechtsbelehrung erfasst, wie bereits erwähnt, einerseits das Recht zu schweigen und andererseits das Recht auf anwaltliche Verteidigung. Sie muss aber, anders als es die einschlägige Richtlinie der EU<sup>18</sup> und die Rechtsprechung des EGMR<sup>19</sup> vorgeben, nicht auch eine Belehrung über den Tatverdacht enthalten.<sup>20</sup> Es ist auch nicht erforderlich, den Beschuldigten darüber zu belehren, dass bereits ein Anwalt versucht hat, mit dem Beschuldigten Kontakt aufzunehmen.<sup>21</sup>

Auch die Kriterien für den *Verzicht* auf das Recht zu schweigen wurden durch die Rechtsprechung des Supreme Court herabgesetzt, während die Vorgaben für dessen *Inanspruchnahme* erhöht wurden: Nunmehr gilt, dass der Wunsch, von dem Recht zu schweigen tatsächlich Gebrauch zu machen, unmissverständlich und affirmativ erfolgen muss, d.h. der Beschuldigte muss aktiv erklären, sein Recht beanspruchen zu wollen. Sein bloßes Schweigen, selbst über mehrere Stunden während einer Befragung nach Erteilung der Rechtsbelehrung, genügt nach der jüngeren Rechtsprechung nicht, da dieses Schweigen nicht zeige, dass der Beschuldigte von seinem verfassungsrechtlich verbürgten Schweigerecht Ge-

<sup>11</sup> *Bullock*, University of Kansas Law Review 39 (1991), 91; *Perjury by Defendants: The Uses of Double Jeopardy and Collateral Estoppel*, Harvard Law Review 74 (1961), 752.

<sup>12</sup> Zum Ursprung des Schweigerechts in England als reine Beweisregel und zur verfassungsrechtlichen Verankerung in den USA siehe *Mears*, American Journal of Trial Advocacy 45 (2021), 131; *Wagner*, Virginia Law and Business Review 11 (2017), 499 (515 ff.).

<sup>13</sup> U.S. Supreme Court, *Entsch. v. 12.3.1906 (Hale v. Henkel)* = U.S. 201 (1906), 43; ausführlich und kritisch dazu *Wagner*, Virginia Law and Business Review 11 (2017), 499.

<sup>14</sup> U.S. Supreme Court, *Entsch. v. 13.6.1966 (Miranda v. Arizona)* = U.S. 384 (1966), 436.

<sup>15</sup> *Schauer*, Washington Law Review 88 (2013), 155.

<sup>16</sup> U.S. Supreme Court, *Entsch. v. 26.6.2000 (Dickerson v. United States)* = U.S. 530 (2000), 428 (443).

<sup>17</sup> *Maclin*, University of Chicago Legal Forum 2016, 255 (260 ff.); *Weisselberg*, Boston University Law Review 97 (2017), 1235 (1248 ff.).

<sup>18</sup> Art. 3 lit c, Art. 6 Richtlinie (EU) 2012/13 v. 22.5.2012 über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren, ABl. EU 2012 Nr. L 142, S. 1.

<sup>19</sup> Vgl. EGMR, *Urt. v. 21.7.2015 – 29376/12, 29384/12 (Zachar und Čierny v. Slowakei)*.

<sup>20</sup> U.S. Supreme Court, *Entsch. v. 27.1.1987 (Colorado v. Spring)* = U.S. 479 (1987), 574.

<sup>21</sup> Siehe im Vergleich dazu EGMR, *Urt. v. 20.10.2015 – 25703/11 (Dvorski v. Croatia)*, betreffend Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK.

brauch machen wolle.<sup>22</sup> Ein entsprechender Hinweis darauf, dass eine solche unmissverständliche Erklärung von Seiten des Beschuldigten für die wirksame Inanspruchnahme des Rechts erforderlich ist, muss im Rahmen der Rechtsbelehrung jedoch nicht erfolgen.<sup>23</sup> Auch ist es nach der Rechtsprechung des Supreme Court nicht erforderlich, dass die Rechtsbelehrung in einfachen, verständlichen Worten erfolgt. Eine Studie zu Umfang und Klarheit der Rechtsbelehrung hat eine höchst unterschiedliche Praxis festgestellt und zur Frage, wieviel Wörter verwendet werden, eine Bandbreite von 49 bis 547 ermittelt. Tatsächlich nehmen in der Praxis drei Viertel der Beschuldigten nach Erteilung der Rechtsbelehrung das Schweigerecht nicht in Anspruch.<sup>24</sup>

*2. Zeitpunkt bzw. Umstände, ab denen das Schweigerecht und damit eine Verpflichtung zur Erteilung der Miranda Warnings vorliegt*

Nach der Rechtsprechung des Supreme Court ist das Schweigerecht nicht an die prozessuale Stellung als Verdächtiger oder Beschuldigter geknüpft und auch nicht davon abhängig, dass eine Vernehmung stattfindet. Es ist vielmehr notwendig, dass eine sog. *custodial interrogation* vorliegt, eine Vernehmung in Polizeigewahrsam. Das bedeutet, dass es sich zum einen um eine Vernehmungssituation handeln und sich der Befragte zum anderen dabei im Gewahrsam der Polizei befinden muss. Unter die Vernehmungssituationen fallen formelle Vernehmungen sowie ihre funktionellen Äquivalente, worunter nach der Rechtsprechung des Supreme Court „Worte oder Handlungen der Polizei fallen, von denen sie zumindest hätte wissen müssen, dass sie belastende Aussagen des Betroffenen produzieren“.<sup>25</sup> Polizeigewahrsam liegt vor, sobald der Beschuldigte förmlich festgenommen wird, sowie bei einer der Festnahme gleichwertigen Einschränkung seiner Bewegungsfreiheit.<sup>26</sup> Dabei wird nach einem objektiven Maßstab geprüft, ob der Durchschnittsmensch der Meinung gewesen wäre, dass es ihm freistand, zu gehen.<sup>27</sup>

Diese Einschränkung des Rechts auf *custodial interrogations* hat zur Folge, dass grundsätzlich kein Zwang zur

Selbstbelastung vorliegt, wenn die Polizei den Beschuldigten zu einem Gespräch auf die Polizeistation „einlädt“, bzw. sie ihn sonst bittet, mitzukommen, um Fragen zu klären, wenn also der Beschuldigte gerade nicht förmlich festgenommen wird. In diesen Fällen geht die Rechtsprechung von einem freiwilligen Handeln des Beschuldigten aus und verlangt keinen Hinweis auf das Recht zu schweigen und das Recht sich nicht selbst belasten zu müssen, d.h. *Miranda Warnings* sind nicht erforderlich.<sup>28</sup> Da nach der Rechtsprechung freies Handeln vorliegt, dürfen aus dem Schweigen des „freiwillig“ mitgekommenen Beschuldigten auch negative Schlüsse gezogen werden.<sup>29</sup> Folgt der Beschuldigte der Einladung nicht, so darf diese „Weigerung“ ebenfalls in der Hauptverhandlung als belastendes Indiz verwendet werden. Die aus dieser Rechtsprechung resultierende polizeiliche Praxis lässt sich gut aus Polizeihandbüchern ablesen: Darin wird empfohlen, Verdächtige nicht festzunehmen, sondern zum Mitkommen einzuladen und dann ohne Erteilung einer Rechtsbelehrung zu befragen. Weigere sich der Beschuldigte jedoch mitzukommen, so wird empfohlen, diesen festzunehmen, ihn aber nicht zu vernehmen, da ansonsten eine Rechtsbelehrung erforderlich wäre. Vielmehr solle zugewartet werden, bis der Beschuldigte selbst (freiwillig) spreche.<sup>30</sup>

Das bedeutet, dass nach US-amerikanischem Recht dem Verdächtigen oder Beschuldigten nicht per se ein Recht zu schweigen im Rahmen der Vernehmung zukommt und die Vernehmungssituation als solche nicht ausreicht, um einen Zwang zur Selbstbelastung darzustellen. Vielmehr sind die Verpflichtung zur Rechtsbelehrung und das Recht zu schweigen an eine Vernehmung in Polizeigewahrsam geknüpft. Das bedeutet auch, dass aus dem Blickwinkel des Schweigerechts der Einsatz von V-Männern und von verdeckten Ermittlern zu Erlangung von Aussagen zulässig ist; eine Rechtsbelehrung ist ja in diesen Fällen aufgrund des Fehlens einer Zwangssituation nicht erforderlich. Es kann sich aber eine Verletzung des Rechts auf anwaltlichen Beistand ergeben. Dieses Recht besteht, unabhängig davon, ob eine *custodial interrogation* stattfindet, aber erst ab dem Zeitpunkt der ersten Vorführung vor einen Richter. Ab diesem Zeitpunkt darf daher kein verdeckter Ermittler mehr eingesetzt werden, da ansonsten das Recht auf anwaltlichen Beistand verletzt würde.<sup>31</sup>

Im Vergleich dazu gilt das Schweigerecht (in Verbindung mit dem Recht auf anwaltlichen Beistand) nach der Rechtsprechung des EGMR ab dem Zeitpunkt der Vernehmung bzw. ab dem Zeitpunkt, zu dem der Beschuldigtenstatus vorliegt, unabhängig davon, ob die Vernehmung mit Zwang

<sup>22</sup> U.S. Supreme Court, *Entsch. v. 1.6.2010 (Berghuis v. Thompkins)* = U.S. 560 (2010), 370; dazu *Maclin*, *University of Chicago Legal Forum* 2016, 255 (261 ff.), *Weisselberg*, *Boston University Law Review* 97 (2017), 1235 (1248 f.).

<sup>23</sup> *Maclin*, *University of Chicago Legal Forum* 2016, 255 (263).

<sup>24</sup> Siehe die Nachweise bei *Alschuler*, *Boston University Law Review* 97 (2017), 849 (856 Fn. 32).

<sup>25</sup> U.S. Supreme Court, *Entsch. v. 12.5.1980 (Rhode Island v. Innis)* = U.S. 446 (1980), 291 (301); dazu *Wamsley*, *University of Cincinnati Law Review* 84 (2016), 923 (928 f.).

<sup>26</sup> U.S. Supreme Court, *Entsch. v. 6.7.1983 (California v. Beheler)* = U.S. 463 (1983), 1121 (1125); U.S. Supreme Court, *Entsch. v. 12.5.1980 (Rhode Island v. Innis)* = U.S. 446 (1980), 291 (298); *Mears*, *American Journal of Trial Advocacy* 45 (2021), 131 (148).

<sup>27</sup> U.S. Supreme Court, *Entsch. v. 29.11.1995 (Thompson v. Keohane)* = U.S. 516 (1995), 99 (102 f.); dazu *Wamsley*, *University of Cincinnati Law Review* 84 (2016), 923 (927 f.).

<sup>28</sup> U.S. Supreme Court, *Entsch. v. 6.7.1983 (California v. Beheler)* = U.S. 463 (1983), 1121.

<sup>29</sup> U.S. Supreme Court, *Entsch. v. 17.6.2013 (Salinas v. Texas)* = U.S. 570 (2013), 178; ausführlich dazu *Maclin*, *University of Chicago Legal Forum* 2016, 255 (263 ff.).

<sup>30</sup> *Alschuler*, *Boston University Law Review* 97 (2017), 849 (869 ff.); *Weisselberg*, *Boston University Law Review* 97 (2017), 1235 (1249); *ders.*, *California Law Review* 96 (2008), 1519 (1590 ff.).

<sup>31</sup> *Murschetz* (Fn. 10), S. 57 f.

verbunden ist.<sup>32</sup> Der EGMR stützt seine Entscheidungen zurecht einerseits auf die Besonderheit und Wichtigkeit des Ermittlungsverfahrens, da die darin erhobenen Beweise den Rahmen für die Entscheidungsfindung abstecken, und andererseits darauf, dass sich der Beschuldigte in diesem Verfahrensabschnitt in einer besonders verwundbaren Position befindet. Zwang im Sinne eines Gewahrsams wird nicht verlangt. Ausdrücklich und unmissverständlich legt nunmehr die EU-Richtlinie Unschuldsvermutung (EU) 2016/343 in Art. 2 und Art. 7 fest, dass das Recht zu schweigen und sich nicht selbst belasten zu müssen mit der Stellung als Verdächtiger oder Beschuldigter einhergehen, d.h. auf funktionellen Polizeigewahrsam wird nicht abgestellt.<sup>33</sup>

### 3. Aussagen versus körperliche Beweise

Das Verbot des Zwanges zur Selbstbelastung bezieht sich nur auf Aussagen und andere kommunikative Beweise (testimonial or communicative evidence). Es schützt das Wissen des Beschuldigten über Fakten, seine Gedanken oder Wünsche und erstreckt sich nicht auf Beweismaterial, das unabhängig von seiner Mitwirkung aus seinem Körper erlangt werden kann, wie Blutproben etc. Das heißt, der Beschuldigte muss es sich gefallen lassen, als Quelle physischer, körperlicher Beweise zu fungieren. Damit entspricht die US-amerikanische Rechtslage der Regelung der Richtlinie Unschuldsvermutung.<sup>34</sup>

### 4. Das Schweigen des Beschuldigten als belastender Beweis

Nimmt der Beschuldigte sein Recht auf Schweigen im Rahmen der custodial interrogation (auf die von der Rechtsprechung verlangte unmissverständliche Art und Weise) in Anspruch, so darf sein Schweigen keine negativen Konsequenzen nach sich ziehen, d.h. nicht gegen ihn verwendet werden. Folglich darf die Staatsanwaltschaft die Geschworenen auch nicht darauf hinweisen, dass der Angeklagte vor der Polizei von seinem Schweigerecht Gebrauch gemacht hat. Ähnliches sieht Art. 7 Abs. 5 der Richtlinie Unschuldsvermutung vor, der bestimmt, dass die Wahrnehmung des Rechts durch den Verdächtigen weder gegen ihn verwendet noch als Schuldbeweis verwertet werden darf. Die Rechtsprechung des EGMR ist diesbezüglich nicht so eindeutig.<sup>35</sup> Im österreichischen Recht findet sich kein entsprechender Hinweis.

<sup>32</sup> Siehe u.a. EGMR, Urt. v. 18.2.2010 – 39660/02 (Zaichenko v. Russia), Rn. 52; EGMR, Urt. v. 13.9.2016 – 50541/08, 50571/08, 50573/08, 40351/09 (Ibrahim and Others v. United Kingdom), Rn. 272.

<sup>33</sup> Richtlinie (EU) 2016/343 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 9.3.2016 über die Stärkung bestimmter Aspekte der Unschuldsvermutung und des Rechts auf Anwesenheit in der Verhandlung in Strafverfahren, ABl. EU 2016 Nr. L 65, S. 1; ebenso Art. 3 Richtlinie (EU) 2012/13 (Fn. 18).

<sup>34</sup> Art. 7 Abs. 3 Richtlinie (EU) 2016/343 (Fn. 33).

<sup>35</sup> Siehe z.B. EGMR, Urt. v. 7.4.2015 – 16667/10 (O'Donnell v. United Kingdom).

## IV. Verwertungsverbot bei Verletzung des Verbotes des Zwanges zur Selbstbelastung

Hinsichtlich der Verwertung von Aussagen unterscheidet die Rechtsprechung zwischen den „echten“ Verletzungen des nemo-tenetur-Grundsatzes, und den „bloßen“ Verletzungen der Belehrungspflichten. An eine Verletzung des Selbstbelastungsverbotes ist das Verbot der Verwendung der Aussage im Verfahren geknüpft. Dieses Verbot ist nach der Rechtsprechung verfassungsrechtlich vorgeschrieben, da der Beschuldigte insbesondere dann dazu gezwungen werde, Zeuge gegen sich selbst zu sein, wenn die erzwungene Aussage im Verfahren gegen ihn verwendet werde. Lange, konkret bis 2004, bezog sich das Verwertungsverbot nicht nur auf die Aussage selbst, sondern auch auf alle mittelbaren Beweise, die durch die Aussage erlangt wurden, d.h. das Verwertungsverbot war mit Fernwirkung ausgestattet.<sup>36</sup> Inzwischen hat der Supreme Court seine Rechtsprechung geändert und die Fernwirkung aufgehoben. Nunmehr dürfen aus der „erzwungenen“ Aussage abgeleitete „physische Beweise“, wie z.B. die gefundene Tatwaffe, im Verfahren verwendet und verwertet werden, nur die Aussage selbst ist geschützt und unterliegt daher dem Verwertungsverbot.<sup>37</sup> Wird hingegen „nur“ keine Rechtsbelehrung erteilt, so gilt das Verwertungsverbot als nicht von der Verfassung vorgegeben. Ohne Rechtsbelehrung getätigte Aussagen sind im Verfahren grundsätzlich nicht verwertbar, mit folgender Einschränkung: Entscheidet sich der Angeklagte dazu, in der Hauptverhandlung auszusagen, was – anders als in der österreichischen und deutschen Praxis – eine Ausnahme darstellt, und weicht er dann von der früheren Aussage ab, so kann die frühere Aussage verwendet werden, um seine Glaubwürdigkeit in Frage zu stellen.<sup>38</sup> In der einschlägigen EU-Richtlinie ist die Frage der Beweisverwertung bei Missachtung der Vorgaben entweder gar nicht angesprochen<sup>39</sup> oder es wird diesbezüglich auf das nationale Recht verwiesen und in Anlehnung an die Rechtsprechung des EGMR nur festgehalten, dass die Verteidigungsrechte und das Recht auf ein faires Verfahren beachtet werden müssen.<sup>40</sup> Nach österreichischem Recht gilt das Verbot der Verwendung und Verwertung nur bei qualifizierten Verstößen, wie bei Vernehmungsmethoden, die gegen Art. 3 EMRK oder sonst gegen fundamentale Verfahrensgrundsätze verstoßen.<sup>41</sup>

## V. Schlussbemerkung

Der Beitrag hat veranschaulicht, dass Schweigerecht und nemo-tenetur-Grundsatz in den USA nicht (mehr) so umfassend geschützt sind, wie zunächst vielleicht aus der rechtsvergleichenden Perspektive angenommen. Anders als nach

<sup>36</sup> Murschetz (Fn. 10), S. 63.

<sup>37</sup> U.S. Supreme Court, Entsch. v. 28.6.2004 (United States v. Patane) = U.S. 542 (2004), 630; Weisselberg, Boston University Law Review 97 (2017), 1235 (1248, 1272).

<sup>38</sup> U.S. Supreme Court, Entsch. v. 24.2.1971 (Harris v. New York) = U.S. 401 (1971), 222.

<sup>39</sup> Richtlinie (EU) 2012/13 (Fn. 18).

<sup>40</sup> Art. 10 Richtlinie (EU) 2016/343 (Fn. 33).

<sup>41</sup> § 166 öStPO.

österreichischem und deutschem Recht und der Vorgabe der Richtlinie Unschuldsvermutung ist das Recht zu schweigen nicht an die Beschuldigtenstellung geknüpft, sondern an eine Vernehmungssituation im Gewahrsam der Polizei, da der Supreme Court nur in diesem Fall die Gefahr des Zwanges zur Selbstbelastung annimmt. Erst ab diesem Zeitpunkt besteht auch die Verpflichtung zur entsprechenden Rechtsbelehrung. Der Verzicht auf das Recht zu schweigen muss nicht ausdrücklich erfolgen, um Wirksamkeit zu entfalten. Vielmehr wird von einem tatsächlichen Gebrauch des Schweigerechts nach der Rechtsprechung erst ausgegangen, wenn der Beschuldigte dies klar und deutlich artikuliert, d.h. wenn er sich auf sein Recht beruft. Das bloße Schweigen des Beschuldigten genügt nicht. Nimmt der Beschuldigte sein Schweigerecht jedoch in Anspruch, so dürfen im Verfahren daraus keine negativen Konsequenzen gezogen werden. Dies entspricht den in der Richtlinie Unschuldsvermutung enthaltenen Vorgaben, die in der österreichischen StPO nicht umgesetzt wurden. Hinsichtlich der Frage des Umfangs des Verwertungsverbotes ist zu unterscheiden: Wurde keine Rechtsbelehrung erteilt, aber sonst kein Zwang ausgeübt, so unterliegt die Aussage grundsätzlich einem Verwertungsverbot, darf aber in der Hauptverhandlung zur Bekämpfung der Glaubwürdigkeit verwendet werden, wenn der Beschuldigte sich dazu entscheidet, auszusagen. Ansonsten gilt, dass die Aussage nicht verwendet werden darf. In den EU-Richtlinien sind Beweisverwendung und -verwertung nicht ausdrücklich geregelt.

# Der nemo-tenetur-Grundsatz im schweizerischen Strafverfahrensrecht – für natürliche und juristische Personen

Von Dr. Lukas Staffler, LL.M. (London), Zürich,\* RA Oliver Jany, Zürich\*\*

*Der Beitrag gibt einen Überblick über den nemo-tenetur-Grundsatz im schweizerischen Strafverfahrensrecht. Beleuchtet werden zunächst die verfassungs- und konventionsrechtliche Herleitung und die einfachgesetzliche Ausgestaltung des nemo-tenetur-Grundsatzes (I.). Daran schließt sich eine Betrachtung des materiellen Geltungsumfangs an, der sich in die Selbstbelastungs- und Mitwirkungsfreiheit unterscheiden lässt (II.). Sodann werden die beweisrechtlichen Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die nemo-tenetur-Garantien dargestellt (III.). Zuletzt soll die Geltung und Reichweite des nemo-tenetur-Grundsatzes im Hinblick auf juristische Personen und Unternehmen eruiert werden (IV.).*

## I. Herleitung und Ausgestaltung des nemo-tenetur-Grundsatzes

### 1. Verfassungs- und konventionsrechtliche Herleitung

Das Recht eines Beschuldigten im Strafverfahren zu schweigen, nicht gegen sich selbst auszusagen oder an der eigenen Belastung mitwirken zu müssen (*nemo tenetur se ipsum accusare*) ist in der schweizerischen Bundesverfassung (BV)<sup>1</sup> nicht ausdrücklich enthalten.<sup>2</sup> Das schweizerische Höchstgericht (Bundesgericht) leitet die Selbstbelastungsfreiheit jedoch verfassungsrechtlich aus der Unschuldsvermutung (Art. 32 Abs. 1 BV)<sup>3</sup> bzw. dem Recht auf Verteidigung (Art. 32 Abs. 2 BV)<sup>4</sup>

\* Dr. Lukas Staffler, LL.M. (London), ist Oberassistent für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Zürich, Senior Lecturer am MCI, The Entrepreneurial School in Innsbruck und zugelassener Rechtsanwalt/Avvocato in Italien (RAK Bolzano/Bozen).

\*\* RA Oliver Jany ist Doktorand, wissenschaftlicher Assistent der Universität Zürich und Rechtsanwalt (RAK Freiburg im Breisgau), eingetragen in die Anwaltsliste des Kantons Zürich Art. 28 BGFA.

<sup>1</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft v. 18.4.1999, Systematische Sammlung des Bundesrechts Nr. 101.

<sup>2</sup> Unter der Geltung der alten BV wurde der *nemo-tenetur-Grundsatz* aus Art. 4 BV a.F. abgeleitet, siehe BGE 106 Ia 7, E. 4.; 121 II 273, E. 4. a); 130 I 126, E. 2.1; *Flachsmann/Wehrenberg*, SJZ 2001, 315; *Jeanneret*, La violation des devoirs en cas d'accident, Analyse critique de l'article 92 LCR, 2002, S. 89; *Moreillon*, ZStrR 2004, 140 (143); *Schlauri*, Das Verbot des Selbstbelastungszwangs im Strafverfahren, 2003, S. 90 f.; ausführlich zur Entwicklungsgeschichte von *nemo tenetur* im schweizerischen Kontext siehe *Ott*, Der Grundsatz „*nemo tenetur se ipsum accusare*“: unter besonderer Berücksichtigung der strassenverkehrsrechtlichen Pflichten, 2012, S. 41 ff. m.w.N.

<sup>3</sup> Art. 32 Abs. 1 BV lautet: „Jede Person gilt bis zur rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig.“

<sup>4</sup> Art. 32 Abs. 2 BV lautet: „Jede angeklagte Person hat Anspruch darauf, möglichst rasch und umfassend über die gegen sie erhobenen Beschuldigungen unterrichtet zu werden. Sie

her.“<sup>5</sup> Es bezieht sich aber auch auf internationale Rechtsquellen wie Art. 14 Abs. 3 lit. g des IPbPr und Art. 6 Abs. 1 EMRK sowie deren Auslegungspraxis.<sup>6</sup>

Die Literatur<sup>7</sup> stellt hingegen auf den Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung, das Fairnessgebot (Art. 29 Abs. 1 BV)<sup>8</sup> bzw. auf die Garantien im gerichtlichen Verfahren (Art. 30 Abs. 1 BV)<sup>9</sup> ab.<sup>10</sup> Vereinzelt wird auch der Grundsatz der Rechtsgleichheit herangezogen (Art. 8 BV)<sup>11</sup> oder eine Gesamtbetrachtung der genannten Verfassungsnormen vorgenommen.<sup>12</sup>

Auch wenn die verfassungs- und konventionsrechtliche Herleitung der *nemo-tenetur*-Garantien damit nicht präzise möglich ist, ist deren Existenz und Geltung im Strafverfahren

muss die Möglichkeit haben, die ihr zustehenden Verteidigungsrechte geltend zu machen.“

<sup>5</sup> Siehe BGE 130 I 126, E. 2.1; 131 I 272, E. 3.2.3.2; *Müller/Schefer*, Grundrechte in der Schweiz, im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakete, 4. Aufl. 2008, S. 984; *Zimmerlin*, Der Verzicht des Beschuldigten auf Verfahrensrechte im Strafprozess, zugleich ein Beitrag zum Grundrechtsverzicht, 2008, Rn. 638; *Staffler*, in: *Schlegel/Ammann* (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung, 2023, BV Art. 32 Rn. 23 ff., 56 ff. (im Erscheinen); siehe auch die Ausführungen in der Botschaft über eine neue Bundesverfassung v. 20.11.1996, Bundesblatt 1997 I 1, S. 187.

<sup>6</sup> BGE 138 IV 47, E. 2.6.1; 142 IV 207, E.8.2 und 3.; vgl. zur unmittelbaren Anwendbarkeit des IPbPr und der EMRK: BGE 120 Ia 247, E. 5.; 131 IV 36, E. 1., stellt auf alle drei Herleitungen ab.

<sup>7</sup> Vgl. den Überblick bei *F. Meyer*, in: *Lehmkuhl/Wohlens* (Hrsg.), Unternehmensstrafrecht, Materielle rechtliche und prozessuale Aspekte, 2020, S. 333 (335 f., 339 f., 349 ff.) m.w.N.

<sup>8</sup> Art. 29 Abs. 1 BV lautet: „Jede Person hat in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist.“

<sup>9</sup> Art. 30 Abs. 1 BV lautet: „Jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, hat Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht. Ausnahmegerichte sind untersagt.“

<sup>10</sup> *Jeanneret* (Fn. 2), 89; *Moreillon*, ZStrR 2004, 140 (143); *Riedo/Fiolka/Niggli*, Strafprozessrecht, sowie Rechtshilfe in Strafsachen, 2011, Rn. 832.

<sup>11</sup> So bemühen *Flachsmann/Wehrenberg*, SJZ 2001, 315, die These, wonach das überwiegende Schrifttum den *nemo-tenetur-Grundsatz* aus Art. 29 Abs. 1 BV i.V.m. Art. 8 BV herleitet; vgl. Bundesgericht, Urte. v. 30.5.2016 – 1B\_249/2015, E. 8.1. m.w.N.

<sup>12</sup> *Ott* (Fn. 2), S. 175; *Jeanneret*, in: *Zen-Ruffinen Piermarco* (Hrsg.), *Le temps et le droit*, Recueil de travaux offerts à la Journée de la Société suisse des juristes 2008, 2008, S. 131 (133).

(nahezu)<sup>13</sup> einhellig in Rechtsprechung und Schrifttum anerkannt.<sup>14</sup> Aus rechtsvergleichender Betrachtung fällt auf, dass die Menschenwürde (Art. 7 BV)<sup>15</sup> bei der Herleitung zumindest keine primäre Rolle spielt, sondern allenfalls zur Abgrenzung des persönlichen Geltungsbereichs gegenüber juristischen Personen dient.<sup>16</sup> Ob die Selbstbelastungsfreiheit am Menschenwürdegehalt festgemacht wird oder ein Prozessgrundrecht ist, ist daher umstritten.<sup>17</sup>

## 2. Einfachgesetzliche Ausgestaltung

Mit dem Inkrafttreten der eidgenössischen Strafprozessordnung (schwStPO)<sup>18</sup> am 1. Januar 2011 wurden die verschiedenen Teilbereiche des nemo-tenetur-Grundsatzes für das Strafverfahren ausdrücklich in Art. 113 Abs. 1 S. 1 schwStPO positiviert. Danach muss sich die beschuldigte Person, die in Art. 111 Abs. 1 schwStPO legaldefiniert wird, nicht selbst belasten. Sie hat nach Art. 113 Abs. 1 S. 2 schwStPO das Recht, die Aussage und Mitwirkung im Strafverfahren zu verweigern.<sup>19</sup> Gleichwohl muss sie die gesetzlich vorgesehenen Zwangsmaßnahmen passiv dulden.<sup>20</sup> Art. 113 Abs. 2 schwStPO

stellt zudem klar, dass das Verfahren trotz Verweigerung zur Mitwirkung fortgeführt wird.<sup>21</sup>

Nach Art. 158 Abs. 1 lit. b schwStPO müssen die Strafverfolgungsbehörden die beschuldigte Person zu Beginn der ersten Einvernahme in einer verständlichen Sprache auf diese Rechte hinweisen.<sup>22</sup> Im Übrigen enthält Art. 169 Abs. 1 lit. a schwStPO für nicht-beschuldigte Personen ein Zeugnisverweigerungsrecht, wenn sie sich mit ihrer Aussage einer Straftat selbst bezichtigen würden.

## II. Materieller Geltungsumfang des nemo-tenetur-Grundsatzes

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gliedert sich der nemo-tenetur-Grundsatz materiell in die Selbstbelastungs- und Mitwirkungsfreiheit.<sup>23</sup> Deren Schutzgehalt gilt aber nicht absolut, sondern ist den konkreten Verhältnissen des Einzelfalles anzupassen.<sup>24</sup> Hierzu bedarf es der Abwägung und des angemessenen Ausgleichs zwischen den grundrechtlich garantierten Verfahrensrechten und dem öffentlichen Interesse an einer effizienten strafprozessualen Wahrheitserforschung. Die abstrakte Bestimmung der inhaltlichen Reichweite des nemo-tenetur-Grundsatzes ist daher kaum präzise, sondern nur annäherungsweise möglich.<sup>25</sup>

### 1. Selbstbelastungsfreiheit

Die Selbstbelastungsfreiheit garantiert, dass die beschuldigte Person im Strafverfahren nicht verpflichtet ist, auszusagen oder zu ihrer Belastung beizutragen.<sup>26</sup> Daraus leiten sich zwei Schutzrichtungen der Selbstbelastungsfreiheit ab.

Einerseits kann die beschuldigte Person frei entscheiden, ob sie schweigen oder reden will – sie darf also von den

<sup>13</sup> Ott (Fn. 2), S. 175; für weitere Nachweise siehe den Überblick bei Lieber, in: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlens (Hrsg.), Schulthess Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl. 2020, Art. 113 Rn. 9; dezidiert a.A. hingegen Seiler, recht 2005, 20: „Die Auffassung, es gebe ein verfassungs- oder menschenrechtliches Schweigerecht, ist rational nicht begründbar und findet weder in der Verfassung noch in den Menschenrechtskonventionen eine Grundlage.“

<sup>14</sup> Bundesgericht, Ur. v. 21.1.2008 – 6B\_503/2007, E.3.3.

<sup>15</sup> Art. 7 BV lautet: „Die Würde des Menschen ist zu achten und zu schützen.“

<sup>16</sup> Siehe BGE 140 II 384, E. 3.3.4: „Bildet der nemo-tenetur-Grundsatz bei natürlichen Personen (auch) einen Ausfluss aus der Menschenwürde, fehlt dieser – spezifisch grundrechtliche – Aspekt bei gesetzlichen Herausgabepflichten von juristischen Personen und Unternehmen.“; aus dem Schrifttum siehe Fellmann/Vetterli, forumpoenale 2015, 43 (45); Ott (Fn. 2), S. 74; Staffler (Fn. 5), BV Art. 32 Rn. 15 f.

<sup>17</sup> Vgl. Geth, ZStW 126 (2014), 105 (108) m.w.N.; das Bundesgericht scheint aber von einem Selbstbelastungsprivileg als Ausfluss der Menschenwürde bzw. der Unschuldsvermutung auszugehen, vgl. BGE 142 IV 207, E. 9.5, sowie Bundesgericht, Ur. v. 2.6.2020 – 2C\_342/2020, E. 2.3., das aber ein einstweiliges Verfahren betraf und im Hauptsacheverfahren Beweisverwertungseinreden gelten gemacht werden können. *Satzbau*

<sup>18</sup> Schweizerische Strafprozessordnung v. 5.10.2007, Systematische Sammlung des Bundesrechts Nr. 312.0.

<sup>19</sup> Engler, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar zur Strafprozessordnung, 2014, Art. 113 Rn. 4; siehe dazu auch Art. 39 Abs. 4 des Verwaltungsstrafrechts (Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht – VStrR, Systematische Sammlung des Bundesrechts Nr. 313.0): Weigert sich der Beschuldigte auszusagen, so ist das aktenkundig zu machen.

<sup>20</sup> Engler (Fn. 19), Art. 113 Rn. 8 f.

<sup>21</sup> Siehe dazu auch Art. 52 Abs. 6 der Militärstrafprozessordnung (Militärstrafprozess – MStP, Systematische Sammlung des Bundesrechts Nr. 322.1): „Weigert sich der Beschuldigte auszusagen, so wird das Verfahren ohne Rücksicht darauf weitergeführt.“

<sup>22</sup> Zu dieser Unterrichtungspflicht siehe Lieber (Fn. 13), Art. 113 Rn. 13; die Rechtspraxis vertritt eine sehr formalistische Auffassung zur Einvernahme und will etwa informelle Befragungen der Polizei davon (und konsequenterweise von der Unterrichtungspflicht) ausnehmen, siehe zuletzt Bundesgericht, Ur. v. 19.5.2022 – 1B\_535/2021, das in der Fachliteratur zu einem der bundesgerichtlichen Fehlurteile im Jahr 2022 gekürt wurde, siehe plädoyer 2/2023, 73 f.

<sup>23</sup> Vgl. BGE 138 IV 47, E. 2.6.1.; vgl. auch Beck, Enforceverfahren der FINMA und Dissonanz zum nemo tenetur-Grundsatz, 2019, Rn. 709; Staffler (Fn. 5), BV Art. 32 Rn. 37 ff.

<sup>24</sup> BGE 142 IV 207, E. 8.4.; BGE 121 II 273, E. 3. c) cc), unter Hinweis auf das Straßenverkehrsgesetz und auf die Verordnung über Bau- und Ausrüstung der Straßenfahrzeuge.

<sup>25</sup> Nach Ott (Fn. 2), S. 179 f., ist das der Grund, weshalb die beschuldigte Person bzw. ihre Verteidigung eine derartige Rüge oft nicht vorbringen.

<sup>26</sup> BGE 103 IV 8, E. 3.; 106 Ia 7, E. 4.; 121 II 273, E. 3. a); 130 I 126, E. 2.1; 109 Ia 166, E. 2. b) – Zitat ohne Nennung der zitierten Nachweise.

staatlichen Behörden nicht mit Druckmitteln zur Aussage gezwungen werden.<sup>27</sup> Sachlich bezieht sich die Selbstbelastungsfreiheit auf „Schuld- und Strafpunkt[e], und zwar unabhängig davon, ob eine Frage aus Sicht der Strafbehörde eine belastende oder entlastende Antwort zu provozieren geeignet ist“.<sup>28</sup> Sie erstreckt sich auf alle Informationen, die von der beschuldigten Person bezogen werden können.<sup>29</sup> Dies umfasst die wirtschaftlichen Verhältnisse im Hinblick auf die Bemessung des Tagessatzes bei der Geldstrafe nach Art. 34 schwStGB,<sup>30</sup> nicht aber die Personalien der beschuldigten Person<sup>31</sup>.

Andererseits darf das Schweigen nicht als belastendes Schuldindiz im Rahmen rechtlichen Prüfung verwendet werden.<sup>32</sup> Dabei gilt der nemo-tenetur-Grundsatz nicht erst ab der Anklage im formellen Sinne, sondern auch im Vorfeld des Strafverfahrens.<sup>33</sup> Auch die Ermittlungsbehörden sind an diese Grundsätze gebunden, sobald sie das Verfahren gegen eine Person als Beschuldigten führen. Unerheblich ist, aus welchen Gründen das Aussageverweigerungsrecht in Anspruch genommen wird. Es steht nicht nur hinsichtlich belastender, sondern auch für potenziell entlastende Tatsachen zu, weil das Aussageverweigerungsrecht sonst „von vornherein zu einem belastenden Indiz würde“.<sup>34</sup> Die Selbstbelastungsfreiheit wirkt sich schließlich auch auf den Entschädigungsanspruch der freigesprochenen Person nach Art. 429 Abs. 1 schwStPO<sup>35</sup> aus, der nach Art. 430 Abs. 1 lit. a schwStPO<sup>36</sup> herabgesetzt werden kann, wenn sie die Durchführung des Verfahrens erschwert hat. In der Inanspruchnahme des Aussageverweigerungsrechts darf kein „schuldhaftes Erschweren des Verfahrens erblickt werden“.<sup>37</sup> Deshalb darf die beschuldigte Person auf dieser Grundlage weder sanktioniert<sup>38</sup> noch

mit einer Kostenpflicht belegt werden.<sup>39</sup> Diese Konsequenz des Rechts auf Schweigen ist insofern von der unzulässigen Irreführung der Strafbehörden zu unterscheiden, welche hingegen als prozessuales Verschulden i.S.v. Art. 430 Abs. 1 lit. a schwStPO gewertet werden kann.<sup>40</sup>

## 2. Mitwirkungsfreiheit

In seiner Ausprägung der Mitwirkungsfreiheit schützt der nemo-tenetur-Grundsatz die freie Entscheidung über die Kooperation mit den Strafverfolgungsbehörden.<sup>41</sup> Diesen ist es untersagt, zum Nachweis der Schuld auf Beweismittel zurückzugreifen, die durch Zwang oder Druck<sup>42</sup> gegen den Willen der beschuldigten Person erlangt worden sind,<sup>43</sup> wobei das „willensbeugende [...] Moment“ ausschlaggebend sei.<sup>44</sup> Die beschuldigte Person darf nicht „mit Mitteln, welche sie in ihrer Freiheit der Willensentschließung oder Willensbetätigung beeinträchtigen, zur Aussage oder gar zu einem Geständnis und damit zur aktiven Mitwirkung an der Schaffung von Beweisen bewogen werden“.<sup>45</sup> Es besteht keine Pflicht, das eigene Strafverfahren durch Aussagen, Herausgabe von Gegenständen oder anderes Verhalten aktiv zu fördern (Verfahrensförderungspflicht).<sup>46</sup> Einfachgesetzlich sehen Art. 262 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 schwStPO daher keine bußgeldbewährte Pflicht zur Abgabe von Schrift- und Sprachproben und Art. 265 Abs. 2 lit. a schwStPO keine Herausgabepflicht (Editionspflicht) von Gegenständen vor.<sup>47</sup>

Rechtsprechung und Literatur unterscheiden bei der Mitwirkungsfreiheit jedoch zwischen unzulässigem Zwang und zulässigen passiven Duldungspflichten. Vor diesem Hintergrund schützt Art. 113 Abs. 1 S. 2 schwStPO nicht vor gesetzlich vorgesehenen Zwangsmaßnahmen oder zulässigen Untersuchungshandlungen.<sup>48</sup> Beschuldigte sind nicht ver-

<sup>27</sup> BGE 138 IV 47, E. 2.6.1.

<sup>28</sup> Lieber (Fn. 13), Art. 113 Rn. 15.

<sup>29</sup> Lieber (Fn. 13), Art. 113 Rn. 15.

<sup>30</sup> Vgl. BGE 139 IV 113, E. 5.2.

<sup>31</sup> Bundesgericht, Urt. v. 6.12.2018 – 6B\_70/2018 m.w.N.; Ruckstuhl, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Fn. 19), Art. 158 Rn. 6.

<sup>32</sup> BGE 138 IV 47, E. 2.6.1.; BGE 121 II 273, E. 3. a); Macaluso, in: Jeanneret/Kuhn/Perrier Depeursinge (Hrsg.), *Commentaire romand Code de procédure pénale suisse*, 2. Aufl. 2019, Art. 113 Rn. 8.

<sup>33</sup> Lieber (Fn. 13), Art. 113 Rn. 14; Engler (Fn. 19), Art. 113 Rn. 4.

<sup>34</sup> BGE 109 Ia 166, E. 2. b).

<sup>35</sup> Art. 429 Abs. 1 lit. a schwStPO lautet: „(1) Wird die beschuldigte Person ganz oder teilweise freigesprochen oder wird das Verfahren gegen sie eingestellt, so hat sie Anspruch auf: [...] Entschädigung ihrer Aufwendungen für die angemessene Ausübung ihrer Verfahrensrechte.“

<sup>36</sup> Art. 430 Abs. 1 lit. a schwStPO lautet: „Die Strafbehörde kann die Entschädigung oder Genugtuung herabsetzen oder verweigern, wenn: [...] die beschuldigte Person rechtswidrig und schuldhaft die Einleitung des Verfahrens bewirkt oder dessen Durchführung erschwert hat.“

<sup>37</sup> BGE 109 Ia 166, E. 2. b).

<sup>38</sup> BGE 106 Ia 7, E. 4.

<sup>39</sup> BGE 109 Ia 166, E. 2. b).

<sup>40</sup> Wehrenberg/Frank, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Fn. 19), Art. 430 Rn. 13.

<sup>41</sup> Bommer, recht 2010, 196 (201 ff.) m.w.N.; Macaluso (Fn. 32), Art. 113 Rn. 4; BGE 131 IV 36, E. 3.1.

<sup>42</sup> BGE 142 IV 207, E. 8.3.1.; Bundesgericht, Urt. v. 27.4.2011 – 6B\_825/2010, E. 3.3.

<sup>43</sup> BGE 131 IV 36, E. 3.1.

<sup>44</sup> Gless, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Fn. 19), Art. 140 Rn. 10.

<sup>45</sup> Lieber (Fn. 13), Art. 113 Rn. 37.

<sup>46</sup> Engler (Fn. 19), Art. 113 Rn. 2; vgl. diesbezüglich auch Vest, ZBJV 152 (2016), 387 (392 f.).

<sup>47</sup> Art. 262 Abs. 2 schwStPO lautet: „Personen, die sich der Abgabe solcher Proben widersetzen, können mit Ordnungsbussen bestraft werden. Ausgenommen sind die beschuldigte Person und, im Umfang ihres Verweigerungsrechts, Personen, die zur Aussage- oder Zeugnisverweigerung berechtigt sind.“ Art. 265 Abs. 2 lit. a und b schwStPO lauten: „Keine Herausgabepflicht haben: [...] die beschuldigte Person; [...] Personen, die zur Aussage- oder Zeugnisverweigerung berechtigt sind, im Umfang ihres Verweigerungsrechts; [...]“.

<sup>48</sup> BGE 143 IV 270, E. 7.9.; 142 IV 207, E. 8.1.; 140 II 384, E. 3.3.2.; 138 IV 47, E. 2.6.1.; Bundesgericht, Urt. v. 7.3.2017 – 6B\_1174/2017, E. 6.2.; zuvor bereits Bundesgericht, Urt. v. 4.9.2008 – 6B\_115/2008, E. 4.3.3.

pflichtet, Beweismittel aktiv herauszugeben, müssen aber die Durchführung von Zwangsmaßnahmen wie die Durchsuchung und Beschlagnahme von Beweismitteln passiv dulden.<sup>49</sup> Die Abgrenzung wird weniger am nemo-tenetur-Grundsatz, sondern oft am Recht auf persönliche Freiheit bzw. am allgemeinen Persönlichkeitsrecht festgemacht, etwa bei erkennungsdienstlichen Informationen wie der Fotografie oder der Erhebung von Fingerabdrücken.<sup>50</sup> Entscheidend ist aber letztlich nicht mehr die Information selbst, sondern die Art ihrer Beschaffung. Deshalb hängt die Selbstbelastungsfreiheit mit dem Verbot bestimmter Beweiserhebungsmethoden (Art. 140 schwStPO) eng zusammen.<sup>51</sup>

### III. Rechtsfolgen bei Verstoß gegen den nemo-tenetur-Grundsatz

Die schweizerische Strafprozessordnung sieht für Verstöße gegen den nemo-tenetur-Grundsatz ausdrücklich absolute und relative Beweisverwertungsverbote in Art. 141 schwStPO vor.

#### 1. Absolute und relative Beweisverwertungsverbote

Ein absolutes Beweisverwertungsverbot besteht nach Art. 141 Abs. 1 S. 1 schwStPO für Beweise, die durch unzulässige Beweiserhebungsmethoden i.S.d. Art. 140 Abs. 1 schwStPO<sup>52</sup> erhoben wurden. Darunter fallen etwa Zwang, Drohung oder Gewaltanwendung. Auch die unterbliebene Rechtsbelehrung bei der ersten Einvernahme führt als formeller Verstoß gegen die Informationspflichten nach Art. 141 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Art. 158 Abs. 1 lit. b, Abs. 2 schwStPO zu einem absoluten Beweisverwertungsverbot.<sup>53</sup>

Die Zentralnorm des nemo-tenetur-Grundsatzes (Art. 113 schwStPO) beinhaltet allerdings weder eine Regelung zur Beweisverwertung im Fall eines Normverstößes noch einen ausdrücklichen Verweis auf Art. 141 Abs. 1 schwStPO. Die Verwertbarkeit unter Verstoß gegen Art. 113 schwStPO rechtswidrig erlangter Beweismittel richtet sich daher nach Art. 141 Abs. 2 oder Abs. 3 schwStPO. Diese Vorschriften unterscheiden zwei Fallgruppen, deren Einordnung erhebliche Relevanz zukommt:

Nach Art. 141 Abs. 2 schwStPO<sup>54</sup> dürfen Beweise, die von Strafverfolgungsbehörden in strafbarer Weise<sup>55</sup> oder

unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben wurden, grundsätzlich nicht verwertet werden – es sei denn, ihre Verwertung ist zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich. Für das damit bestehende relative Beweisverwertungsverbot nach Art. 141 Abs. 2 schwStPO kommt es entscheidend auf die Einordnung der betreffenden Norm als Gültigkeitsvorschrift an. Gültigkeitsvorschriften sind Regeln, die vorrangig oder ausschließlich dem Schutz der beschuldigten Person dienen, während Ordnungsvorschriften solche Regeln sind, die den geregelten Gang des Verfahrens betreffen.<sup>56</sup> Beweise, die nach Art. 141 Abs. 3 schwStPO unter Verletzung von Ordnungsvorschriften erhoben wurden, sind hingegen verwertbar.

Da es sich bei Art. 113 schwStPO um eine Vorschrift zum Schutz der beschuldigten Person und insofern um eine Gültigkeitsvorschrift handelt, ist das relative Beweisverwertungsregime nach Art. 141 Abs. 2 schwStPO anwendbar. Demnach gilt ein grundsätzliches Verwertungsverbot unter Ausnahme für die Aufklärung schwerer Straftaten. Dieses Ergebnis wird in der Literatur wertungstechnisch zum Teil kritisiert. Zum einen sei es ein Wertungswiderspruch, wenn der formelle Verstoß der unterbliebenen Belehrung zu einem absoluten, der materielle Verstoß aber nur zu einem relativen Beweisverwertungsverbot führe.<sup>57</sup> Zum anderen würde hierdurch die Verletzung von weiten Teilen des Art. 113 schwStPO und damit der zentralen Vorschrift des nemo-tenetur-Grundsatzes gerade bei schweren Straftaten konsequenzlos hingenommen. Dies sei mit der EMRK nicht vereinbar. Vor diesem Hintergrund wird im Schrifttum eine konventionskonforme Auslegung befürwortet, die den Ausnahmeverbehalt für schwere Straftaten streicht und insofern zu einem absoluten Verwertungsverbot für nemo-tenetur-Verletzungen führt.<sup>58</sup> Relativierend muss hiergegen eingewendet werden, dass der EGMR die Unverwertbarkeit von Beweismitteln nur dann annimmt, wenn eine sachgerechte Kompensation der Verletzung unterbleibt und damit die Gesamtfairness des Verfahrens unterminiert ist.<sup>59</sup> Selbst die Verwertung von Aussagen ohne Belehrung ist damit nicht grundsätzlich unzulässig, sofern das nationale Gericht eine vorsichtige Beweiswürdigung vorgenommen und die Verurteilung nicht entscheidend auf dieses

<sup>49</sup> Trechsel, ZStrR 2005, 256 (261).

<sup>50</sup> BGE 107 Ia 138, E. 5. a).

<sup>51</sup> Gless (Fn. 44), Art. 140 Rn. 8.

<sup>52</sup> Art. 140 Abs. 1 schwStPO lautet: „Zwangsmittel, Gewaltanwendung, Drohungen, Versprechungen, Täuschungen und Mittel, welche die Denkfähigkeit oder die Willensfreiheit einer Person beeinträchtigen können, sind bei der Beweiserhebung untersagt.“; Art. 140 Abs. 2 schwStPO lautet: „Solche Methoden sind auch dann unzulässig, wenn die betroffene Person ihrer Anwendung zustimmt.“

<sup>53</sup> *Bénédict*, in: Jeanneret/Kuhn/Perrier Depeursinge (Fn. 32), Art. 141 Rn. 4.

<sup>54</sup> Art. 141 Abs. 2 schwStPO lautet: „Beweise, die Strafbehörden in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, dürfen nicht verwertet werden, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich.“

<sup>55</sup> Ausführlich hierzu *Bénédict* (Fn. 53), Art. 141 Rn. 9 ff.

<sup>56</sup> Instruktiv *Gless* (Fn. 44), Art. 141 Rn. 67 f. m.w.N.; vgl. auch *Bénédict* (Fn. 53), Art. 141 Rn. 16.

<sup>57</sup> *Donatsch/Smokvina*, in: Weber/Stoffel/Chenau/Sethe (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, 2017, S. 863 (868).

<sup>58</sup> *Beck* (Fn. 23), Rn. 720; *Bénédict* (Fn. 53), Art. 141 Rn. 7a; *Gless* (Fn. 44), Art. 141 Rn. 79; *Lieber* (Fn. 13), Art. 113 Rn. 54a; *A. Noll*, *forum* 2020, 177 (178 f., 183 f.); *Ott* (Fn. 2), S. 198 ff.; a.A. hingegen *Macula*, *Verwaltungs(aufsichts)rechtliche Mitwirkungspflichten und strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit*, 2016, S. 31.

<sup>59</sup> *F. Meyer*, in: Wolter (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, 5. Aufl. 2019, Bd. 10, EMRK Art. 6 Rn. 197.

Beweismittel gestützt hat.<sup>60</sup> Möglich erschiene es daher auch, Art. 141 Abs. 2 schwStPO dahingehend auszulegen, dass eine solche vorsichtige Beweiswürdigung erforderlich ist.

Im Übrigen erscheint praktisch problematisch, dass nach Auffassung des Bundesgerichts (entgegen dem Wortlaut von Art. 141 Abs. 5 schwStPO<sup>61</sup>) unverwertbare Beweise bis zum Verfahrensabschluss bei den Akten verbleiben und nur ausnahmsweise aus den Akten entfernt werden.<sup>62</sup>

## 2. Fernwirkung

Die Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten wird in Art. 141 Abs. 4 schwStPO<sup>63</sup> geregelt. Demnach sind nicht nur illegal gesammelte Erstbeweise, sondern auch daraus resultierende Folgebeweise unverwertbar. Gleichwohl sieht der Normtext eine Ausnahme für hypothetische Ermittlungsverläufe vor, die die Fernwirkung der Unverwertbarkeit wieder aufhebt. Hier sei es maßgeblich, „ob die Strafverfolgungsbehörden nach den konkreten Umständen des Einzelfalls den Zweitbeweis höchstwahrscheinlich auch ohne Kenntnis des illegal erhobenen Erstbeweises erlangt hätten.“<sup>64</sup>

Angesichts des absoluten Verwertungsverbots nach Art. 141 Abs. 1 schwStPO gilt die Zulässigkeit von Beweismitteln wegen hypothetischer Ermittlungsverläufe nur für die in Art. 141 Abs. 2 schwStPO vorgesehenen relativen Beweisverwertungsverböte. Die Fernwirkung von Verstößen gegen Art. 113 schwStPO hängt daher davon ab, ob diese zur Kategorie der absoluten Beweisverwertungsverböte nach Art. 141 Abs. 1 schwStPO zu zählen sind.<sup>65</sup>

Mit der Teilrevision der schwStPO, welche wohl Anfang 2024 in Kraft treten wird, wird eine legislative Klarstellung zur Fernwirkung des Beweisverbötes vorgenommen. Enthielt Art. 141 Abs. 4 schwStPO bisher nur den Verweis auf Abs. 2, soll infolge der Reform ein zusätzlicher Verweis auf Abs. 1 ergänzt werden.<sup>66</sup> Nach dem Willen des Gesetzgebers soll damit klargestellt werden, dass die Fernwirkung für Beweisverwertungsverböte, die bisher gesetzlich ausdrücklich nur auf Konstellationen relativer Beweisverwertungsverböte

des Art. 141 Abs. 2 schwStPO bezogen waren, i.S.e. *argumentum a minori ad maius* auch für absolute Beweisverwertungsverböte nach Art. 141 Abs. 1 schwStPO gelten soll. Diese klarstellende Ergänzung wird unter Verweis auf die herrschende Ansicht im Schrifttum vorgenommen.<sup>67</sup>

## IV. Geltung und Reichweite des nemo-tenetur-Grundsatzes für juristische Personen im Strafverfahren

### 1. Persönlicher Anwendungsbereich

In persönlicher Hinsicht erkennt das Bundesgericht die Anwendbarkeit des nemo-tenetur-Grundsatzes für beschuldigte juristische Personen in Strafverfahren ausdrücklich an.<sup>68</sup> Die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen ist in der Schweiz in Art. 102 schwStGB normiert.<sup>69</sup> Die Strafprozessordnung sieht für Strafverfahren gegen Unternehmen Sonderregelungen vor, etwa für die Vertretung in Art. 112 schwStPO, für den Gerichtsstand in Art. 36 Abs. 2 schwStPO<sup>70</sup>, die Aussagepflicht von Unternehmensangehörigen in Art. 178 lit. g schwStPO<sup>71</sup> und für die Herausgabepflicht bei der Beschlagnahme in Art. 265 Abs. 2 lit. c schwStPO<sup>72</sup>. Soweit, wie für die Selbstbelastungs- und Mitwirkungsfreiheit keine Sonderregelungen eingreifen, gelten alle Vorschriften des

<sup>67</sup> Erläuternder Bericht zur Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerates, Anpassung der Strafprozessordnung) vom Dezember 2017, S. 25, unter Hinweis auf *Gless* (Fn. 44), Art. 141 Rn. 89 f.

<sup>68</sup> BGE 142 IV 207, E. 8.3.3.; Bundesgericht, Urt. v. 8.3.2021 – 2C\_383/2020, E. 5.2.1.; vgl. auch *Fellmann/Vetterli*, *forum-poenale*, 2015, 45.

<sup>69</sup> Überblicksweise bei *Staffler/Jany*, in Papatthasiou (Hrsg.), *Unternehmensstrafrecht*, 2023 (im Erscheinen) m.w.N.; ausführlich *Pflaum*, in: *Lehmkühl/Wohlers* (Hrsg.), *Unternehmensstrafrecht, Materiellrechtliche und prozessuale Aspekte*, 2020, S. 15 ff.; *Staffler*, *Business Criminal Law*, 2022, Rn. 505 ff.; speziell zum Adressatenkreis von Art. 102 Abs. 4 schwStGB siehe *Bommer*, in: *Lehmkühl/Wohlers* (Hrsg.), *Unternehmensstrafrecht, Materiellrechtliche und prozessuale Aspekte*, 2020, S. 95 ff.

<sup>70</sup> Art. 36 Abs. 2 schwStPO lautet: „Für Strafverfahren gegen das Unternehmen nach Artikel 102 StGB sind die Behörden am Sitz des Unternehmens zuständig. Dies gilt ebenso, wenn sich das Verfahren wegen des gleichen Sachverhalts auch gegen eine für das Unternehmen handelnde Person richtet.“

<sup>71</sup> Art. 178 lit. g schwStPO lautet: „Als Auskunftsperson wird einvernommen, wer: [...] in einem gegen ein Unternehmen gerichteten Strafverfahren als Vertreterin oder Vertreter des Unternehmens bezeichnet worden ist oder bezeichnet werden könnte, sowie ihre oder seine Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter.“; *F. Meyer* (Fn. 7), S. 358.

<sup>72</sup> Art. 265 Abs. 2 lit. c schwStPO lautet: „Keine Herausgabepflicht haben: [...] Unternehmen, wenn sie sich durch die Herausgabe selbst derart belasten würden, dass sie: 1. strafrechtlich verantwortlich gemacht werden könnten, oder 2. zivilrechtlich verantwortlich gemacht werden könnten, und wenn das Schutzinteresse das Strafverfolgungsinteresse überwiegt.“

<sup>60</sup> Dies hat der EGMR gerade bei einem Verfahren gegen die Schweiz ausgeführt, vgl. EGMR, Urt. v. 16.6.2015 –41269/08 (*Schmid-Laffer v. Schweiz*), Rn. 37, 39.

<sup>61</sup> Art. 141 Abs. 5 schwStPO lautet: „Die Aufzeichnungen über unverwertbare Beweise werden aus den Strafakten entfernt, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens unter separatem Verschluss gehalten und danach vernichtet.“

<sup>62</sup> *A. Noll*, *forum-poenale* 2020, 177 (183 f.) m.w.N.

<sup>63</sup> Art. 141 Abs. 4 schwStPO lautet: „Ermöglichte ein Beweis, der nach Absatz 2 nicht verwertet werden darf, die Erhebung eines weiteren Beweises, so ist dieser nicht verwertbar, wenn er ohne die vorhergehende Beweiserhebung nicht möglich gewesen wäre.“

<sup>64</sup> *Gless* (Fn. 44), Art. 141 Rn. 95.

<sup>65</sup> *Ott* (Fn. 2), S. 201 f.

<sup>66</sup> Art. 141 Abs. 4 schwStPO n.F. lautet demnach: „Ermöglichte ein Beweis, der nach Absatz 1 oder 2 nicht verwertet werden darf, die Erhebung eines weiteren Beweises, so ist dieser nicht verwertbar, wenn er ohne die vorhergehende Beweiserhebung nicht möglich gewesen wäre.“

Individualstrafverfahrens auch gegenüber Unternehmen.<sup>73</sup> Sie können sich im Strafverfahren daher grundsätzlich auch auf den nemo-tenetur-Grundsatz berufen.<sup>74</sup>

Hervorzuheben ist, dass Unternehmen im Strafverfahren nach Art. 112 Abs. 1 schwStPO Strafverfahren von einer einzigen Person vertreten werden.<sup>75</sup> Die Wahl des Vertreters obliegt nach Art. 112 Abs. 2 schwStPO primär dem Unternehmen.<sup>76</sup> Prozesshandlungen und Beschuldigtenrechte werden dadurch bei einer Person konzentriert, die alleiniger Ansprechpartner gegenüber den Strafverfolgungsbehörden ist.<sup>77</sup> Durch diese Begrenzung erübrigen sich Versuche beschuldigter Unternehmer, potenzielle Zeugen kurzerhand Vertretungsbefugnis einzuräumen, in der Absicht, dass diese sich dann auf ein Aussageverweigerungsrecht berufen können. Ausgeschlossen sind nach Art. 112 Abs. 3 schwStPO auch Personen, gegen die wegen des gleichen oder zusammenhängenden Sachverhalts eine Strafuntersuchung eröffnet wird. Das Unternehmen kann den bestellten Unternehmensvertreter aber auch selbst abberufen und einen anderen Vertreter bestellen. Aufgrund der potenziellen Verzögerung bzw. strategischen Prozessverschleppung gilt hierfür jedoch die Rechtsmissbrauchsschranke.<sup>78</sup>

## 2. Sachlicher Anwendungsbereich

In sachlicher Hinsicht betont das Bundesgericht bei juristischen Personen die restriktive Reichweite des nemo-tenetur-Grundsatzes<sup>79</sup> und verweist unter anderem auf die Rechtsprechung des EGMR, wonach das Selbstbelastungsprivileg nicht absolut gelte.<sup>80</sup> Gerade bei beschuldigten juristischen Personen bzw. Unternehmen sei eine „differenzierte Abwägung

vorzunehmen zwischen ihren grundrechtlich garantierten Verfahrensrechten und dem öffentlichen Interesse (sowie gegebenenfalls demjenigen von geschädigten Personen) an einer effizienten strafprozessualen Wahrheitserforschung“.<sup>81</sup> Die Rechtsprechungspraxis hat sich, soweit ersichtlich, bislang jedoch nur im Kontext von strafrechtlichen (i.S.d. Art. 6 EMRK) Verwaltungssanktionsverfahren mit der Reichweite des nemo-tenetur-Grundsatzes gegenüber Unternehmen befasst.<sup>82</sup>

Begründet wird die Reduktion damit, dass sich der nemo-tenetur-Grundsatz bei natürlichen Personen auch aus der Menschenwürde ergebe und diese bei juristischen Personen und Unternehmen fehle.<sup>83</sup> Für das Kartellsanktionsverfahren etwa, in dem natürliche Personen nach Art. 49a KG<sup>84</sup> grundsätzlich nicht sanktioniert werden können, bedeutet dies, dass der nemo-tenetur-Grundsatz nicht den mit der Menschenwürde verknüpften Schutz der Willensfreiheit der handelnden Organe, sondern einzig und allein die Gewährleistung eines effektiven Verteidigungsrechts der Untersuchungsbedingten bezweckt.<sup>85</sup> In der Literatur wird die Begründung der Geltingsreduktion der Selbstbelastungsfreiheit im Hinblick auf die verschiedenen Herleitungsansätze des Bundesgerichts, wie die auch für Unternehmen geltende Unschuldsvermutung, zum Teil kritisiert.<sup>86</sup>

In Verwaltungssanktionsverfahren können zudem gesetzliche Dokumentationspflichten bestehen. Nach Art. 29 Abs. 1 FINMAG<sup>87</sup> müssen Unternehmen der Finanzmarktaufsicht etwa „alle Auskünfte erteilen und Unterlagen ausgeben, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt“. Laut Bundesgericht dürfe das Selbstbelastungsprivileg diesen auch strafprozessual vorgesehenen Zugriff auf Unterlagen nicht faktisch unterlaufen.<sup>88</sup> Ohne den Rückgriff des Staates auf diese Unterlagen würde die Durchsetzung der materiellen gesetzlichen Pflichten in den Wirtschaftsbereichen praktisch verunmöglicht werden.<sup>89</sup> Zudem sei die bloße Aufforderung zur Einreichung von Dokumenten, die nicht mit einer Strafdrohung wegen Ungehorsams verbunden ist, mit Art. 6 EMRK ver-

<sup>73</sup> Geth, in: Emmenegger (Hrsg.), Banken zwischen Strafrecht und Aufsichtsrecht, 2014, S. 141, 161 m.w.N. Dies entspricht auch dem ausdrücklichen Verständnis des Bundesgesetzgebers, vgl. Bundesblatt 2006, S. 1085 (1168).

<sup>74</sup> Bundesgericht, Urt. v. 24.7.2020 – 2C\_382/2020, E.5.2.1., in Bezug auf z.B. das i.S.d. Art. 6 EMRK „strafrechtliche“ Kartellverfahren. Siehe die Botschaft des Bundesrates zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts v. 21.12.2005, Bundesblatt 2005, S. 1085 (1167); vgl. auch Geth, ZStW 126 (2014), 105 (107 f.); Macula (Fn. 58), S. 19; F. Meyer (Fn. 7), S. 333 ff.; Queck, Die Geltung des nemo-tenetur-Grundsatzes zugunsten von Unternehmen, 2005, S. 105 ff.

<sup>75</sup> Instrukтив Saverio/Tali, ZStR 2019, 224; Macaluso (Fn. 32), Art. 112 Rn. 5; siehe auch F. Meyer (Fn. 7), S. 356 ff.

<sup>76</sup> Engler (Fn. 19), Art. 112 Rn. 40; benennt das Unternehmen innerhalb der von der Verfahrensleitung gesetzten Frist keinen Vertreter, so obliegt es der Verfahrensleitung, einen Unternehmensvertreter zu bestellen. Diesbezüglich hat sie vorab mit den zivilrechtlichen Unternehmensvertretern Rücksprache zu halten, siehe Engler (Fn. 19), Art. 112 Rn. 46 ff.

<sup>77</sup> Engler (Fn. 19), Art. 112 Rn. 20: „Für das Unternehmen ist es essenziell, dass es mit einer Stimme redet (oder dass es schweigt).“

<sup>78</sup> Lieber (Fn. 13), Art. 112 Rn. 7; Macaluso (Fn. 32), Art. 112 Rn. 21.

<sup>79</sup> BGE 142 IV 207, E. 8.3.3.

<sup>80</sup> BGE 140 II 384, E. 3.3.5.

<sup>81</sup> BGE 142 IV 207, E. 8.4.

<sup>82</sup> Im Rahmen der nachfolgenden Verfahren ging es also im Ausgangspunkt immer um ein (Steuer- oder Kartell-)Verwaltungssanktionsverfahren, das gesetzliche Mitwirkungspflichten vorsieht, und die anschließende Verwertung der Beweismittel im Strafverfahren.

<sup>83</sup> BGE 140 II 384, E. 3.3.4, jedoch erging diese Entscheidung in Bezug auf ein Verwaltungsverfahren.

<sup>84</sup> Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz), Systematische Sammlung des Bundesrechts Nr. 251.

<sup>85</sup> Bundesgericht, Urt. v. 8.3.2021 – 2C\_383/2020, E.5.2.2.

<sup>86</sup> Beck (Fn. 23), Rn. 700 ff.; Geth (Fn. 73), S. 151.

<sup>87</sup> Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz), Systematische Sammlung des Bundesrechts Nr. 956.1.

<sup>88</sup> BGE 142 IV 207, E. 8.18.3.; 140 II 384, E. 3.3.4.

<sup>89</sup> BGE 140 II 384, E. 3.3.4.

einbar, und zwar insbesondere dann, wenn eine verwaltungsgesetzliche Erstellungs- und Aufbewahrungspflicht besteht.<sup>90</sup>

Im Hinblick auf die Verwertbarkeit derartiger Unterlagen zieht das Bundesgericht aber eine Grenze. Zwar sind die Unterlagen generell verwertbar, es besteht aber ein Beweisverwertungsverbot, sobald die Unterlagen in einem Verfahren verwendet werden sollen, dass als strafrechtlich i.S.d. Art 6 EMRK zu qualifizieren ist.<sup>91</sup> Nach Art. 57a Abs. 2 StHG<sup>92</sup> dürfen daher etwa Beweismittel aus einem Nachsteuerverfahren in einem Strafverfahren wegen Steuerhinterziehung nur dann verwertet werden, wenn die Unterlagen nicht unter Zwang, Androhung einer Sanktion oder einer Umkehr der Beweislast beschafft wurden.<sup>93</sup> Einschränkend zu berücksichtigen ist aber, dass das Bundesgericht einen solchen „Zwang“ gerade nicht in der allgemeinen gesetzlichen Mitwirkungspflicht erkennt. Das bedeutet, dass Unterlagen, die aufgrund einer solchen Pflicht gespeichert und dann im strafrechtlichen Verfahren, etwa im Rahmen einer Durchsuchung, beschlagnahmt werden, verwertbar bleiben.<sup>94</sup> Ob die Unterscheidung zwischen unter Verwaltungszwang herausverlangten Unterlagen und aufgrund einer gesetzlichen Pflicht „freiwillig“ gespeicherten und dann beschlagnahmten Unterlagen in der Praxis aufrechterhalten werden kann, erscheint fraglich. Prozessstrategisch wären Unternehmen sonst veranlasst, die Kooperationspflicht mit den Steuerbehörden zu verletzen und abzuwarten, bis die „Ermessensveranlagung oder eine Verurteilung wegen Verletzung von Verfahrenspflichten“ angedroht wurde. Nach bisheriger Bundesgerichtsrechtsprechung stünde einer Verwertung der daraufhin herausgegebenen Unterlagen in einem sich anschließenden Steuerbetrugsverfahren dann der nemo-tenetur-Grundsatz entgegen.

## V. Zusammenfassung

Der nemo-tenetur-Grundsatz ist in der Bundesverfassung der Schweiz nicht ausdrücklich geregelt, wird aber vom Bundesgericht aus verschiedenen Rechtsquellen als allgemeiner Grundsatz anerkannt. Einfachgesetzlich hat der schweizerische Gesetzgeber zentrale Garantien des nemo-tenetur-Grundsatzes in der schwStPO ausdrücklich positiviert. Deren materieller Geltungsumfang orientiert sich stark an den Rechtsprechungsgrundsätzen des EGMR und beinhaltet die bekannten Unterscheidungen sowohl zwischen der Selbstbelas-

tungs- und der Mitwirkungsfreiheit als auch der (verbotenen) aktiven Mitwirkungspflicht und der (zulässigen) passiven Duldungspflicht. Auch im Hinblick auf die absoluten und relativen Beweisverwertungsverbote orientiert sich die Gesetzeslage stark an Straßburg. Im Einzelfall ergeben sich aus der Sicht der Literatur gegenwärtig jedoch gewisse Wertungswidersprüche. Insgesamt hält die schweizerische Implementierung der nemo-tenetur-Garantie für natürliche Personen im Kriminalstrafverfahren wenig Überraschendes bereit.

Für Unternehmen und juristische Personen wird der ohnehin nicht absolut geltende Schutz in Verwaltungssanktionsverfahren weiter eingeschränkt. Gesetzliche Mitwirkungspflichten dürfen nicht unter dem Deckmantel des nemo-tenetur-Grundsatzes unterlaufen werden. Ein Verwertungsverbot für gesetzlich verpflichtend zu erstellende und herauszugebende Unterlagen besteht auch in einem sich anschließenden Strafverfahren grundsätzlich nicht. Unverwertbar sind die Unterlagen nur, wenn sie unter Androhung einer Sanktion erlangt wurden. Ob diese Differenzierung langfristig trägt, wird sich zeigen.

---

<sup>90</sup> BGE 142 IV 207, E. 8.3.2.

<sup>91</sup> BGE 138 IV 47, E. 2.6.2.; allerdings lässt sich die Abgrenzung zwischen Verwaltungssanktionsverfahren und Strafverfahren i.S.d. Art. 6 EMRK nicht aufrechterhalten, weil der EGMR zum Teil auch Verwaltungssanktionsverfahren dem weiteren Strafrechtsbegriff des Art. 6 EMRK zuschlägt: EGMR, Urt. v. 23.11.2006 – 73053/01 (Jussila v. Finnland), Rn. 43; *F. Meyer*, in: Karpenstein/Mayer (Hrsg.), EMRK, 3. Aufl. 2022, Art. 6 Rn. 29.

<sup>92</sup> Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden, Steuerharmonisierungsgesetz, Systematische Sammlung des Bundesrechts Nr. 642.14.

<sup>93</sup> BGE 138 IV 47, E. 2.6.2 und 2.8.2.

<sup>94</sup> BGE 142 IV 207, E. 8.3.2.; BGE 140 II 384, E. 3.3.2.; BGE 138 IV 47, E. 2.6.2.

# Verbotener Zwang zur Selbstbelastung, Aussagefreiheit und angemessene Verteidigung aus der Sicht des österreichischen Strafprozessrechts

Von Prof. Dr. **Andreas Venier**, Universität Innsbruck

*Der Beitrag befasst sich mit einigen vom Standpunkt des österreichischen Rechts besonders bedeutsamen Fragen rund um den nemo-tenetur-Grundsatz: die Vernehmung des Beschuldigten und der Beistand durch einen Verteidiger, das Beweisverbot wegen unzulässiger Einwirkung auf die Aussagefreiheit des Beschuldigten sowie das Aussageverweigerungsrecht des Zeugen bei Selbstbelastungsfahr.*

## I. Rechtlicher Hintergrund

Ein gesetzlich ausdrücklich anerkannter Verfahrensgrundsatz ist seit dem Strafprozessreformgesetz 2004<sup>1</sup> das Recht auf Verteidigung. § 7 öStPO umschreibt dieses Recht in zwei Absätzen:

Abs. 1: Der Beschuldigte hat das Recht, sich selbst zu verteidigen und in jeder Lage des Verfahrens den Beistand eines Verteidigers in Anspruch zu nehmen.

Abs. 2: Der Beschuldigte darf nicht gezwungen werden, sich selbst zu belasten. Es steht ihm jederzeit frei, auszusagen oder die Aussage zu verweigern. Er darf nicht durch Zwangsmittel, Drohungen oder Versprechungen zu Äußerungen genötigt oder bewogen werden.

Das Recht des Beschuldigten, sich zu verteidigen, entweder selbst oder durch einen Verteidiger (Abs. 1), und das Recht der Aussagefreiheit (Abs. 2 S. 2) sowie das an die Behörden gerichtete Verbot, den Beschuldigten zu einer Selbstbelastung oder auch nur zu einer Äußerung zu zwingen oder durch Versprechen zu verleiten (Abs. 2 S. 1 und S. 3), hängen untrennbar zusammen:<sup>2</sup> Das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen und über sein Aussageverhalten frei entscheiden zu können, macht Verteidigung erst möglich, und Verteidigung ohne den Beistand eines Verteidigers ist häufig ineffektiv. Gerade der unerfahrene Beschuldigte hat dem Druck eines Polizeiverhörs wenig entgegenzusetzen. Die bohrenden Fragen des Vernehmenden, der einmal freundlich, einmal drohend auf die mildernde Wirkung eines Geständnisses und die angebliche Aussichtslosigkeit weiterer Verteidigung hinweist, schüchtern den Beschuldigten ein. Die Drohung mit Festnahme und Untersuchungshaft oder das Versprechen, sich beim Staatsanwalt für Milde und Freilassung einzusetzen, sind alte, aber wirksame Waffen, um einen Beschuldigten zum Reden zu bringen. Drohungen und Versprechungen zur Erlangung von Geständnissen sind freilich verboten, aber in Abwesenheit eines Verteidigers werden solche Verbote, vorsichtig gesagt, nicht immer eingehalten, und es besteht auch keine Gewähr, dass sie eingehalten werden. Die ungewohnte Sprache des Protokolls erschwert es dem Beschuldigten außerdem, fehlerhafte oder missverständliche Formulierungen zu erkennen. Und welcher Beschuldigte will schon einen energisch auftretenden Vernehmungsbeamten, der einem erklärt,

man könne seine Aussage später immer noch „zurückziehen“ oder „richtigstellen“, mit einer Protokollrüge „belästigen“? Der Verteidiger dagegen ist in der Lage, dem Beschuldigten in der belastenden Situation der Vernehmung psychisch und rechtlich beizustehen, ihn vor Übergriffen und anderen Rechtsverletzungen zu schützen, und er kann beim Vernehmungsorgan dafür eintreten, dass der Mandant die ihm zustehenden Rechte ungeschmälert und sinnvoll wahrnehmen kann. Der Verteidiger wird auch ohne Scheu die ihm notwendig scheinenden Änderungen des Protokolls verlangen und den Beschuldigten davon abhalten, ein fehlerhaftes oder missverständlich verfasstes Protokoll zu unterschreiben.

Das Recht auf Verteidigerbeistand schafft somit die Voraussetzung dafür, dass der Beschuldigte insbesondere das Recht auf freie Entscheidung über sein Aussageverhalten wahrnehmen und gegen Versuche der Strafverfolgungsorgane, es zu beschneiden oder auszuhebeln, wirksam schützen kann. Nach der Rechtsprechung des österreichischen Verfassungsgerichtshofs (VfGH)<sup>3</sup> zum Anklagegrundsatz nach Art. 90 Abs. 2 des österreichischen Bundesverfassungs-Gesetzes (B-VG) darf der Beschuldigte nicht zum Objekt des Verfahrens gemacht werden, z.B. indem er durch physischen oder psychischen Zwang zu einem Geständnis der strafbaren Handlung gezwungen wird – dies wäre mit seiner Parteistellung nicht vereinbar. Auch wenn Art. 90 Abs. 2 B-VG ursprünglich nicht den Sinn haben mochte, den Beschuldigten mit Parteirechten auszustatten,<sup>4</sup> so ist es doch zu begrüßen, dass der VfGH den Anklagegrundsatz mit der Parteistellung des Beschuldigten in Verbindung bringt und daraus zumindest das Recht ableitet, nicht zu selbstbelastenden Aussagen gezwungen zu werden. Mit der Parteistellung unvereinbar ist aber jede verbotene Vernehmungsmethode, die den Beschuldigten zu einer Aussage nötigt oder verleitet und ihm dadurch die Aussagefreiheit nimmt (§ 7 Abs. 2 öStPO); und zum Objekt des Verfahrens wird der Beschuldigte aber auch dann, wenn ihm das Ermittlungsorgan den Beistand eines Verteidigers (§ 7 Abs. 1 öStPO) verweigert und dadurch die wirksame Ausübung seiner Parteirechte erschwert oder gar verunmöglicht. Warum sollten die justiziellen Verfahrensgarantien der Bundesverfassung hinter den – in Österreich übrigens seit 1964<sup>5</sup> im Verfassungsrang stehenden – Mindestgarantien der EMRK<sup>6</sup> zurückstehen? Da der EGMR den nemo-tenetur-Grundsatz dem Kernbereich eines fairen Verfahrens zuordnet und

<sup>1</sup> BGBl. I 2004/19, in Kraft seit dem 1.1.2008.

<sup>2</sup> Murschetz, ÖJZ 2010, 650 (651).

<sup>3</sup> Seiler, Strafprozessrecht, 19. Aufl. 2022, Rn. 397; VfSlg. 5235/1966, 5295/1966, 9950/1984, 11923/1988, 14988/1997, 18550/2008.

<sup>4</sup> Kritisch zur Ableitung aus Art. 90 Abs. 2 B-VG: Wiederin, in: Fuchs/Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung, 165. Lfg., Stand: Februar 2012, § 4 Rn. 12, 15 ff.

<sup>5</sup> In den Verfassungsrang gehoben durch das BGBl. 1964/59.

<sup>6</sup> Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl. 2021, § 2 Rn. 15; Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht, 13. Aufl. 2022, Rn. 681, 959 ff., 971.

eine effektive Verteidigung für unverzichtbar erachtet,<sup>7</sup> sollte dies auch auf ein zeitgemäßes, materielles Verständnis des Anklageprinzips durchgeschlagen.

Was § 7 öStPO dem Grunde nach postuliert, scheint jedoch in späteren strafprozessualen Bestimmungen zum Teil wieder in Frage gestellt. Die Problematik zeigt sich an drei Beispielen: den Regeln über die Vernehmung des Beschuldigten, der Ausgestaltung des Beweisverbots im Zusammenhang mit solchen Vernehmungen und dem Aussageverweigerungsrecht des Zeugen bei Selbstbelastungsgefahr.

## II. Die Vernehmung des Beschuldigten und die Rolle des Verteidigers

Die Regeln über die Vernehmung des Beschuldigten finden sich in § 164 öStPO; sie gelten für richterliche, staatsanwaltschaftliche und polizeiliche Vernehmungen, und zwar ohne Unterschied, ob das vernehmende Organ den Tatverdächtigen (§ 48 Abs. 1 Nr. 2 öStPO) zum Beschuldigten „erklärt“ oder ihn vorläufig nur formlos befragen will. Eine formlose Befragung („Erkundigung“ nach § 151 Nr. 1 öStPO) ist nichtig, wenn sie die Bestimmungen über die Vernehmung des Beschuldigten umgeht (§ 152 Abs. 1 öStPO). Eine Vernehmung setzt eine „förmliche Information“ über die Stellung und die Rechte des zu Vernehmenden voraus (§ 151 Nr. 2 öStPO). Das bedeutet im Fall des Beschuldigten, dass ihm vor Beginn der Befragung alle nach § 164 Abs. 1 öStPO vorgeschriebenen Informationen, die seine Rechtsstellung und seine Rechte betreffen, erteilt werden müssen.<sup>8</sup> Diesem Informations- bzw. Belehrungsgebot kommt das Vernehmungsorgan nach, wenn es dem Beschuldigten in einer für ihn verständlichen Art und Weise (vgl. § 50 Abs. 2, § 171 Abs. 4 öStPO) mitteilt,<sup>9</sup> welcher Tat er verdächtig ist, dass er sich zur Sache äußern kann, aber nicht muss, dass er sich zuvor mit einem Verteidiger beraten und ihn der Vernehmung beiziehen kann, ferner dass seine Aussage seiner Verteidigung dienen, ihn aber auch belasten kann. Diese Informationen sind für eine Vernehmung essentiell, ihr Fehlen macht aus einer Befragung eine formlose Erkundigung, die eine förmliche Vernehmung umgeht und Nichtigkeit zur Folge hat.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 6), § 24 Rn. 125, 138 mit zahlreichen Belegen aus der Rspr. des EGMR. Siehe auch *Bezemek*, ZfIStw 3/2023, 132, in dieser Ausgabe.

<sup>8</sup> *Venier*, in: Bertel/Venier (Hrsg.), Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 1, 2. Aufl. 2022, § 153 Rn. 3, § 164 Rn. 1; *Urbanek*, in: Birklbauer/Haumer/Nimmervoll/Wess (Hrsg.), Linzer Kommentar zur Strafprozessordnung, 2020, § 164 Rn. 11; ähnlich *Seiler* (Fn. 3), Rn. 413.

<sup>9</sup> Die Praxis begnügt sich zumeist mit einem Formblatt, das dem Beschuldigten zur Durchsicht vorgelegt wird.

<sup>10</sup> *Schwaighofer*, in: Birklbauer/Haumer/Nimmervoll/Wess (Fn. 8), § 281 Abs. 1 Nr. 2 Rn. 12; *Venier* (Fn. 8), § 153 Rn. 3. Abzulehnen ist die Auffassung, dass dieser Fall erst eintritt, wenn keine einzige der in § 164 Abs. 1 öStPO vorgeschriebenen Informationen erteilt wurde; vgl. aber *Michal-Kwapinski*, in: Fuchs/Ratz (Fn. 4), 362. Lfg., Stand: August 2022, § 166 Rn. 22.

Die Belehrung nach § 164 Abs. 1 öStPO will den Beschuldigten einerseits auf die Gefahr möglicher Selbstbelastung und, damit zusammenhängend, auf die Freiheit auszusagen oder zu schweigen, hinweisen; andererseits ihn auf das Recht aufmerksam machen, sich vorher mit einem Verteidiger zu besprechen, dessen Beistand häufig erst die sinnvolle Wahrnehmung dieser Freiheit ermöglicht. Komplementär dazu verfolgt § 164 Abs. 4 öStPO das Ziel, dem Beschuldigten diese Freiheit zu erhalten und unzulässige Einflussnahmen abzuwehren. In Ausführung der in § 7 Abs. 2 öStPO normierten Prinzipien dürfen daher weder Versprechungen oder Vorspiegelungen, z.B. es bestehe eine Aussagepflicht,<sup>11</sup> noch Drohungen oder Zwangsmittel angewendet werden, um den Beschuldigten zu einem Geständnis oder anderen Angaben zu bewegen. Die Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung des Beschuldigten sowie sein Erinnerungsvermögen und seine Einsichtsfähigkeit dürfen „durch keinerlei Maßnahmen“ oder gar körperliche Eingriffe beeinträchtigt werden. Der Freiheit der Aussage dienen noch weitere, gleichfalls in Abs. 4 normierte Verbote. So dürfen die an den Beschuldigten gestellten Fragen nicht unbestimmt, mehrdeutig oder verfänglich sein. Fragen, mit denen dem Beschuldigten Umstände vorgehalten werden, die erst durch seine Antwort geklärt werden sollen (Suggestivfragen), dürfen nur gestellt werden, wenn es zum besseren Verständnis des Zusammenhangs erforderlich ist, d.h. wenn sonst nicht verständlich gefragt werden könnte.<sup>12</sup> Fragen, die eine vom Beschuldigten nicht zugestandene Tatsache als bereits zugestanden behandeln (Fangfragen), sind überhaupt unzulässig (ausdrücklich Abs. 4 S. 5). Der Beschuldigte darf durch die Art der Fragestellung nicht „hereingelegt“ werden, um von ihm die Antworten zu erhalten, die man sich erwartet.

Den Vernehmungsregeln des § 164 öStPO kommt demnach eine Schlüsselrolle bei der Umsetzung und Absicherung der in § 7 öStPO dargelegten Grundsätze zu. Allerdings ist das Gesetz nicht frei von Widersprüchen. Besonders unangenehm fällt in dieser Hinsicht § 164 Abs. 2 öStPO auf. Danach ist einerseits der Beschuldigte berechtigt, bei der Vernehmung einen Verteidiger beizuziehen, aber andererseits der Verteidiger nicht berechtigt, sich an der Vernehmung in irgendeiner Weise zu beteiligen oder sich über die Beantwortung einzelner Fragen mit dem Beschuldigten zu beraten; es droht ihm sonst der Ausschluss von der Vernehmung.<sup>13</sup> Erst nach Abschluss der Vernehmung oder „nach thematisch zusammenhängenden Abschnitten“ soll der Verteidiger Fragen an den Beschuldigten richten und Erklärungen abgeben dürfen, also dann, wenn der Mandant schon ausgesagt und sich in wesentlichen Punkten – häufig zu seinem Nachteil – schon festgelegt hat. Hier bleibt das Gesetz hinter der Forderung der Richtlinie (EU) Rechtsbeistand<sup>14</sup> nach „wirksamer

<sup>11</sup> *Haslwanter*, in: Fuchs/Ratz (Fn. 4), 360. Lfg., Stand: August 2022, § 7 Rn. 50.

<sup>12</sup> *Venier* (Fn. 8), § 161 Rn. 3.

<sup>13</sup> Vgl. etwa *Hinterhofer/Oshidari*, System des österreichischen Strafverfahrens, 2017, Rn. 7.638.

<sup>14</sup> Richtlinie 2013/48/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 22.10.2013 über das Recht auf Zugang zu einem

Teilnahme“ des Verteidigers an der Befragung von Beschuldigten und Verdächtigen zurück;<sup>15</sup> wie im Übrigen ein zum Schweigen verurteilter Verteidiger schwerlich als „Beistand“ i.S.v. Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK gelten kann. Bei richtlinien- und grundrechtskonformer Auslegung muss sich der Verteidiger an der Vernehmung seines Mandanten angemessen beteiligen können.<sup>16</sup> Das setzt jedenfalls voraus, dass der Verteidiger auf die Einhaltung der gesetzlichen Vernehmungsmethoden, insbesondere des § 164 Abs. 4 öStPO (verbotene Vernehmungsmethoden), pochen und dem Beschuldigten bei Regelverstößen raten darf, nicht weiter auszusagen. Diesen Ratschlag muss der Verteidiger aber auch losgelöst von Regelverstößen geben können, etwa weil er befürchtet, der Mandant könnte sich sonst durch Äußerungen selbst belasten. Merkwürdig ist auch, dass der österreichische Gesetzgeber es Beschuldigten und Verteidigern verbietet, sich zu einzelnen Fragen zu beraten. So wird der Verteidiger dem Beschuldigten bei heiklen Fragen wohl die Aussageverweigerung empfehlen, selbst auf die Gefahr hin, dass er von der Teilnahme an der weiteren Vernehmung ausgeschlossen wird, da er sich nach Meinung des Vernehmungsorgans an der Vernehmung „beteiligt“ habe, obwohl ihm dies „auf keine Weise“ gestattet sei (siehe § 164 Abs. 2 öStPO). Der Beschuldigte würde dadurch seinen Beistand für die weitere Vernehmung verlieren. Die Aussagefreiheit des Beschuldigten ist aber gerade dann besonders gefährdet, wenn die Vernehmung ohne Verteidiger abläuft und das Vernehmungsorgan ungestört Vernehmungsmethoden anwenden kann, die aus seiner Sicht größeren Erfolg versprechen als eine streng gesetzeskonforme Vorgangsweise.

### III. Das Beweisverbot im Zusammenhang mit der Vernehmung des Beschuldigten

Das Strafprozessreformgesetz 2004<sup>17</sup> schuf mit § 166 öStPO ein besonderes Beweisverbot für den Fall, dass Aussagen, die den Beschuldigten benachteiligen, unter Folter oder anderer grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung (Abs. 1 Nr. 1) oder sonst durch unerlaubte Einwirkung auf die Freiheit der Willensentschließung oder Willensbetätigung oder durch unzulässige Vernehmungsmethoden, „soweit sie fundamentale Verfahrensgrundsätze verletzen, gewonnen wurden und ihr Ausschluss zur Wiedergutmachung dieser Verletzung unerlässlich ist“ (Abs. 1 Nr. 2). Während demnach erfolgte oder unter Anwendung anderer grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung zustande gekommene Aussagen als Beweis zum Nachteil des Beschul-

digten generell nicht verwendet werden dürfen („absolutes Beweisverbot“<sup>18</sup>), sind Aussagen, die durch andere Einwirkungen auf die Freiheit des Willens oder andere unzulässige Methoden gewonnen wurden, nur dann nicht verwertbar, wenn sie fundamentale Verfahrensgrundsätze verletzen und ihr Ausschluss zudem zur Wiedergutmachung dieser Verletzung unerlässlich ist. Hier stellen sich zwei Fragen: Wann verletzen solche Einwirkungen und Methoden fundamentale Verfahrensgrundsätze, und vor allem, wann ist der Ausschluss einer Aussage, die unter Verletzung eines solchen Grundsatzes zustande gekommen ist, zur Wiedergutmachung jemals nicht unerlässlich?

Fundamental sind jedenfalls das Recht auf angemessenes rechtliches Gehör (§ 6 öStPO) und das Recht auf Verteidigung (§ 7 öStPO).<sup>19</sup> Fundamental sind aber auch die in Ausführung dieser Grundsätze ergangenen Bestimmungen, z.B. die nach § 164 öStPO vorgeschriebenen Informationen des Beschuldigten über seine Stellung und seine Rechte bei einer Vernehmung. Wenn der Beschuldigte über seine Rechte nicht Bescheid weiß, kann er sie auch nicht ausüben, z.B. nicht frei darüber entscheiden, ob er die Aussage ganz oder teilweise verweigern oder erst nach der Besprechung mit einem Verteidiger oder unter der Bedingung aussagen soll, dass der Verteidiger bei der Vernehmung Beistand leistet.<sup>20</sup> So beeinträchtigt das Fehlen dieser Informationen zumeist auch die Freiheit der Aussage, die durch § 7 Abs. 2 öStPO garantiert ist. Die Verletzung der Aussagefreiheit bewirkt ein Beweisverbot jedoch nur unter der Voraussetzung, dass dies „zur Wiedergutmachung“ unerlässlich i.S.v. unentbehrlich ist. Der Justizausschuss,<sup>21</sup> dem sich die h.M. anschließt,<sup>22</sup> will die Unerlässlichkeit durch eine Interessenabwägung feststellen. Demnach soll das Interesse an einer „zusätzlichen staatlichen Distanzierung (Schwere des Verfahrensfehlers)“ gegen „das Interesse an einem inhaltlich richtigen Urteil“ abgewogen werden. Es scheint, als könne ein unfaires, weil gegen fundamentale Rechtsgrundsätze verstoßendes, Verfahren nachträglich durch „Abwägung“ zu einem fairen gemacht werden. Von der Verletzung grundlegender Beweisgewinnungsregeln durch seine Organe kann sich der Staat aber glaubhaft nur „distanzieren“, wenn er das Beweisergebnis für unverwertbar erklärt.<sup>23</sup> Wenn der Staat, um das Beweisergebnis verwenden zu können, die Regelverletzung nachträglich durch eine Abwägung relativiert, distanziert er sich in Wahrheit gerade nicht vom Fehlverhalten seines Organs, ganz abgesehen da-

Rechtsbeistand in Strafverfahren und in Verfahren zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls sowie über das Recht auf Benachrichtigung eines Dritten bei Freiheitsentzug und das Recht auf Kommunikation mit Dritten und mit Konsularbehörden während des Freiheitsentzugs, ABl. EU 2013 Nr. L 294 v. 6.11.2013, S. 1.

<sup>15</sup> Venier, in: Kert/Lehner (Hrsg.), Vielfalt des Strafrechts im internationalen Kontext, Festschrift für Frank Höpfel zum 65. Geburtstag, 2018, S. 309 (320 f.).

<sup>16</sup> Murschetz, ÖJZ 2010, 650 (653).

<sup>17</sup> BGBl. I 2004/19.

<sup>18</sup> Michel-Kwapinski (Fn. 10), § 166 Rn. 13.

<sup>19</sup> Fabrizio/Kirchbacher, Kurzkomentar zur österreichischen Strafprozessordnung, 14. Aufl. 2022, § 166 Rn. 4; Dietrich/Höcher, in: Birklbauer/Haumer/Nimmervoll/Wess (Fn. 8), § 166 Rn. 15; Michel-Kwapinski (Fn. 10), § 166 Rn. 16.

<sup>20</sup> Venier (Fn. 8), § 166 Rn. 4.

<sup>21</sup> Justizausschussbericht (JAB), 406 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates (BlgNR), 22. Gesetzgebungsperiode (GP), S. 20.

<sup>22</sup> Z.B. Schmoller, in: Fuchs/Ratz (Fn. 4), 242. Lfg., Stand: April 2016, § 3 Rn. 71, 71/8; Michel-Kwapinski (Fn. 10), § 166 Rn. 6, 19; ähnlich Hinterhofer/Oshidari (Fn. 13), Rn. 7.650.

<sup>23</sup> Ebenso Seiler (Fn. 3), Rn. 409.

von, dass unerlaubte Einwirkungen auf die Aussagefreiheit immer auch Gefahren für die Wahrheitsfindung mit sich bringen.<sup>24</sup>

#### IV. Das Aussageverweigerungsrecht des Zeugen bei Selbstbelastungsgefahr

Ein Zeuge darf nach § 157 Abs. 1 öStPO die Aussage verweigern, wenn er sich sonst der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung (Nr. 1 Alt. 1) oder „im Zusammenhang mit einem gegen ihn geführten Strafverfahren“ der Gefahr aussetzen würde, sich über seine bisherige Aussage hinaus selbst zu belasten (Nr. 1 Alt. 2). Gemäß der zweiten Alternative müssen Tatverdächtige als Zeugen aussagen, wenn für sie keine Gefahr mehr besteht, sich in Bezug auf ein gegen sie selbst geführtes Verfahren „über ihre bisherige Aussage hinaus“ zu belasten. Diese Einschränkung geht zurück auf die Ansicht der Rechtsprechung, dass Tatbeteiligte oder Anschlussstäter (z.B. Drogenhändler und Drogenabnehmer), die in getrennten Verfahren verfolgt werden, im jeweils anderen Verfahren als Zeugen aussagen müssen, wenn und soweit sie im eigenen Verfahren schon ein (dort nicht widerrufenes) Geständnis abgelegt haben und sich darum nicht weiter belasten könnten.<sup>25</sup> Die Verpflichtung, eine Selbstbeziehung wiederholen zu müssen, die der Tatverdächtige im eigenen Verfahren erhoben hat, begründe keine Gefahr mehr.<sup>26</sup> Eine Selbstbelastungsgefahr drohe erst recht nicht mehr, wenn der Tatverdächtige im eigenen Verfahren – diesfalls mit oder ohne Geständnis – rechtskräftig verurteilt worden sei.<sup>27</sup> Diese Position führt dazu, dass Tatverdächtige oder bereits Verurteilte wegen falscher Zeugenaussage (§ 288 Abs. 1 öStGB) verfolgt werden, wenn sie in anderen Verfahren als „Zeugen“ – der Wahrheit zuwider – weiter leugnen oder ein Geständnis widerrufen. An dieser Sichtweise hält der OGH bis heute fest, wobei er aber den Betroffenen zugesteht, dass sie nicht durch Beugemittel (Geldbuße, Beugehaft) zu einer Aussage über eigene Tatbeiträge gezwungen werden dürfen, weil dies – man lese und staune – dem Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung nach Art. 6 Abs. 2 EMRK, Art. 90 Abs. 2 B-VG, § 7 Abs. 2 öStPO widerspreche.<sup>28</sup> Aber der Zwang zur Selbstbelastung entsteht nicht erst durch die Anwendung eines Beugemittels, sondern bereits durch dessen ausdrückliche oder implizite Androhung. Schon im Befehl an den Tatverdächtigen, er habe auszusagen, schwingt die Drohung mit, den Befehl bei Nichtbefolgung mit Beugemitteln durchzusetzen, und in der Ermahnung, wahrheitsgemäß auszusagen, ist die Drohung enthalten, sonst strafrechtlich verfolgt zu werden. Im Übrigen schreibt das Gesetz seit BGBl. I 2014/71 vor, dass Verdächtige, auch wenn

nicht förmlich gegen sie ermittelt wird, wie Beschuldigte zu behandeln sind (§ 48 Abs. 2 öStPO); und einer Straftat verdächtig bleibt der Verdächtige auch in Verfahren, in denen es nicht um seine, sondern die Verfolgung eines Mit- oder Anschlussstäters geht.<sup>29</sup>

#### V. Resümee

Der Beschuldigte hat das Recht, jederzeit frei darüber zu entscheiden, ob er aussagen oder schweigen will; er darf nicht durch Zwangsmittel, Drohungen oder Versprechungen zu Äußerungen genötigt oder bewogen werden. § 7 öStPO formuliert diese Grundsätze im Anschluss an das Recht auf Verteidigerbeistand, und zwar aus gutem Grund: Der Beistand eines Verteidigers ermöglicht dem Beschuldigten die wirksame Ausübung seiner Rechte und die Abwehr unzulässiger Eingriffe in seine Rechtsposition. Das zeigt sich besonders bei der Vernehmung durch Organe der Polizei (siehe I.). Das Gesetz verlangt demgemäß die Belehrung des Beschuldigten über seine Rechte bei der Vernehmung (§ 164 Abs. 1 öStPO). Der Beschuldigte hat unter anderem das Recht, den Verteidiger der Vernehmung beizuziehen, aber dieser darf sich an der Vernehmung „auf keine Weise beteiligen“, sich auch nicht über die Beantwortung einzelner Fragen mit dem Beschuldigten beraten (§ 164 Abs. 2 öStPO). Eine solche „Beziehung“ des Verteidigers ist kein effektiver Beistand und darum aus grund- und europarechtlicher Sicht nicht ausreichend (siehe II.).

Das österreichische Recht statuiert ein Beweisverbot für Aussagen, die auf eine unzulässige Einwirkung auf die Willensentschließung oder Willensfreiheit oder auf verbotene Vernehmungsmethoden zurückgehen. Allerdings steht dieses Verbot unter dem Vorbehalt, dass fundamentale Verfahrensgrundsätze verletzt worden sind und der Ausschluss des Beweismittels „zur Wiedergutmachung dieser Verletzung unerlässlich ist“ (§ 166 Abs. 1 Nr. 2 öStPO). Dies ermöglicht nach h.M. eine Abwägung im Einzelfall auf der Grundlage sehr vager Kriterien. Das führt zu einer bedenklichen Relativierung des Beweisverbots (siehe III.).

Zeugen dürfen bei Selbstbelastungsgefahr die Aussage verweigern (§ 157 Abs. 1 öStPO). Nach der Judikatur gilt das Entschlagungsrecht für Verdächtige, die in einem anderen Verfahren als Zeugen auch über eigene Tatbeiträge befragt werden sollen, aber nur eingeschränkt: Der Verdächtige darf im eigenen Verfahren nicht schon gestanden haben; bei rechtskräftigem Schuldspruch im eigenen Verfahren muss er auch über bisher geleugnete Tatbeiträge wahrheitsgemäß aussagen. Der OGH verbietet nur die Anwendung von Beugemitteln, nimmt es aber hin, dass Verdächtige bzw. Verurteilte für unwahre Aussagen über eigene Tatbeiträge (z.B. wahrheitswidriges Leugnen) wegen falscher Beweisaussage bestraft werden. Diese Rechtsprechung steht im Widerspruch zum nomen-tenetur-Grundsatz und lässt zudem das Gebot (§ 48 Abs. 2 öStPO) außer Acht, dass Verdächtige auch in Verfahren, in denen nicht förmlich gegen sie ermittelt wird, bei Befragungen wie Beschuldigte zu behandeln sind (siehe IV.).

<sup>24</sup> *Venier* (Fn. 8), § 166 Rn. 3.

<sup>25</sup> OGH, Entsch. v. 12.7.1994 – 14 Os 82/94 = EvBl 1994/138; verteidigt von *Ratz*, JBl 2000, 291 (298 ff.), und geteilt von den Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage (EBRV), 25 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates (BlgNR), 22. Gesetzgebungsperiode (GP), S. 203 f.

<sup>26</sup> So *Ratz*, JBl 2000, 291 (298).

<sup>27</sup> Nachweise in Fn. 25.

<sup>28</sup> OGH, Entsch. v. 24.5.2016 – 11 Os 51/16h.

<sup>29</sup> *Venier*, in: Dietrich/Glaser/Kert/Tipold (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Brandstetter, 2022, S. 405 (407 ff.).

Mit der Richtlinie (EU) 2016/343 wurde der nemo-tenetur-Grundsatz im Unionsrecht erstmals ausdrücklich positiviert. Seitdem tritt er in seiner sekundärrechtlichen Manifestation in eine vielgestaltige Wechselwirkung mit dem (insbesondere in Art. 47 und 48 GRCh verankerten) primärrechtlichen nemo-tenetur-Grundsatz. Hieraus ergeben sich Fragen auf Ebene des persönlichen und sachlichen Anwendungsbereichs, namentlich zum Verhältnis des im Wettbewerbsrecht entwickelten (beschränkten) Schweigerechts für juristische Personen zum nemo-tenetur-Schutz für natürliche Personen. Das DB v. Consob-Urteil<sup>1</sup> hat hier wichtige Klärungen gebracht, suggeriert aber auch eine problematische prinzipielle Zweigleisigkeit des nemo-tenetur-Schutzes für natürliche und juristische Personen.

## I. Einleitung

Will man sich dem nemo-tenetur-Grundsatz<sup>2</sup> aus unionsrechtlicher Sicht nähern, ist die Richtlinie (EU) 2016/343<sup>3</sup> ein guter Ausgangspunkt dafür, und zwar zumindest in zweifacher Hinsicht: Zum einen gibt es nirgends im Unionsrecht eine so eindeutige inhaltliche Anknüpfung an den Grundsatz wie in der genannten Richtlinie. Denn ihr Art. 7 widmet sich ausdrücklich dem „Recht, die Aussage zu verweigern, und [dem] Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen“.<sup>4</sup> Das macht in inhaltlicher Hinsicht deutlich, dass das Unionsrecht beide klassischen Erscheinungsformen des nemo-tenetur-Grundsatzes gleichermaßen ernst nimmt: das Aussageverweigerungsrecht und das Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung.<sup>5</sup>

Zum anderen macht die Richtlinie die systematische Verortung des nemo-tenetur-Grundsatzes im Unionsrecht deutlich. Sie dient nämlich der „Stärkung bestimmter Aspekte der Unschuldsvermutung“<sup>6</sup> und verweist diesbezüglich ausdrücklich<sup>7</sup> auf Art. 47 und 48 GRCh sowie in weiterer Folge auf Art. 6 EMRK,<sup>8</sup> Art. 14 IPbPr sowie Art. 11 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte.

Vor diesem Hintergrund sollen im Folgenden vier Überlegungen zum nemo-tenetur-Grundsatz aus spezifisch unionsrechtlicher Sicht angestellt werden. Diese betreffen (II.) die Verschränkung von primärrechtlichen und sekundärrechtlichen Vorgaben in diesem Bereich, (III.) den persönlichen Anwendungsbereich des nemo-tenetur-Grundsatzes, (IV.) seinen sachlichen Anwendungsbereich sowie (V.) seine Reichweite, namentlich im Hinblick auf die Zulässigkeit, Schlussfolgerungen aus dem Schweigen des Beschuldigten zu ziehen.

## II. Verschränkung von Primärrecht und Sekundärrecht

Der nemo-tenetur-Grundsatz ist zwar, wie erwähnt, im Sekundärrecht explizit verankert, aber nirgendwo im Primärrecht. Das ist soweit noch kein aufregender Befund, denn das gilt auch für das deutsche,<sup>9</sup> österreichische,<sup>10</sup> schweizerische<sup>11</sup> oder liechtensteinische<sup>12</sup> Verfassungsrecht.<sup>13</sup> Auch Art. 6 EMRK formuliert den nemo-tenetur-Grundsatz nicht ausdrücklich. Und doch hat der EGMR aus dieser Vorschrift das Aussageverweigerungsrecht und das Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung abgeleitet. Die einschlägige Judikatur beginnt 1993

<sup>9</sup> Vgl. den Beitrag von Hong, ZfIStw 3/2023, 143, in dieser Ausgabe.

<sup>10</sup> Vgl. Müller, EuGRZ 2002, 546 (547), sowie den Beitrag von Bezemek, ZfIStw 3/2023, 132, in dieser Ausgabe.

<sup>11</sup> Vgl. Lieber, in: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlens (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Bd. 1, 3. Aufl. 2014, Art. 113 Rn. 5 f.; Bundesgericht, Urt. v. 14.3.2001 – 8G.55/2000, E. 3. = Die Praxis 90 (2001) Nr. 94; Bommer/Goldschmid, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 133 (1997), 354 (346); Bussjäger, Liechtensteinische Juristenzeitung 2008, 43 (45); Teichmann/Galliker, Liechtensteinische Juristenzeitung 2020, 190 (192).

<sup>12</sup> Vgl. Bussjäger, Liechtensteinische Juristenzeitung 2008, 43 (44); Teichmann/Galliker, Liechtensteinischen Juristenzeitung 2020, 190 (194).

<sup>13</sup> Siehe dagegen als klassisches Beispiel für die ausdrückliche verfassungsrechtliche Verankerung den fünften Verfassungszusatz (Amendment V [1791]) der US-Verfassung: „no person [...] shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself“; vgl. auch Art. 20 Abs. 3 der indischen Verfassung: „No person accused of any offence shall be compelled to be a witness against himself“; Art. 11 lit. c der kanadischen Charta der Rechte und Freiheiten: „Any person charged with an offence has the right [...] not to be compelled to be a witness in proceedings against that person in respect of the offence“; Art. 25 lit. d des neuseeländischen Bill of Rights Act 1990: „Everyone who is charged with an offence has, in relation to the determination of the charge, the following minimum rights: [...] (d) the right not to be compelled to be a witness or to confess guilt“. Vgl. in diesem Zusammenhang auch im internationalen Menschenrechtsschutz Art. 14 Abs. 3 lit. g IPbPr: „not to be compelled to testify against himself or to confess guilt“.

<sup>1</sup> EuGH, Urt. v. 2.2.2021 – C-481/19 (DB v. Consob).

<sup>2</sup> Vgl. bereits im 14. Jahrhundert Baldus, Kommentar 1 secundo zum Codex Iustinianus 2,1,4: „nemo tenetur armare adversarium contra se“; dazu Schlosser, JZ 1991, 599; Müller, EuGRZ 2002, 546; vgl. etwa auch Langbein, Michigan Law Review 92 (1994), 1047.

<sup>3</sup> Richtlinie (EU) 2016/343 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 9.3.2016 über die Stärkung bestimmter Aspekte der Unschuldsvermutung und des Rechts auf Anwesenheit in der Verhandlung in Strafverfahren, ABl. EU 2016 L Nr. 65/1.

<sup>4</sup> So die Überschrift des Art. 7 der Richtlinie (EU) 2016/343.

<sup>5</sup> So auch Richtlinie (EU) 2016/343 Art. 7 Abs. 1 und 2.

<sup>6</sup> Richtlinie (EU) 2016/343, Erwägungsgrund 9 sowie Art. 1 der Richtlinie (EU) 2016/343.

<sup>7</sup> Vgl. Richtlinie (EU) 2016/343, Erwägungsgrund 1.

<sup>8</sup> Siehe unten II.

mit dem Funke-Urteil<sup>14</sup> und setzte mit Urteilen wie Murray<sup>15</sup> und Saunders<sup>16</sup> fort. Dabei stützte sich der Gerichtshof sowohl auf Art. 6 Abs. 1 EMRK (faïres Verfahren) als auch Art. 6 Abs. 2 EMRK (Unschuldsvormutung).<sup>17</sup>

Bei Schaffung der Grundrechtecharta der EU im Jahr 2000 wurde ähnlich verfahren. Man sah im Grundrechtekonvent<sup>18</sup> letztlich keine Notwendigkeit, den nemo-tenetur-Grundsatz explizit zu verankern, sondern orientierte sich an Art. 6 Abs. 1 und 2 EMRK, zu denen es ja mittlerweile schon eine etablierte Rechtsprechung gab.<sup>19</sup> So schien klar, dass der nemo-tenetur-Grundsatz in der Garantie eines fairen Verfahrens und in der Unschuldsvormutung enthalten ist, wie sie in Art. 47 und 48 GRCh normiert sind.<sup>20</sup> In diesem Sinne stellen

<sup>14</sup> EGMR, Urt. v. 25.2.1993 – 10828/84 (Funke v. Frankreich), Rn. 44, bereits hier mit beiden Erscheinungsformen des Grundsatzes: „to remain silent and not to contribute to incriminating himself“.

<sup>15</sup> EGMR, Urt. v. 8.2.1996 – 18731/91 (John Murray v. Vereinigtes Königreich), Rn. 45.

<sup>16</sup> EGMR, Urt. v. 17.12.1996 – 19187/91 (Saunders v. Vereinigtes Königreich), Rn. 68.

<sup>17</sup> In EGMR, Urt. v. 25.2.1993 – 10828/84 (Funke v. Frankreich), Rn. 44, sprach der EGMR ausdrücklich Art. 6 Abs. 1 EMRK an, während er den Bezug in EGMR, Urt. v. 8.2.1996 – 18731/91 (John Murray v. Vereinigtes Königreich), Rn. 45, offen ließ: „Although not specifically mentioned in Article 6 of the Convention, there can be no doubt that the right to remain silent under police questioning and the privilege against self-incrimination are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6.“, freilich mit Bezug auf „fair procedure“ und einem Hinweis auf EGMR, Urt. v. 25.2.1993 – 10828/84 (Funke v. Frankreich), Rn. 44. In EGMR, Urt. v. 17.12.1996 – 19187/91 (Saunders v. Vereinigtes Königreich), Rn. 68, zitiert der Gerichtshof zunächst EGMR, Urt. v. 8.2.1996 – 18731/91 (John Murray v. Vereinigtes Königreich), Rn. 45, ergänzt sodann aber: „The right not to incriminate oneself, in particular, presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused. In this sense the right is closely linked to the presumption of innocence contained in Article 6 para. 2 of the Convention.“ Der EGMR hat in der Folge keine klare Positionierung in dieser Frage entwickelt, sondern die Frage nach der genauen Verortung innerhalb Art. 6 EMRK offengelassen; vgl. Berger, Columbia Journal of European Law 12 (2006), 339 (344 f.).

<sup>18</sup> Vgl. Coghlan/Steiert, The Charter of Fundamental Rights of the European Union: The travaux préparatoires and selected documents, 2021, S. 863 ff.

<sup>19</sup> Siehe die Nachweise in Fn. 14–16.

<sup>20</sup> Vgl. Voet van Vormizeelle, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, GRC Art. 48 Rn. 9; Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar, 3. Aufl. 2016, Art. 48 Rn. 27; Esser/Kubiciel, in: Meyer/Hölscheidt (Hrsg.), Charta der Grund-

rechte der Europäischen Union, Kommentar, 5. Aufl. 2019, Art. 48 Rn. 12; Nehl, in: Peers/Hervey/Kenner/Ward (Hrsg.), The EU Charter of Fundamental Rights, A Commentary, 2. Aufl. 2022, Art. 48 Rn. 48.42A ff.; nunmehr klargestellt durch EuGH, Urt. v. 2.2.2021 – C-481/19 (DB v. Consob), Rn. 1, 37.

die autoritativen Erläuterungen zur GRCh ausdrücklich die Verbindung zu Art. 6 Abs. 1 und 2 EMRK her.<sup>21</sup> Überdies ist der nemo-tenetur-Grundsatz i.S.d. Art. 6 EMRK wegen Art. 52 Abs. 3 GRCh auch für das Unionsrecht relevant. Denn zufolge dieser Mindestniveausicherungsklausel haben Chartagarantien zumindest „die gleiche Bedeutung und Tragweite“ wie entsprechende EMRK-Rechte (einschließlich der einschlägigen EGMR-Rechtsprechung<sup>22</sup>). Auch wenn es Hinweise gibt, den unionsrechtlichen nemo-tenetur-Grundsatz vorrangig in Art. 48 GRCh zu verorten,<sup>23</sup> und vor allem Erwägungsgrund 24 der Richtlinie (EU) 2016/343 in diese Richtung weist,<sup>24</sup> ist – wie sich auch aus der EGMR-Judikatur ergibt<sup>25</sup> – eine Anknüpfung an beide Chartavorschriften angezeigt, wie der EuGH unlängst klargestellt hat.<sup>26</sup>

Die Geschichte des nemo-tenetur-Grundsatzes im Unionsrecht geht also weiter zurück als die Richtlinie von 2016. Diese Geschichte ist darüber hinaus noch älter als die GRCh und beginnt sogar noch vor dem Funke-Urteil des EGMR von 1993. Denn 1989 entschied der EuGH im Orkem-Fall, dass „die Kommission durch eine Entscheidung, mit der Auskünfte angefordert werden, nicht die Verteidigungsrechte des Unternehmens beeinträchtigen [darf]“. <sup>27</sup> Insbesondere „darf die Kommission dem Unternehmen nicht die Verpflichtung auferlegen, Antworten zu erteilen, durch die es das Vorliegen einer Zuwiderhandlung eingestehen müsste, für die die

rechte der Europäischen Union, Kommentar, 5. Aufl. 2019, Art. 48 Rn. 12; Nehl, in: Peers/Hervey/Kenner/Ward (Hrsg.), The EU Charter of Fundamental Rights, A Commentary, 2. Aufl. 2022, Art. 48 Rn. 48.42A ff.; nunmehr klargestellt durch EuGH, Urt. v. 2.2.2021 – C-481/19 (DB v. Consob), Rn. 1, 37.

<sup>21</sup> Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. EU 2007 Nr. C 303/17, Art. 47 Rn. 4 f. und Art. 48.

<sup>22</sup> Vgl. Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. EU 2007 Nr. C 303/17, Art. 52 Rn. 3. Dies praktiziert der EuGH mit Bezug auf den nemo-tenetur-Grundsatz ausdrücklich; vgl. EuGH, Urt. v. 2.2.2021 – C-481/19 (DB v. Consob), Rn. 37–40.

<sup>23</sup> Vgl. EuGH, Schlussantrag der Generalanwältin Kokott v. 1.7.2010 – C-205/09 (Staatsanwaltschaft v. Eredics und Sapi), Rn. 59, sowie die in Fn. 20 angeführten Literaturquellen, die den nemo-tenetur-Grundsatz in erster Linie im Zusammenhang mit Art. 48 GRCh erörtern; vgl. auch jüngst, wenngleich in etwas anderem Zusammenhang, EuGH, Urt. v. 10.11.2022 – C-203/21 (DELTA STROY 2003), Rn. 59.

<sup>24</sup> „Das Aussageverweigerungsrecht ist ein wichtiger Aspekt der Unschuldsvormutung und sollte vor Selbstbelastung schützen.“

<sup>25</sup> Siehe die Nachweise in Fn. 17.

<sup>26</sup> EuGH, Urt. v. 2.2.2021 – C-481/19 (DB v. Consob), Rn. 37; ähnlich Esser/Kubiciel (Fn. 20), GRC Art. 48 Rn. 12; Jarass (Fn. 20), GRC Art. 48 Rn. 27.

<sup>27</sup> EuGH, Urt. v. 18.10.1989 – 374/87 (Orkem v. Kommission), Rn. 34.

Kommission den Beweis zu erbringen hat.<sup>28</sup> Mit dem Orkem-Urteil hat der EuGH also bereits 1989 den nemo-tenetur-Grundsatz als Teil des Unionsrechts anerkannt,<sup>29</sup> und zwar als allgemeinen (oder, wie der Gerichtshof auch sagt, „fundamentalen“<sup>30</sup>) Grundsatz des Gemeinschaftsrechts,<sup>31</sup> mithin als Teil des (ungeschriebenen) Primärrechts.<sup>32</sup>

Das Profil des unionsrechtlichen nemo-tenetur-Grundsatzes ist in zweifacher Hinsicht bemerkenswert. Erstens wurde er nicht im Bereich des Strafrechts entwickelt. Das ist freilich bei näherem Besehen nicht überraschend. Denn die ersten echten Zuständigkeiten der EU im strafrechtlichen Bereich wurden erst ab den 1990er Jahren geschaffen.<sup>33</sup> Vielmehr hat der EuGH den nemo-tenetur-Grundsatz – oder die unionsrechtliche Version davon – im Rahmen des Wettbewerbsrechts entwickelt. Die Kommission hatte vom französischen Chemieunternehmen Orkem in einer kartellrechtlichen Untersuchung im Thermoplastbereich unter Zwangsandrohung Auskünfte verlangt, die das Unternehmen dazu brachten, einen Verstoß gegen (den heutigen) Art. 101 AEUV einzugestehen.<sup>34</sup> Es ging hier also nicht um ein gerichtliches Strafverfahren.

Zweitens ist erwähnenswert, dass Träger des Auskunftsverweigerungsrechts nicht eine natürliche, sondern eine juristische Person ist. In seiner Herleitung des allgemeinen Rechtsgrundsatzes stellt der EuGH nämlich fest, dass der nemo-tenetur-Grundsatz, soweit er in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen verankert ist, „nur natürlichen Personen zu[steht], die im Rahmen eines Strafverfahrens einer Straftat beschuldigt werden“.<sup>35</sup> Darüber hinaus anerkennt der EuGH,

dass sich Unternehmen auf Art. 6 EMRK berufen können; für die damalige Zeit gab es aber noch keine einschlägige Rechtsprechung des Straßburger Gerichtshofes zum nemo-tenetur-Grundsatz.<sup>36</sup> Vor diesem Hintergrund entschied der EuGH, juristischen Personen im Wettbewerbsrecht unter gewissen Voraussetzungen ein Aussageverweigerungsrecht zuzugestehen und dieses nicht aus einer bestimmten Vorschrift, sondern allgemein aus dem „Erfordernis der Wahrung der Rechte der Verteidigung“<sup>37</sup> abzuleiten.

Die weitere Entwicklung hat den nemo-tenetur-Grundsatz des Unionsrechts sodann wieder stärker in Richtung seiner traditionellen Ausprägung geführt. Fluchtpunkt dieser Entwicklung ist die Richtlinie (EU) 2016/343. Sie gilt ihrem Art. 2 zufolge (nur) für „natürliche Personen, die Verdächtige oder beschuldigte Personen in Strafverfahren sind“. Das bedeutet einerseits, dass juristische Personen vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen sind.<sup>38</sup> Andererseits gilt die Richtlinie lediglich für Strafverfahren. Nach dem Erwägungsgrund 11 der Richtlinie sind demnach insbesondere verwaltungsrechtliche Verfahren nicht erfasst, und zwar auch dann, wenn diese zur Verhängung von Sanktionen führen können, wie bei Verfahren betreffend Wettbewerb, Finanzdienstleistungen, Straßenverkehr oder Steuern.<sup>39</sup>

Diese Einschränkungen auf sekundärrechtlicher Ebene sind keineswegs überraschend. Denn Rechtsgrundlage für die Richtlinie (EU) 2016/343 ist Art. 82 Abs. 2 lit. b AEUV, also die Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen.<sup>40</sup> Das darf freilich nicht vergessen machen, dass es daneben und darüber hinaus den primärrechtlichen – in Art. 47 und 48 GRCh verankerten<sup>41</sup> – nemo-tenetur-Grundsatz gibt. Dieser ist in seinem persönlichen<sup>42</sup> und sachlichen Anwendungsbereich weiter als seine sekundärrechtliche Ausprägung in der Richtlinie (EU) 2016/343. Und er bleibt auch bei Schaffung von einschlägigem Sekundärrecht weiterhin relevant, auch und insbesondere im Rahmen der Pflicht zur primärrechtskonformen Interpretation des Sekundärrechts.<sup>43</sup> Insofern ist vor interpretatorischen Engführungen durch den alleinigen Blick auf das Sekundärrecht zu warnen.

### III. Persönlicher Anwendungsbereich

Das komplexe Wechselspiel vom Primärrecht und Sekundärrecht zeigt sich besonders deutlich beim persönlichen Anwendungsbereich des nemo-tenetur-Grundsatzes.

<sup>28</sup> EuGH, Urt. v. 18.10.1989 – 374/87 (Orkem v. Kommission), Rn. 35.

<sup>29</sup> Vgl. dagegen EuGH, Schlussantrag des Generalanwalts Darmon v. 18.5.1989 – 374/87 (Orkem v. Kommission), Rn. 122, 144.

<sup>30</sup> EuGH, Urt. v. 18.10.1989 – 374/87 (Orkem v. Kommission), Rn. 32, mit Verweis auf EuGH, Urt. v. 9.11.1983 – 322/82 (Michelin v. Kommission), Rn. 7 („Erfordernis der Wahrung der Rechte der Verteidigung [...] als fundamentale[r] Grundsatz der Gemeinschaftsrechtsordnung“).

<sup>31</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 18.10.1989 – 374/87 (Orkem v. Kommission), Rn. 28: „... ist zu prüfen, ob und inwieweit gemäß der Auffassung der Klägerin die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, zu denen die Grundrechte gehören und die bei der Auslegung aller gemeinschaftsrechtlichen Regelungen zu beachten sind, die Anerkennung eines Rechts gebieten, keine Informationen zu erteilen, die zum Beweis dafür verwendet werden könnten, daß derjenige, der sie erteilen soll, gegen die Wettbewerbsregeln verstoßen hat.“

<sup>32</sup> Vgl. nunmehr Art. 6 Abs. 3 EUV; vgl. *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 7. Aufl. 2021, § 6 Rn. 4, § 15 Rn. 3.

<sup>33</sup> Vgl. etwa *Breitenmoser/Weyeneth*, Europarecht: Unter Einbezug des Verhältnis Schweiz-EU, 4. Aufl. 2020, Rn. 1403, 1409.

<sup>34</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 18.10.1989 – 374/87 (Orkem v. Kommission), Rn. 41.

<sup>35</sup> EuGH, Urt. v. 18.10.1989 – 374/87 (Orkem v. Kommission), Rn. 29.

<sup>36</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 18.10.1989 – 374/87 (Orkem v. Kommission), Rn. 30.

<sup>37</sup> EuGH, Urt. v. 18.10.1989 – 374/87 (Orkem v. Kommission), Rn. 32.

<sup>38</sup> Vgl. auch Richtlinie (EU) 2016/343, Erwägungsgrund 14.

<sup>39</sup> Siehe hierzu unten IV.

<sup>40</sup> Vgl. Bezugsvermerk der Richtlinie (EU) 2016/343.

<sup>41</sup> Siehe oben bei Fn. 20.

<sup>42</sup> Vgl. dazu auch EuGH, Urt. v. 10.11.2022 – C-203/21 (DELTA STROY 2003), Rn. 59, wonach der Grundsatz der Unschuldsvermutung und die Verteidigungsrechte juristischen Personen durch Art. 48 GRCh garantiert werden.

<sup>43</sup> Vgl. *Schroeder* (Fn. 32), § 6 Rn. 7.

Angesichts des Orkem-Urteils war von Anfang an klar, dass der Grundsatz im Unionsrecht insbesondere juristische Personen schützt. Das steht in einem gewissen Spannungsverhältnis zur Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen als unio-nalem Politikbereich, der auf natürliche Personen fokussiert.<sup>44</sup> Diese Spannung wird auch in der Richtlinie (EU) 2016/343 manifest. Sie ist, wie erwähnt, ausdrücklich auf natürliche Personen beschränkt.<sup>45</sup> Die Erwägungsgründe rufen aber auch in Erinnerung, dass entsprechende Rechte in der Judikatur von EGMR und EuGH auch in Bezug auf juristische Personen anerkannt sind.<sup>46</sup> Zugleich würden „die aus der Unschuldsumvermutung erwachsenden Rechte nicht in gleicher Weise für juristische Personen wie für natürliche Personen gelten“.<sup>47</sup> Deshalb wäre es „[b]eim derzeitigen Stand der Entwicklung des nationalen Rechts und der Rechtsprechung auf nationaler und auf Unionebene [...] verfrüht, auf Unionebene Rechtsvorschriften über die Unschuldsumvermutung in Bezug auf juristische Personen zu erlassen“.<sup>48</sup>

Wir werden also Zeugen einer grundsätzlichen Paralleli-tät: Sowohl natürliche als auch juristische Personen können sich im Unionsrecht auf den nemo-tenetur-Grundsatz berufen. Diese Paralleli-tät führt indes zu keinem vollständigen Gleichlauf. Dass die Schweigerechte für natürliche und juristische Personen „nicht in gleicher Weise [...] gelten“<sup>49</sup>, hat der EuGH in seinem Urteil vom Februar 2021 (DB v. Consob) deutlich gemacht.<sup>50</sup> Dort hatte sich der Gerichtshof erstmals<sup>51</sup> mit dem nemo-tenetur-Grundsatz in Bezug auf natürliche Personen auseinanderzusetzen, und zwar in einem Fall verwaltungsrechtlicher Sanktionen der italienischen Unternehmens- und Börsenaufsichtsbehörde Consob wegen

der Verweigerung der Zusammenarbeit bei der Aufklärung von Insidergeschäften.<sup>52</sup> Der EuGH leitete diesbezüglich grundrechtsfreundlich<sup>53</sup> in enger Anlehnung an die einschlä-gige EGMR-Rechtsprechung<sup>54</sup> aus Art. 47 und 48 GRCh ein relativ weitgehendes Schweigerecht natürlicher Personen ab.

In Bezug auf seine eigene, mit Orkem begonnene Judika-turlinie zum Schweigerecht juristischer Personen im Wettbe-werbsrecht<sup>55</sup> betrieb der EuGH explizites „distinguishing“, freilich mit recht lapidarer Begründung. Diese betreffe näm-lich „Verfahren, die zur Verhängung von Sanktionen gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen führen kön-nen. Sie kann bei der Festlegung der Tragweite des Rechts, zu schweigen, von natürlichen Personen [...] nicht entspre-chend angewandt werden.“<sup>56</sup>

Weiter lässt sich der EuGH (noch) nicht in die Karten sehen. Die Rechtsprechungen zu den nemo-tenetur-Rechten von natürlichen und juristischen Personen stehen insoweit unvermittelt nebeneinander. Etwas ertragreicher sind die Schlussanträge von Generalanwalt Pikamäe, die die Differenz mit unterschiedlichen rationes legis in Verbindung bringen. Schweigerechte juristischer Personen dienen (lediglich) der Wahrung ihrer Verteidigungsrechte. Demgegenüber verkör-pere der nemo-tenetur-Grundsatz bei natürlichen Personen den Respekt vor der Person und ihrer Entschlussfreiheit.<sup>57</sup> Der

<sup>52</sup> Vgl. EuGH, Ur-t. v. 2.2.2021 – C-481/19 (DB v. Consob), Rn. 14 ff.

<sup>53</sup> Vgl. dazu insbesondere Meyer, NZWiSt 2022, 99 (101 f.).

<sup>54</sup> Vgl. EuGH, Ur-t. v. 2.2.2021 – C-481/19 (DB v. Consob), Rn. 37–40; vgl. in ähnlicher Richtung auch jüngst EuGH, Schlussantrag des Generalanwalts Pikamäe v. 26.1.2023 – C-660/21 (K.B., F.S.), Rn. 31 f.

<sup>55</sup> Vgl. EuGH, Ur-t. v. 18.10.1989 – 374/87 (Orkem v. Kom-mission), Rn. 34 f.; EuGH, Ur-t. v. 29.6.2006 – C-301/04 P (Kommission v. SGL Carbon), Rn. 41 f.; EuGH, Ur-t. v. 25.1.2007 – C-407/04 P (Dalmine v. Kommission), Rn. 34; EuG, Ur-t. v. 20.2.2001 – T-112/98 (Mannesmannröhren-Werke v. Kommission), Rn. 65; vgl. in diesem Zusammen-hang auch die Rechtsprechungsübersicht in EuGH, Schluss-antrag des Generalanwalts Pikamäe v. 27.10.2020 – C-481/19 (DB v. Consob), Rn. 90–93, sowie weiterführend Mickynte, Presumption of Innocence in EU Anti-Cartel Enforcement, 2018; Fink, Wirksamer Schutz der Verteidigungsrechte im EU-Kartellverfahren, 2021, S. 121 ff.

<sup>56</sup> EuGH, Ur-t. v. 2.2.2021 – C-481/19 (DB v. Consob), Rn. 38; vorbereitet durch EuGH, Schlussantrag des Generalanwalts Pikamäe v. 27.10.2020 – C-481/19 (DB v. Consob), Rn. 96; dazu etwa Hancox, The Cambridge Law Journal 80 (2021), 228 (230).

<sup>57</sup> Vgl. EuGH, Schlussantrag des Generalanwalts Pikamäe v. 27.10.2020 – C-481/19 (DB v. Consob), Rn. 99, mit Verweis auf die schriftliche Erklärung der Kommission: „[D]er Respekt vor der Person und ihrer Entschlussfreiheit durch die Verhinderung der Ausübung behördlichen Zwangs auf die Willensbildung dieser Person [steht] im Mittelpunkt der Ziel-setzungen des Auskunftsverweigerungsrechts, so wie der EGMR es prüft.“

<sup>44</sup> Siehe dazu bereits Art. 3 Abs. 2 EUV, der im Zusammen-hang mit dem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (dessen Bestandteil die Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen ja ist; Art. 67 Abs. 3, Art. 82 ff. AEUV) vorran-gig die „Bürgerinnen und Bürger“ in den Blick nimmt.

<sup>45</sup> Vgl. Erwägungsgrund 14 und Art. 2 der Richtlinie (EU) 2016/343.

<sup>46</sup> Vgl. Richtlinie (EU) 2016/343, Erwägungsgrund 14 und insbesondere Erwägungsgrund 15: „Die Unschuldsumvermutung in Bezug auf juristische Personen dürfte durch die bestehen-den rechtlichen Garantien und die bestehende Rechtspre-chung gewährleistet sein; die Entwicklung der Rechtspre-chung wird ausschlaggebend dafür sein, ob die Union tätig werden muss.“

<sup>47</sup> Richtlinie (EU) 2016/343, Erwägungsgrund 13.

<sup>48</sup> Richtlinie (EU) 2016/343, Erwägungsgrund 14.

<sup>49</sup> Richtlinie (EU) 2016/343, Erwägungsgrund 13.

<sup>50</sup> EuGH, Ur-t. v. 2.2.2021 – C-481/19 (DB v. Consob), Rn. 45, 46, 48.

<sup>51</sup> Vgl. EuGH, Schlussantrag des Generalanwalts Pikamäe v. 27.10.2020 – C-481/19 (DB v. Consob), Rn. 96; Lonardo, European Competition Law Review 17 (2021), 707; Hancox, The Cambridge Law Journal 80 (2021), 228; vgl. indes in einem zumindest verwandten Bereich EuGH, Ur-t. v. 26.6.2007 – C-305/05 (Ordre des barreaux francophones et germanophone v. Conseil des ministres).

EGMR verstehe den Grundsatz insoweit als Bestandteil der Menschenwürde.<sup>58</sup> Der Würdegedanke jedoch lasse sich nicht, jedenfalls „nicht ohne Weiteres“ auf juristische Personen übertragen.<sup>59</sup> Das bereite den argumentativen Boden, aus dem „added value“ der Würde ein weitergehendes Schweigerecht für natürliche Personen abzuleiten.

Der nemo-tenetur-Grundsatz wird etwa aus Sicht des deutschen Verfassungsrechts privilegiert in der Würdegarantie des Art. 1 GG verankert.<sup>60</sup> In abgeschwächter Form gilt das auch für die schweizerische Verfassung.<sup>61</sup> Und sogar in Österreich, wo es keine ausdrückliche Würdegarantie in der Verfassung gibt, hat der VfGH<sup>62</sup> dem Anklagegrundsatz in Art. 90 Abs. 2 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG)<sup>63</sup> zumindest ansatzweise einen „Würdedrall“ gegeben. Der Anklageprozess bewirke nämlich, „dass der Beschuldigte nicht Objekt des Verfahrens, sondern Subjekt, also Prozesspartei“<sup>64</sup> sei. Dem „Anklageprinzip in seiner materiellen Bedeutung“<sup>65</sup> würde „es widerstreiten, den Beschuldigten, sei es durch physischen oder psychischen Zwang, zu einem Geständnis der strafbaren Handlung zu zwingen, denn dies wäre mit der Parteistellung des Beschuldigten unvereinbar“.<sup>66</sup> Damit wird der nemo-tenetur-Grundsatz in einer Weise aufgeladen, die über ein reines Verfahrensrecht hinausgeht.<sup>67</sup>

Mit der Würde-ratio des Schweigerechts ist jedoch im Bereich des überstaatlichen Rechts Vorsicht geboten. Denn die von Generalanwalt Pikamäe in Anspruch genommene Würderechtfertigung des EGMR findet sich gar nicht in dessen

Urteilen selbst, sondern lediglich im Sondervotum des Richters Martens im Fall „Saunders v. UK“.<sup>68</sup> Der EGMR selbst nennt als ratio lediglich, „Fehlurteile zu vermeiden und das von Art. 6 der Konvention angestrebte Ergebnis zu garantieren“ (Murray v. UK),<sup>69</sup> und zu vermeiden, dass es „durch Methoden des Zwangs oder des Drucks [zu einer] Missachtung des Willens des Beschuldigten“ komme (Saunders v. UK).<sup>70</sup> Und auch der EuGH zitiert im DB v. Consob-Urteil lediglich diese EGMR-Passagen<sup>71</sup> und tritt der Würdelogik nicht näher, obschon sie ihm vom Generalanwalt ausdrücklich nahegelegt wurde.

Insofern ist vor einer vorschnellen Übertragung der Würdelogik aus (gewissen) nationalen Kontexten auf die europäische Ebene zu warnen, führt sie doch zu einer (und zwar prinzipiellen) Zweigleisigkeit des Schweigerechts. Die bisher vom EGMR angesprochenen Funktionen des nemo-tenetur-Grundsatzes lassen sich, auch wenn dies der EGMR bislang nicht ausdrücklich getan hat,<sup>72</sup> durchaus auch auf juristische Personen übertragen.<sup>73</sup> Damit bleibt auch die Tür für ein grundsätzlich einheitliches nemo-tenetur-Regime für natürliche und juristische Personen offen.

#### IV. Sachlicher Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich der Richtlinie (EU) 2016/343 erstreckt sich, wie ausgeführt, nur auf Strafverfahren. Eine Legaldefinition von „Strafverfahren“ enthält die Richtlinie freilich nicht, bloß die bereits erwähnte indirekte Einschränkung des Anwendungsbereichs durch den „klarstellenden“ Erwägungsgrund 11.<sup>74</sup> Verwaltungsverfahren mit – auch

<sup>58</sup> Vgl. EuGH, Schlussantrag des Generalanwalts Pikamäe v. 27.10.2020 – C-481/19 (DB v. Consob), Rn. 99.

<sup>59</sup> Vgl. EuGH, Schlussantrag des Generalanwalts Pikamäe v. 27.10.2020 – C-481/19 (DB v. Consob), Rn. 99 a.E.

<sup>60</sup> BVerfGE 55, 144 (150 – Schifffahrtsgentel); BVerfGE 56, 37 (42 – Selbstbezeichnung); BVerfGE 133, 168 (201 – Verständigung im Strafprozess); vgl. weiterführend die Beiträge von *Hong*, ZfIStw 3/2023, 143, *Bock*, ZfIStw 3/2023, 189, und *Brodowski*, ZfIStw 3/2023, 197, jeweils in dieser Ausgabe.

<sup>61</sup> Noch zurückhaltend Bundesgericht, Urte. v. 30.5.2016 – 1B\_249/2015 = BGE 142 IV, 207 E. 8.3.3, 9.5; vgl. aber Bundesgericht, Urte. v. 27.5.2014 – 2C\_776/2013 = BGE 140 II 384, E. 3.3.4; vgl. auch *Teichmann/Galliker*, Liechtensteiner Juristenzeitung 2020, 190 (193); sowie den Beitrag von *Staffler/Jany*, ZfIStw 3/2023, 169, in dieser Ausgabe.

<sup>62</sup> Vgl. weiterführend den Beitrag von *Bezemek*, ZfIStw 3/2023, 132, in dieser Ausgabe.

<sup>63</sup> „Im Strafverfahren gilt der Anklageprozess.“

<sup>64</sup> VfSlg 5235/1966; 5295/1966; vgl. noch grundsätzlicher VfSlg 13.363/1993 (indes nicht im Kontext des nemo tenetur-Grundsatzes), wonach „kein Mensch jemals als bloßes Mittel für welche Zwecke immer betrachtet und behandelt werden“ darf, mit Hinweis auf *Bydlinski*, Fundamentale Rechtsgrundsätze, Zur rechtsethischen Verfassung der Sozietät, 1988, S. 171 ff.

<sup>65</sup> VfSlg 9950/1984.

<sup>66</sup> VfSlg 5235/1966; 5295/1966.

<sup>67</sup> In diese Richtung auch *Müller*, EuGRZ 2002, 546 (547).

<sup>68</sup> EGMR, Urte. v. 17.12.1996 – 19187/91 (Saunders v. Vereinigtes Königreich), Rn. 9 f., Abweichende Meinung Richter Martens (der sich Richter Kuris angeschlossen hat); vgl. dazu auch *Lonardo*, European Competition Law Review 17 (2021), 707 (719); *Meyer*, NZWiSt 2022, 99 (103).

<sup>69</sup> EGMR, Urte. v. 8.2.1996 – 18731/91 (John Murray v. Vereinigtes Königreich), Rn. 45.

<sup>70</sup> EGMR, Urte. v. 17.12.1996 – 19187/91 (Saunders v. Vereinigtes Königreich), Rn. 68.

<sup>71</sup> Vgl. EuGH, Urte. v. 2.2.2021 – C-481/19 (DB v. Consob), Rn. 38 f.

<sup>72</sup> Vgl. EuGH, Schlussantrag des Generalanwalts Pikamäe v. 27.10.2020 – C-481/19 (DB v. Consob), Rn. 97.

<sup>73</sup> Vgl. *Teichmann/Galliker*, Liechtensteiner Juristenzeitung 2020, 190 (195); *Staffler*, Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzstrafrecht 4/2018, 174 (179).

<sup>74</sup> Nach Erwägungsgrund 11 der Richtlinie erfasst diese nur „Strafverfahren im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union [...], unbeschadet der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte“. Insbesondere solle die Richtlinie „nicht für Verfahren nach dem Zivil- oder Verwaltungsrecht, einschließlich wenn Letztere zur Verhängung von Sanktionen führen können, wie etwa Verfahren in den Bereichen Wettbewerb, Handel, Finanzdienstleistungen, Straßenverkehr, Steuern oder Steuerzuschläge, sowie für Ermittlungen von Verwaltungsbehörden im Zusammenhang mit solchen Verfahren gelten“.

schwerwiegenden – Sanktionsdrohungen sind somit von der Richtlinie nicht erfasst, demnach auch nicht die Konstellation, wie sie dem DB v. Consob-Verfahren zugrunde lag, obwohl eine Geldbuße von immerhin 50.000 Euro wegen der Aussageverweigerung in Zusammenhang mit der Aufklärung der Insidergeschäfte verhängt wurde.<sup>75</sup>

Der Ausschluss vom Anwendungsbereich der Richtlinie beeinträchtigt jedoch nicht die Anwendbarkeit der Art. 47 und 48 GRCh. Einmal mehr ist in diesem Zusammenhang vor vorschnellen Übertragungen von Engführungen auf Ebene des Sekundärrechts auf das Primärrecht zu warnen. Der EuGH benutzte just das DB v. Consob-Urteil, um klarzustellen, dass von den nemo-tenetur-Garantien nicht nur Strafverfahren im engen Sinne erfasst sind, sondern auch Verwaltungsverfahren, wenn 1. die im Verfahren erlangten Beweise in einem folgenden Strafverfahren verwendet werden könnten<sup>76</sup> oder 2. das Verwaltungsverfahren selbst zur Verhängung von „Verwaltungssanktionen strafrechtlicher Natur“<sup>77</sup> führen kann. Diese liegen dann vor, wenn die Kriterien nach der Engel-Judikatur des EGMR<sup>78</sup> verwirklicht sind (die sich auch der EuGH zu eigen macht<sup>79</sup>), nämlich 1. die rechtliche Einordnung der Zuwiderhandlung im innerstaatlichen Recht, 2. die Art der Zuwiderhandlung und 3. der Schweregrad der dem Betroffenen drohenden Sanktion. Dabei sind die Kriterien nicht kumulativ, sondern jedes einzelne kann schon für sich genommen die Qualifikation als Sanktion „strafrechtlicher Natur“ bewirken.<sup>80</sup> Im italienischen Anlassfall war aufgrund der repressiven Zielsetzung und des Schweregrads der Verwaltungssanktionen deren strafrechtliche Natur jedenfalls zu bejahen.<sup>81</sup>

Infolgedessen erstreckte der EuGH den vollen Schutz des Art. 6 EMRK, wie er vom EGMR entwickelt wurde, auf natürliche Personen, die sich Sanktionen der genannten Art

<sup>75</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 2.2.2021 – C-481/19 (DB v. Consob), Rn. 15.

<sup>76</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 2.2.2021 – C-481/19 (DB v. Consob), Rn. 44.

<sup>77</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 2.2.2021 – C-481/19 (DB v. Consob), Rn. 42.

<sup>78</sup> EGMR, Urt. v. 8.6.1976 – 5100/71 (Engel v. Niederlande), Rn. 82.

<sup>79</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 2.2.2021 – C-481/19 (DB v. Consob), Rn. 42, mit Hinweis auf EuGH, Urt. v. 20.3.2018 – C-537/16 (Garlsson Real Estate u.a. v. Consob), und EuGH, Urt. v. 20.07.2017 – C-357/16 (Gelvora), Rn. 28.

<sup>80</sup> Vgl. etwa EGMR, Urt. v. 26.11.2006 – 73053/01 (Jussila v. Finnland), Rn. 31.

<sup>81</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 2.2.2021 – C-481/19 (DB v. Consob), Rn. 43, mit Hinweis auf Vorjudikatur; vgl. EuGH, Urt. v. 20.3.2020 – C-596/16, C-597/16 (Di Puma und Zecca), Rn. 38; EuGH, Urt. v. 20.3.2018 – C-537/16 (Garlsson Real Estate u.a. v. Consob), Rn. 34–35, sowie EGMR, Urt. v. 4.3.2014 – 18640/10 (Grande Stevens u.a. v. Italien), Rn. 101; vgl. in diesem Zusammenhang auch EuGH, Schlussantrag des Generalanwalts Pikamäe v. 27.10.2020 – C-481/19 (DB v. Consob), Rn. 53–60, namentlich Fn. 16.

und Intensität gegenübersehen. Das bedeutet, das Schweigerecht erfasst bei ihnen nicht bloß das Eingeständnis von Fehlverhalten oder Bemerkungen, die unmittelbar die befragte Person belasten, sondern erstreckt sich auch auf Informationen über Tatsachenfragen, die später zur Untermauerung der Anklage verwendet werden und sich damit auf die Verurteilung dieser Person oder die gegen sie verhängte Sanktion auswirken können.<sup>82</sup>

Zwar sind auch wettbewerbsrechtliche Verfahren von Art. 47 und 48 GRCh erfasst, die seit der Hebung der GRCh in den Primärrechtsrang durch den Vertrag von Lissabon (Art. 6 Abs. 1 EUV) den schon bestehenden Grundrechtsschutz im Rahmen der allgemeinen Rechtsgrundsätze (Art. 6 Abs. 3 EUV) ergänzen.<sup>83</sup> Durch das explizite „distinguishing“ der Orkem-Rechtsprechung zu den Verteidigungsrechten juristischer Personen im Wettbewerbsrecht<sup>84</sup> bleibt es diesbezüglich aber bei der alten Judikatur, die einen weniger umfangreichen Schutz vorsieht. Demnach darf zwar kein Zwang ausgeübt werden, dass ein Unternehmen das Vorliegen einer Zuwiderhandlung eingesteht. Zugleich bleibt die Kommission aber – um die Effektivität des Wettbewerbsrechts zu gewährleisten – berechtigt, Unternehmen zu verpflichten, alle erforderlichen Tatsachenauskünfte zu erteilen, selbst wenn sie dazu verwendet werden können, den Beweis für ein wettbewerbswidriges Verhalten zu erbringen.<sup>85</sup>

Es wird für den EuGH nicht leicht sein, diese beiden auf Art. 47 und 48 GRCh basierten, jedoch hinsichtlich ihres Schutzzumfangs unterschiedlichen nemo-tenetur-Regime auf Dauer nebeneinander existieren zu lassen.<sup>86</sup> Das bezüglich

<sup>82</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 2.2.2021 – C-481/19 (DB v. Consob), Rn. 40, mit Verweis auf EGMR, Urt. v. 17.12.1996 – 19187/91 (Saunders v. Vereinigtes Königreich), Rn. 71, und EGMR, Urt. v. 19.3.2015 – 7494/11, 7493/11, 7989/11 (Corbet u.a. v. Frankreich), Rn. 34.

<sup>83</sup> Siehe oben II.

<sup>84</sup> Siehe oben bei Fn. 55.

<sup>85</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 18.10.1989 – 374/87 (Orkem v. Kommission), Rn. 34–35; ähnlich Erwägungsgrund 23 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates v. 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln (Kartellverfahrensverordnung): „Unternehmen [...] können nicht gezwungen werden, eine Zuwiderhandlung einzugestehen; sie sind auf jeden Fall aber verpflichtet, Fragen nach Tatsachen zu beantworten und Unterlagen vorzulegen, auch wenn die betreffenden Auskünfte dazu verwendet werden können, den Beweis einer Zuwiderhandlung durch die betreffenden oder andere Unternehmen zu erbringen.“

<sup>86</sup> Meyer, NZWiSt 2022, 99 (102), befürchtet, dass sich in dem zur Abschichtung des Kartellrechts gewählten Begründungsansatz „eine mögliche allgemeine Linie für Verbandsverfahren zur Durchsetzung des Unionsrechts andeutet“; vgl. ebenda, S. 104: „Von einer kartellrechtlichen Sonderrechtsprechung könnte die Orkem-Doktrin damit in nicht allzu ferner Zeit zur unionsweiten Messlatte für Verbandsverfahren

natürlicher Personen ins Treffen geführte Würdeargument wurde bereits hinsichtlich seiner Fähigkeit, eine prinzipielle Unterscheidung zwischen dem Schweigerecht natürlicher und juristischer Personen zu rechtfertigen, relativiert<sup>87</sup> – von den vielfältigen Verbindungen ganz zu schweigen, die im heutigen Wirtschaftsleben zwischen den beiden bestehen, da im Rahmen der Befragung juristischer Personen stets natürliche Personen handeln, die ihrerseits in diesem Zusammenhang persönlich unter Druck kommen können und unter Umständen Sanktionsfolgen gewärtigen müssen.<sup>88</sup> Auch die angeführte Notwendigkeit der Effektivierung des Wettbewerbsrechts kann eine kategorische Unterscheidung nicht tragen, da derartige Überlegungen ja auch in anderen Bereichen greifen müssten, wo es unionale Regulierung von Wirtschaftstätigkeiten zu effektuieren gilt,<sup>89</sup> gerade im Bereich der Kapitalmarktaufsicht, in dem das DB v. Consob-Verfahren spielt.

Vor diesem Hintergrund erweist sich die Etablierung von kategorial getrennten Schutzregimen für natürliche und juristische Personen mit je unterschiedlicher Reichweite als angesichts der gemeinsamen unionsrechtlichen Vorgaben weder überzeugend noch stabil. Vielleicht wird sich das DB v. Consob-Urteil, das sich ja im strengen Sinn nur auf natürliche Personen bezieht und den Umkehrschluss bezüglich juristischer Personen zwar nahelegt, aber nicht erzwingt, insoweit als Zwischenschritt für eine Ausdehnung des Schweigerechts von Unternehmen im Wettbewerbsrecht herausstellen.<sup>90</sup> Freilich hat der EuGH bislang keine wirkliche Bereitschaft erkennen lassen, sich in diese Richtung zu bewegen, sondern in zahlreichen Entscheidungen eher die restriktivere Linie verteidigt. Eine neue Dynamik könnte allerdings entstehen, wenn sich der EGMR einschlägig zur Reichweite des Schweigerechts von juristischen Personen im Rahmen des Art. 6 EMRK äußerte, was bislang nicht geschehen ist. Allerdings hat er schon entschieden, dass wegen Verletzung wettbewerbsrechtlicher Regeln verhängte Bußen in Millionenhöhe nicht bloß administrative Sanktionen, sondern im Sinne der Engel-Rechtsprechung<sup>91</sup> Sanktionen strafrechtlicher Natur darstellen.<sup>92</sup>

---

erhoben werden, da man offenbar bei Unternehmen von einer vergleichbaren Willensbeeinträchtigung ausgeht.“

<sup>87</sup> Siehe oben bei Fn. 72.

<sup>88</sup> Siehe dazu den Beitrag von *Zerbes*, ZfIStw 3/2023, 151, in dieser Ausgabe.

<sup>89</sup> Vgl. *Meyer*, NZWiSt 2022, 99 (106).

<sup>90</sup> So auch *Meyer*, NZWiSt 2022, 99 (105): „Anstatt die Schutzstandards auf einem Niveau einzufrieren, das einer Epoche vor Inkrafttreten der Grundrechtecharta entstammt, wäre eigentlich eine nachträgliche grundrechtliche Ertüchtigung des Kartellverfahrensrechts angezeigt.“

<sup>91</sup> Siehe oben bei und in Fn. 78.

<sup>92</sup> EGMR, Urte. v. 27.9.2011 – 43509/08 (*Menarini Diagnostics v. Italien*), Rn. 42, 44.

## V. Reichweite des nemo-tenetur-Grundsatzes im Unionsrecht

Nur kurz angesprochen werden soll noch die Reichweite des nemo-tenetur-Grundsatzes hinsichtlich nachteiliger Schlussfolgerungen (sog. „adverse inferences“), welche aus dem Schweigen des Beschuldigten gezogen werden.<sup>93</sup> Der EGMR hat ja vielfach festgestellt, dass der nemo-tenetur-Grundsatz nicht absolut gelte. Das Schweigen könne bei der Beurteilung der Überzeugungskraft der Anklagebeweise in Situationen mitberücksichtigt werden, die klar nach einer Erklärung durch den Beschuldigten verlangten. Dabei müsse in einer Gesamtbetrachtung der Umstände darauf Bedacht genommen werden, in welchen Situationen Schlussfolgerungen gezogen werden dürfen, welches Gewicht das Gericht diesen Schlussfolgerungen im Rahmen der Beweiswürdigung zugemessen hat und welches Ausmaß an Zwang der jeweiligen Situation innewohnt.<sup>94</sup>

Art. 7 Abs. 5 der Richtlinie (EU) 2016/343 scheint in seinem Schutzanspruch diesbezüglich weiterzugehen: „Die Wahrnehmung des [Schweigerechts] darf weder gegen [Beschuldigte] verwendet werden noch als Beweis dafür gewertet werden, dass sie die betreffende Straftat begangen haben.“<sup>95</sup> Soll dadurch im Bereich von Strafverfahren, die der Richtlinie unterfallen, ein höherer Schutzstandard geschaffen werden, als ihn EMRK und EGMR verlangen? Sind demnach in den von der Richtlinie erfassten Strafverfahren nachteilige Schlussfolgerungen aus dem Schweigen des Beschuldigten überhaupt unzulässig?

Zweifel gegen diese Lesart nährt indes, abgesehen von Art. 7 Abs. 4 der Richtlinie, wonach die Mitgliedstaaten „es ihren Justizbehörden gestatten [können], kooperatives Verhalten von Verdächtigen und beschuldigten Personen bei der Verurteilung zu berücksichtigen“,<sup>96</sup> vor allem Erwägungsgrund 28 der Richtlinie, demzufolge „nationale Vorschriften über die Beweiswürdigung durch Gerichte oder Richter davon unberührt bleiben [sollten], soweit die Verteidigungsrechte gewahrt werden“. Erwägungsgründe sind nicht lediglich eine dem operativen Teil von Sekundärrechtsakten vorangestellte „Präambel“, sondern werden in Erfüllung der in Art. 296 Abs. 2 AEUV statuierten Begründungspflicht für Unions-

---

<sup>93</sup> Siehe dazu weiterführend den Beitrag von *Bock*, ZfIStw 3/2023, 189, in dieser Ausgabe.

<sup>94</sup> Vgl. EGMR, Urte. v. 8.2.1996 – 18731/91 (*John Murray v. Vereinigtes Königreich*), Rn. 47; EGMR, Urte. v. 2.5.2000 – 35718/97 (*Condron v. Vereinigtes Königreich*), Rn. 56; EGMR, Urte. v. 21.12.2000 – 34720/97 (*Heaney and McGuinness v. Irland*), Rn. 47; EGMR, Urte. v. 8.4.2004 – 38544/97 (*Weh v. Österreich*), Rn. 46; vgl. *Safferling/Hartwig*, ZIS 2009, 784 (787 f.).

<sup>95</sup> Ähnlich auch Erwägungsgrund 28 der Richtlinie (EU) 2016/343.

<sup>96</sup> Kritisch dazu *Caianiello*, Right to Remain Silent and not to Incriminate Oneself in the European Union System, 2020, S. 15, abrufbar unter [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3743329](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3743329) (19.5.2023).

rechtsakte formuliert. Den Erwägungsgründen kommt bei der Auslegung des Unionsrechts daher erhebliche Bedeutung zu, wie auch die Rechtsprechung anerkennt.<sup>97</sup>

Dies spricht eher dafür, dass es auch im Rahmen der Richtlinie beim vom EGMR entwickelten Schutzstandard bleiben soll.<sup>98</sup>

Diese Auslegung ist auch mit der Mindestniveausicherungsklausel des Art. 52 Abs. 3 GRCh vereinbar, da diese ja nur die Unterschreitung des EMRK-/EGMR-Schutzniveaus verbietet.<sup>99</sup> Zugleich ist Kritik an der gewählten Gesetzgebungstechnik angebracht, wenn diese auch für das Unionsrecht nicht unüblich ist. Die Richtlinie (EU) 2016/343 ist Produkt eines politischen Kompromisses.<sup>100</sup> Ein beliebtes Instrument dabei ist, strittige Punkte vom operativen Teil in die (weniger kontroversen) Erwägungsgründe zu verschieben. Das mag der Konsensfindung zuträglich sein, nicht aber der Rechtssicherheit, was in einem so grundrechtssensiblen Bereich wie dem Strafrecht besonders schwer wiegt.

Man kann sich – grundrechtsfreundlich – auf den Standpunkt stellen, dass der Schutz der Beschuldigtenrechte im Anwendungsbereich der Richtlinie über das EMRK-Niveau hinausgeht. Dann sind überhaupt keine nachteiligen Schlussfolgerungen aus dem Schweigen des Beschuldigten zulässig.<sup>101</sup> Für die Konstellation in *DB v. Consob* – also im Bereich der Verwaltungssanktionen strafrechtlicher Natur und daher jenseits des Anwendungsbereichs der Richtlinie<sup>102</sup> – würde dies bedeuten, dass der durch Art. 47 und 48 GRCh vermittelte nemo-tenetur-Schutz, da mit dem EMRK-Niveau gedeckelt, schwächer ist und „adverse inferences“ im oben genannten Umfang zulassen würde. Und als dritte Gruppe käme dann der noch weiter reduzierte nemo-tenetur-Schutz für juristische Personen im Wettbewerbsrecht hinzu, wo zwar kein Zwang ausgeübt werden darf, damit ein Unternehmen eine Zuwiderhandlung eingesteht, aber das Unternehmen doch – als positiven Akt – erforderliche Tatsachenauskünfte zu erteilen hat, selbst wenn sie dazu verwendet werden können, den Beweis für ein wettbewerbswidriges Verhalten zu erbringen. Wir hätten es dann im Unionsrecht mit drei Schweigerechtsregimen – Fälle von natürlichen Personen im Anwendungsbereich der Richtlinie (EU) 2016/343, Fälle von natürlichen Personen jenseits des Anwendungsbereichs der Richtlinie, aber geschützt durch Art. 47 und 48 GRCh und schließlich die Fälle juristischer Personen – mit jeweils unterschiedlichem

Schutzumfang zu tun, was nur schwerlich zu überzeugen vermag.

Unabhängig davon, ob man im Zusammenspiel von Primär- und Sekundärrecht von zwei oder gar drei Schweigerechtsregimen im Unionsrecht ausgeht, droht die Rechtslage hinsichtlich des nemo-tenetur-Grundsatzes im Unionsrecht zunehmend unübersichtlich zu werden. Das *DB v. Consob*-Urteil der Großen Kammer hat eine zu begrüßende Klärung des Schutzzumfangs hinsichtlich natürlicher Personen auf Basis von Art. 47 und 48 GRCh gebracht. Gleichzeitig hat sie die Frage des Verhältnisses dieser Rechtsprechung zur langjährigen Judikatur zum Schweigerecht im Wettbewerbsrecht ausdrücklich offengelassen. Dies verlangt nach weiterer Klärung durch die Rechtsprechung und/oder nach Reform durch den Unionsgesetzgeber.

## VI. Fazit

Mit der Richtlinie (EU) 2016/343 wurde der nemo-tenetur-Grundsatz im Unionsrecht erstmals ausdrücklich positiviert, freilich beschränkt auf natürliche Personen. Seitdem tritt er in eine vielgestaltige Wechselwirkung mit dem als allgemeinem Rechtsgrundsatz des Unionsrechts schon seit langem anerkannten – und durch Art. 47 und 48 GRCh zusätzlich abgesicherten – primärrechtlichen nemo-tenetur-Grundsatz. Dieser gilt grundsätzlich sowohl für natürliche als auch juristische Personen, ja wurde im Kontext des Wettbewerbsrechts just für letztere entwickelt.

Wie der EuGH im *DB v. Consob*-Urteil klargestellt hat, bilden – ganz im Sinne von Art. 52 Abs. 3 GRCh – Art. 6 EMRK und die dazu ergangene EGMR-Rechtsprechung den Mindeststandard für den (jedenfalls natürlichen Personen) nach Art. 47 und 48 GRCh garantierten nemo-tenetur-Schutz. Damit setzt der Luxemburger Gerichtshof im Spannungsfeld von Grundrechtsschutz und Sicherung der Effektivität des Unionsrechts (wohl nicht unbewusst) einen deutlich anderen Akzent als in (jedenfalls den Anfängen) der *Taricco*-Saga,<sup>103</sup> in der die Corte costituzionale, die in *DB v. Consob* als Vorlagegericht fungierte, ja bereits prominent involviert war.<sup>104</sup> In Sachen Dialog der Grundrechtsgerichte ist dies als erfreuliche Entwicklung zu vermerken. Der EuGH wird noch Gelegenheit bekommen zu demonstrieren, ob er diese grundrechtsfreundliche Tendenz fortsetzt, wenn es um die Frage geht, ob und inwieweit die Richtlinie (EU) 2016/343 einen über das Primärrecht hinausgehenden Schutz garantiert, etwa bei nachteiligen Schlussfolgerungen aus dem Schweigen des Beschuldigten. Hier wird man gut beraten sein, keine allzu hohen Erwartungen zu entwickeln.

Die Hauptherausforderung liegt aber bei der durch das *DB v. Consob*-Urteil wenn nicht herbeigeführten, so doch suggerierten prinzipiellen Zweigleisigkeit des nemo-tenetur-Schutzes von natürlichen und juristischen Personen. Durch das im Urteil vorgenommene „distinguishing“ bleibt es im

<sup>97</sup> Vgl. statt aller *Gumpp*, Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft 2022, 446 (448, 452) m.w.N.

<sup>98</sup> Diesbezüglich unklar der Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/343 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 9.3.2016 über die Stärkung bestimmter Aspekte der Unschuldsvermutung und des Rechts auf Anwesenheit in der Verhandlung in Strafverfahren, KOM (2021) 144, endg., S. 8.

<sup>99</sup> Siehe bereits oben II.

<sup>100</sup> Vgl. etwa *Caianiello* (Fn. 96), S. 11.

<sup>101</sup> So *Caianiello* (Fn. 96), S. 15.

<sup>102</sup> Siehe oben bei Fn. 72.

<sup>103</sup> EuGH, Urt. v. 8.9.2015 – C-105/14 (*Taricco* u.a.).

<sup>104</sup> Corte costituzionale (italienischer Verfassungsgerichtshof), Beschl. v. 23.11.2016 – 24/1017; vgl. in der Folge EuGH, Urt. v. 5.12.2017 – C-42/17 (*M.A.S. und M.B. – „Taricco II“*).

Wettbewerbsrecht beim in der Judikatur entwickelten beschränkten sachlichen Anwendungsbereich des nemo-tenetur-Grundsatzes. Ohne genauere Begründung, weshalb sich Art. 47 und 48 GRCh in einem Falle so, im anderen Falle anders auswirken, entsteht hier eine beträchtliche Spannung, die nach weiterer Klärung verlangt. In welche Richtung diese gehen wird, lässt das DB v. Consob-Urteil offen. Eine zusätzliche Dynamik könnte von Seiten des EGMR entstehen, der sich bislang nicht ausdrücklich zum Schweigerecht von juristischen Personen im Rahmen von Art. 6 EMRK geäußert hat.

# Viel Lärm um Nichts? Kritische Überlegungen zum Mehrwert der EU-Richtlinie über die Unschuldsvermutung

Von Prof. Dr. Stefanie Bock, Marburg

*Obwohl der nemo-tenetur-Grundsatz in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen nicht zuletzt über Art. 6 EMRK fest verankert ist, hat die Union 2016 eine Richtlinie zur Stärkung bestimmter Aspekte der Unschuldsvermutung erlassen, die auch Vorgaben zum Schweige- und Aussagerecht beinhaltet. Dieser Beitrag beleuchtet die Hintergründe der Richtlinie und geht der Frage nach, inwieweit mit ihr ein Mehrwert verbunden ist. Dies würde voraussetzen, dass die europäischen Regelungen über den EMRK-Mindeststandard hinausgehen und so konkret gefasst sind, dass sie einen effektiven Beitrag zur Vereinheitlichung, Weiterentwicklung und Stärkung der Beschuldigtenrechte leisten können.*

## I. Kontext und Zielsetzung der Richtlinie über die Unschuldsvermutung

Das Recht zu schweigen ist ein konstitutives Strukturelement eines rechtsstaatlichen und menschengerechten Strafverfahrens.<sup>1</sup> Es garantiert die Subjektstellung der beschuldigten Person<sup>2</sup> und ist für eine effektive, selbstbestimmte Verteidigung unabdingbar. Nach Ansicht des EGMR gehören das Recht zu schweigen und das Recht, nicht zur eigenen Verurteilung beitragen zu müssen, zu den „international allgemein anerkannten Grundsätzen“; es handele sich um ein „Kernstück“ eines fairen Verfahrens,<sup>3</sup> das – zumindest vermittelt über die EMRK – in allen Mitgliedstaaten der Union, aber auch in zahlreichen anderen Rechtsordnungen fest verankert ist.<sup>4</sup> Dessen ungeachtet sah die Union weiteren (europäischen) Regelungs- und Harmonisierungsbedarf in diesem Bereich.<sup>5</sup> Rat und Parlament erließen 2016 die Richtlinie über die Stärkung bestimmter Aspekte der Unschuldsvermutung und des Rechts auf Anwesenheit in der Verhandlung in Strafverfahren (RL Unschuldsvermutung),<sup>6</sup> die auch Vorgaben zum Schweigerecht enthält. Wer nun angesichts der breiten Anerkennung und normativen Fundierung des nemo-tenetur-Grundsatzes in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen er-

wartet hat, dass die Union umfassende Überlegungen zur Erforderlichkeit eines europäischen Rechtsakts vorlegt, wird enttäuscht. Das die Richtlinie vorbereitende Kommissionspapier bleibt an diesem Punkt vage und abstrakt. Es wird lediglich allgemein festgestellt, dass eine europäische Maßnahme zu bestimmten Aspekten der Unschuldsvermutung „notwendig“ sei, „um dieses Grundrecht zu stärken“ und „in allen EU-Mitgliedstaaten ein bestimmtes Mindestmaß an Schutz für den Grundsatz der Unschuldsvermutung“ zu garantieren. Inwieweit und in welchen Punkten die vorgefundene Rechtslage und/oder -praxis defizitär war und worin der europäische Mehrwert der Richtlinie liegen soll, hat die Kommission aber (zumindest zunächst<sup>7</sup>) nicht näher ausgeführt.

Gewisse Rückschlüsse auf das europäische Regelungsanliegen lassen sich aber immerhin aus dem Kontext der Maßnahme ziehen. Die Richtlinie Unschuldsvermutung basiert auf der Gesamtstrategie der EU zur Stärkung der Verfahrensrechte von beschuldigten Personen im Strafverfahren.<sup>8</sup> Der hierfür 2009 vom Rat vorgelegte „Fahrplan“ versteht sich explizit als Ergänzung zur EMRK. Durch zusätzliche Maßnahmen auf Unionsebene soll „die uneingeschränkte Umsetzung und Einhaltung“ der Konvention sichergestellt und eine „einheitliche Anwendung“ der geltenden Rechtsstandards gewährleistet werden.<sup>9</sup> Es wird also davon ausgegangen, dass Art. 6 EMRK einen gemeinsamen Grundstock an Rechten schafft, den Vertragsstaaten aber zu große Interpretations- und Ausgestaltungsspielräume belässt, um die europäische Idee eines einheitlichen Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (Art. 3 Abs. 2 EUV) zu gewährleisten. Zugleich zielt die Initiative aber auch auf die Absicherung bzw. den Ausbau des spezifisch europäischen Systems der internationalen Zusammenarbeit. Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung, der im Strafrecht schlussendlich die weitgehend bedingungslose Durchsetzung fremder Zwangsakte verlangt,<sup>10</sup>

<sup>1</sup> Siehe hierzu den Beitrag von *Bezemek*, *ZfIStw* 3/2023, 132, in dieser Ausgabe.

<sup>2</sup> Siehe hierzu die Beiträge von *Frick*, *ZfIStw* 3/2023, 146; *Zerbes*, *ZfIStw* 3/2023, 151; jeweils in dieser Ausgabe.

<sup>3</sup> Siehe nur EGMR, Urt. v. 17.12.1996 – 19187/91 (*Saunders v. United Kingdom*), Rn. 68; EGMR, Urt. v. 3.5.2001 – 31827/96 (*J. B. v. Switzerland*), Rn. 64; EGMR, Urt. v. 10.3.2009 – 4378/02 (*Bykov v. Russia*), Rn. 92.

<sup>4</sup> Siehe hierzu exemplarisch die Beiträge von *Helfer*, *ZfIStw* 3/2023, 156; *Murschetz*, *ZfIStw* 3/2023, 164; *Staffler/Jany*, *ZfIStw* 3/2023, 169; *Venier*, *ZfIStw* 3/2023, 176; jeweils in dieser Ausgabe.

<sup>5</sup> Siehe Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Stärkung bestimmter Aspekte der Unschuldsvermutung und des Rechts auf Anwesenheit in der Verhandlung in Strafverfahren, KOM (2013) 821 endg. v. 27.11.2013, Rn. 8.

<sup>6</sup> ABl. EU 2016 Nr. L 65/1 v. 11.3.2016.

<sup>7</sup> Aufschlussreich ist insoweit aber der erste Umsetzungsbericht der Kommission (Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Umsetzung der Richtlinie [EU] 2016/343 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 9.3.2016 über die Stärkung bestimmter Aspekte der Unschuldsvermutung und des Rechts auf Anwesenheit in der Verhandlung in Strafverfahren, KOM [2021] Nr. L 144 endg. v. 31.3.2021), der bei der Würdigung der einzelnen Richtlinienvorgaben berücksichtigt werden wird.

<sup>8</sup> Vgl. Europäischer Rat, Das Stockholmer Programm – Ein offenes und sicheres Europa im Dienste und zum Schutz der Bürger, 2010/C 115/01, ABl. EU 2010 Nr. C 115/1 v. 4.5.2010, S. 10 („Die Rechte des Einzelnen im Strafverfahren“).

<sup>9</sup> Rat, Entschließung des Rates über einen Fahrplan zur Stärkung der Verfahrensrechte von Verdächtigen oder Beschuldigten in Strafverfahren, ABl. EU 2009 Nr. C 295/1 v. 30.1.2009, Erwägungsgrund 2.

<sup>10</sup> Grundlegend EuGH, Urt. v. 11.2.2003 – C-187/01, C-385/01 (Strafverfahren gegen Hüseyin Gözütok und Klaus Brügge), Rn. 33; EuGH, Urt. v. 11.12.2008 – C-297/07 (Strafver-

kann nur dann funktionieren, wenn das von der EU vielfach beschworene gegenseitige Vertrauen<sup>11</sup> in die Rechtssysteme der anderen Mitgliedstaaten tatsächlich existiert. Die Vereinheitlichung und Stärkung von Beschuldigtenrechten kann hierzu sicherlich einen sinnvollen Beitrag leisten.<sup>12</sup> In diesem Sinne hat der Rat sein Maßnahmenpaket zur Stärkung der Beschuldigtenrechte ausdrücklich als Gegengewicht zu der Anfang der 2000er Jahre stark forcierten und beständig erweiterten justiziellen und polizeilichen Zusammenarbeit gesehen.<sup>13</sup> Als „spezifische Probleme“, die einer besonderen Regelung bedürfen,<sup>14</sup> identifizierte der Rat in Übereinstimmung mit der Kommission Übersetzungen und Dolmetschleistungen,<sup>15</sup> Belehrung über die Rechte und Unterrichtung über die Beschuldigung,<sup>16</sup> Rechtsbeistand<sup>17</sup> und Prozesskostenhilfe<sup>18</sup>, Kommunikation mit Angehörigen, Arbeitgebern

fahren gegen Klaus Bourquain), Rn. 37; EuGH, Urt. v. 29.6.2016 – C-486/14 (Strafverfahren gegen Piotr Kossowski), Rn. 50: Hiernach ist die Grundidee des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung, dass jeder Mitgliedstaat die in einem anderen Mitgliedstaat ergangene strafrechtliche Entscheidung ohne weitere Prüfung anerkennt und vollstreckt – und zwar auch dann, wenn die Anwendung seines eigenen nationalen Rechts zu einem anderen Ergebnis geführt hätte.

<sup>11</sup> Zum Beispiel Erwägungsgrund 10 des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI des Rates v. 13.6.2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten, ABl. EG Nr. L 190/1 v. 18.7.2002; EuGH, Urt. v. 11.2.2003 – C-187/01, C-385/01 (Strafverfahren gegen Hüseyin Gözütok und Klaus Brügge), Rn. 33; zur Diskussion *Ambos*, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. 2018, § 9 Rn. 25 m.w.N.

<sup>12</sup> Siehe die Argumentation in Europäischer Rat, Stockholmer Programm (Fn. 8), S. 10.

<sup>13</sup> Rat, Fahrplan zur Stärkung der Verfahrensrechte (Fn. 9), Erwägungsgrund 10.

<sup>14</sup> Rat, Fahrplan zur Stärkung der Verfahrensrechte (Fn. 9), Erwägungsgrund 4.

<sup>15</sup> Umgesetzt durch Richtlinie 2010/64/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.10.2010 über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren, ABl. EU 2010 Nr. L 280/1 v. 26.10.2010.

<sup>16</sup> Umgesetzt durch Richtlinie 2012/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 22.5.2012 über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren, ABl. EU 2012 Nr. L 142/1 v. 1.6.2012 (Belehrungsrichtlinie).

<sup>17</sup> Umgesetzt durch Richtlinie 2013/48/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 22.10.2013 über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren und in Verfahren zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls sowie über das Recht auf Benachrichtigung eines Dritten bei Freiheitsentzug und das Recht auf Kommunikation mit Dritten und mit Konsularbehörden während des Freiheitsentzugs, ABl. EU 2013 Nr. L 294/1 v. 6.11.2013.

<sup>18</sup> Umgesetzt durch Richtlinie 2016/1919/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.10.2016 über Prozesskostenhilfe für Verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren sowie für gesuchte Personen in Verfahren zur

und Konsularbehörden<sup>19</sup> sowie besondere Garantien für schutzbedürftige Verdächtige oder Beschuldigte<sup>20, 21</sup> Selbstbelastungsfreiheit, Schweigerecht und nemo-tenetur-Grundsatz wurden hier nicht erwähnt.

Kurze Zeit nach seiner Verabschiedung wurde der Fahrplan vom Europäischen Rat in das Stockholmer Programm übernommen, mit dem die politischen Prioritäten der nächsten Jahre festgelegt wurden. Allerdings sah der Europäische Rat die im Fahrplan genannten Aspekte nicht als abschließend an und forderte die Kommission auf, zu prüfen, ob andere Themen angegangen werden müssen, um die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten zu stärken. Beispielförmig genannt wird die Unschuldsvermutung.<sup>22</sup>

Dies hat die Kommission als Arbeitsauftrag angesehen<sup>23</sup> und 2013 einen Vorschlag für eine Richtlinie zur Stärkung bestimmter Aspekte der Unschuldsvermutung und des Rechts auf Anwesenheit in der Verhandlung in Strafverfahren vorgelegt. Wie bereits gesehen, verzichtet sie dabei aber darauf, den Bedarf für diese – von ihr ursprünglich nicht vorgesehene – Maßnahme näher darzulegen. Bei der konkreten Ausgestaltung des Regelungsvorschlags stellt die Kommission im Einklang mit dem EGMR<sup>24</sup> eine Verbindung zwischen Unschuldsvermutung und Schweigerecht her und geht davon aus, dass eine Verletzung des nemo-tenetur-Grundsatzes zwangsläufig auch die Unschuldsvermutung gefährdet.<sup>25</sup> Dementsprechend finden sich in der 2016 schlussendlich verabschiedeten Richtlinie neben der Verankerung der Unschuldsvermutung (Art. 3), Regelungen zur Verhinderung öffentlicher Vorverurteilungen (Art. 4 und 5) und zur Beweislastverteilung (Art. 6) eben auch Vorgaben zum Schweigerecht (Art. 7). Diese sollen im Folgenden vorgestellt und daraufhin untersucht werden, inwieweit mit ihnen ein Mehrwert, eine Anhebung bzw. Konkretisierung gemeinsamer Mindeststandards und eine Stärkung der Beschuldigtenrechte verbunden ist.

Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls, ABl. EU 2016 Nr. L 297/1 v. 4.11.2016.

<sup>19</sup> Ebenfalls umgesetzt durch Richtlinie 2013/48/EU (Fn. 17).

<sup>20</sup> Umgesetzt durch Richtlinie 2016/800/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.5.2016 über Verfahrensgarantien in Strafverfahren für Kinder, die Verdächtige oder beschuldigte Personen in Strafverfahren sind, ABl. EU 2016 Nr. L 132/1 v. 21.5.2016.

<sup>21</sup> Rat, Fahrplan zur Stärkung der Verfahrensrechte (Fn. 9), S. 3.

<sup>22</sup> Europäischer Rat, Stockholmer Programm (Fn. 8), S. 10.

<sup>23</sup> Kommission, Vorschlag für eine RL zur Stärkung der Unschuldsvermutung und des Rechts auf Anwesenheit (Fn. 5), Rn. 7: „Deshalb ersuchte der Europäische Rat die Kommission im Stockholmer Programm ausdrücklich, das Thema Unschuldsvermutung anzugehen.“

<sup>24</sup> Grundlegend EGMR, Urt. v. 17.12.1996 – 19187/91 (Saunders v. United Kingdom), Rn. 68.

<sup>25</sup> Kommission, Vorschlag für eine RL zur Stärkung der Unschuldsvermutung und des Rechts auf Anwesenheit (Fn. 5), Rn. 14; zur Selbstbelastungsfreiheit als Kehrseite der Unschuldsvermutung auch *Ambos* (Fn. 11), § 10 Rn. 37, sowie *Safferling/Hartwig*, ZIS 2009, 784 (787).

## II. Schweigerecht und Selbstbelastungsfreiheit

Art. 7 Abs. 1 und 2 RL Unschuldsvormutung verpflichten die Mitgliedstaaten in sehr allgemein gehaltener Form, den *nemo-tenetur*-Grundsatz zu achten: Sie müssen sicherstellen, dass beschuldigte Personen das Recht haben, die Aussage zu verweigern, und sich nicht selbst belasten müssen. Ein inhaltliches *Novum* gegenüber der EMRK<sup>26</sup> ist dies nicht. Auch die Kommission verweist in der Entwurfsbegründung darauf, dass es sich hierbei (lediglich) um Ausprägungen des in Art. 6 EMRK verankerten Fairnessgrundsatzes handelt.<sup>27</sup> Da dieser zudem auch in Art. 47 Abs. 2 GRCh Eingang gefunden hat,<sup>28</sup> stellt sich die Frage, welchen Mehrwert die Wiederholung dieser Grundsätze in einer Richtlinie hat.

### 1. Erfordernis einer expliziten Umsetzung?

Zunächst könnte man überlegen, ob mit den europäischen Regelungen eine Steigerung von Rechtssicherheit und -klarheit einhergeht. Schweigerecht und Selbstbelastungsfreiheit sind nur abgeleitete Rechte und nicht ausdrücklich als Bestandteil eines fairen Verfahrens in Art. 6 EMRK, 47 GRCh genannt. Auch in Deutschland zählen Aussage- und Selbstbelastungsfreiheit zwar zu den anerkannten Grundsätzen des Strafprozesses und haben Verfassungsrang. Sie sind – so das BVerfG – „Ausdruck einer rechtsstaatlichen Grundhaltung“, „die auf dem Leitgedanken der Achtung der Menschenwürde beruht“.<sup>29</sup> An einer ausdrücklichen Regelung fehlt es hingegen. Auch im deutschen Strafprozessrecht werden Schweigerecht und Selbstbelastungsfreiheit an verschiedenen Stellen – insbesondere durch die Festschreibung entsprechender Belehrungs- und Aufklärungspflichten (§§ 136, 163a, 243 StPO) – vorausgesetzt und gleichsam vom Prozessrecht „mitgedacht“, aber nicht klar und unmissverständlich als fundamentale Rechte beschuldigter Personen benannt.<sup>30</sup> Dies ist insoweit nicht unproblematisch, als es durchaus naheliegend ist, dass Personen, die mit einem amtlichen Auskunftersuchen konfrontiert und in einer ggf. emotional angespannten Situation von Polizisten und Staatsanwälten befragt werden, intuitiv davon ausgehen, zur Aussage und Mitwirkung verpflichtet zu sein.<sup>31</sup>

<sup>26</sup> Hierzu ausführlich *Bezemek*, *ZfIStw* 3/2023, 132, in dieser Ausgabe.

<sup>27</sup> Dies wird auch in Kommission, Vorschlag für eine RL zur Stärkung der Unschuldsvormutung und des Rechts auf Anwesenheit (Fn. 5), Rn. 33 eingeräumt.

<sup>28</sup> Siehe zum primärrechtlichen *nemo-tenetur*-Grundsatz den Beitrag von *Müller*, *ZfIStw* 3/2023, 180, in dieser Ausgabe.

<sup>29</sup> BVerfGE 56, 37 (43); BVerfG NStZ 1995, 555; zur Herleitung des Schweigerechts aus der Menschenwürde auch BVerfG, Beschl. v. 6.9.2016 – 2 BvR 890/16, Rn. 36, sowie den Beitrag von *Hong*, *ZfIStw* 3/2023, 143, in dieser Ausgabe.

<sup>30</sup> Siehe auch *Safferling/Hartwig*, *ZIS* 2009, 784; *Buchholz*, *HRRS* 19 (2018), 457, sowie den Beitrag von *Bezemek*, *ZfIStw* 3/2023, 132, in dieser Ausgabe.

<sup>31</sup> Siehe insoweit auch zur Ratio der Belehrungspflicht nach § 136 Abs. 1 S. 1 StPO BGHSt 42, 139 (147).

Genau um solch ambivalente Situationen zu vermeiden, verlangt der EuGH bei Richtlinien, die einzelnen Personen Rechte gewähren, dass die Umsetzung „hinreichend bestimmt und klar ist“, damit „die Begünstigten in die Lage versetzt werden, von allen ihren Rechten Kenntnis zu erlangen und diese gegebenenfalls vor den nationalen Gerichten geltend zu machen“.<sup>32</sup> Die mitgliedstaatlichen Regelungen müssen also ein besonderes Maß an „Rechtssicherheit, Klarheit und Transparenz“ bieten,<sup>33</sup> damit alle Rechtssubjekte „klar und genau wissen, welche Rechte und Pflichten sie unter allen Umständen haben“.<sup>34</sup> Geht man vor diesem Hintergrund im besonders grundrechtssensiblen Strafverfahrensrecht von einem Gebot der expliziten Umsetzung europäischer Richtlinien aus, wäre mit Art. 7 Abs. 1 und 2 der RL Unschuldsvormutung jedenfalls ein Gewinn an Rechtsklarheit verbunden. Die Mitgliedstaaten wären verpflichtet, Aussageverweigerungs- und Schweigerecht eindeutig und ausdrücklich in ihren Rechtsordnungen zu verankern. Zumindest der deutsche Gesetzgeber hat sich aber nicht zu einer Ergänzung der StPO veranlasst gesehen, sondern unter Verweis auf die höchstrichterliche deutsche Rechtsprechung geschlussfolgert, dass bezüglich Art. 7 der RL Unschuldsvormutung keinerlei Umsetzungsbedarf bestehe.<sup>35</sup>

Obwohl es durchaus zweifelhaft erscheint, dass die Ableitung eines Prozessgrundrechts aus einem abstrakten Verfassungssatz den vom EuGH entwickelten Anforderungen an Rechtsklarheit genügen kann,<sup>36</sup> zeigt sich die Kommission insoweit zurückhaltend. In ihrem Bericht zur Umsetzung der Richtlinie beklagt sie zwar, dass es in vielen Mitgliedstaaten an ausdrücklichen Regelungen fehle, relativiert dies aber sogleich durch den Hinweis, dass dies in der Praxis geringe Auswirkungen habe, da die Einhaltung der Richtlinie über allgemeine Bestimmungen oder die Rechtsprechung gewährleistet werde.<sup>37</sup> Ob und inwiefern hierdurch sichergestellt ist,

<sup>32</sup> EuGH, Urt. v. 23.5.1985 – 29/84 (Kommission v. Deutschland), Rn. 23; auch EuGH, Urt. v. 14.1.2010 – C-343/08 (Kommission v. Tschechische Republik), Rn. 40. Nach EuGH, Urt. v. 10.5.2001 – C-144/99 (Kommission v. Niederlande), Rn. 21, ist es (zumindest soweit Richtlinien individuelle Rechte begründen) nicht ausreichend, wenn sich bestehende nationale Regelungen richtlinienkonform auslegen lassen.

<sup>33</sup> EuGH, Urt. v. 23.5.1985 – 29/84 (Kommission v. Deutschland), Rn. 23.

<sup>34</sup> EuGH, Urt. v. 14.1.2010 – C-343/08 (Kommission v. Tschechische Republik), Rn. 41.

<sup>35</sup> BMJV, Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Rechts des Angeklagten auf Anwesenheit in der Verhandlung, 4.4.2018, S. 14.

<sup>36</sup> Siehe auch die allgemeine Kritik zur Nichtumsetzung der Regelung über die Unschuldsvormutung in RAV, Stellungnahme zum Entwurf des BMJV eines „Gesetzes zur Stärkung des Rechts des Angeklagten auf Anwesenheit in der Verhandlung“ v. 4.4.2018, 22.5.2018, S. 1 f.

<sup>37</sup> Kommission, Bericht über die Umsetzung der RL (EU) 2016/343 über die Stärkung der Unschuldsvormutung und des Rechts auf Anwesenheit (Fn. 7), S. 5.

dass Beschuldigte hinreichend Kenntnis über den Umfang ihrer Rechte haben, wird nicht erörtert. Generell lässt der Umsetzungsbericht der Kommission darauf schließen, dass sie nicht auf eine explizite Umsetzung der Vorschriften zur Unschuldsvermutung drängen wird (siehe auch unter III.). Einen Gewinn an Rechtsklarheit gegenüber der EMRK wird es damit nicht geben.

## 2. Partielle Konkretisierung des persönlichen Schutzbereichs

Auf materiell-inhaltlicher Ebene bringt die Richtlinie eine gewisse Konkretisierung des persönlichen und zeitlichen Anwendungsbereichs des *nemo-tenetur*-Grundsatzes. Nach Art. 2 gelten die Garantien der Richtlinie für alle beschuldigten Personen in einem Strafverfahren<sup>38</sup> und zwar ab dem Zeitpunkt, zu dem sie verdächtigt werden, bis zum endgültigen Abschluss des Strafverfahrens, also bis die verfahrensabschließende Entscheidung Rechtskraft erlangt hat. Mitgliedstaatliche Regelungen, die die Geltung von Unschuldsvermutung und Schweigerecht auf inhaftierte oder angeklagte Personen beschränken, sind damit europarechtlich unzulässig. Zudem gelten die Richtlinienrechte auch für *De-facto-Verdächtige*, also Personen, die im Verdacht stehen, eine Straftat begangen zu haben, aber von den zuständigen Behörden nicht über ihren Status als Verdächtige unterrichtet wurden.<sup>39</sup> Damit wird deutlich, dass die Geltung des *nemo-tenetur*-Grundsatzes nicht zur Disposition der Strafverfolgungsbehörden steht, also nicht voraussetzt, dass eine Person offiziell beschuldigt wird oder gegen sie Zwangsmaßnahmen ergriffen werden, die nur gegenüber beschuldigten Personen zulässig sind.<sup>40</sup>

Dies führt zu einer gewissen Konkretisierung der EMRK-Standards. Fairnessgrundsatz, Unschuldsvermutung und damit das Schweigerecht gelten gem. Art. 6 EMRK ab Erhebung der strafrechtlichen Anklage. Dabei legt der EGMR den Begriff der Anklage autonom aus und versteht hierunter jede amtliche Mitteilung an die betroffene Person, dass sie einer Straftat beschuldigt wird. Nicht erforderlich ist die Durchführung von Zwangsmaßnahmen oder gar eine förmliche Anklageerhebung nach Maßgabe des jeweiligen nationalen Rechts.<sup>41</sup> Maßnahmen ohne Außenwirkungen können jedoch regelmäßig nicht die Beschuldigtenstellung begründen.<sup>42</sup> Auf

das Erfordernis einer amtlichen Mitteilung wird aber dann verzichtet, wenn die Rechte der betroffenen Person bewusst umgangen werden sollen, beispielsweise wenn eine Person trotz gegen sie bestehender Verdachtsmomente als Zeuge und nicht als Beschuldigter vernommen wird.<sup>43</sup> Mit der RL Unschuldsvermutung scheint das Erfordernis der „amtlichen Mitteilung“ der Beschuldigtenstellung generell – auch außerhalb von Missbrauchsfällen – an Bedeutung zu verlieren. Entscheidend dürfte allein sein, ob sich aus dem Verhalten der Strafverfolgungsbehörden schließen lässt, dass sie gegen eine bestimmte Person strafrechtlich ermitteln wollen, ohne dass eine offizielle Unterrichtung über die Beschuldigtenstellung etc. notwendig wäre. Bezüglich der Frage, ob eine Person als Zeuge oder Beschuldigter vernommen wird, wird den Strafverfolgungsbehörden aber weiterhin ein Beurteilungsspielraum zuzubilligen sein, der ggf. nach den (divergierenden) nationalen Maßstäben<sup>44</sup> auszufüllen ist. Die RL Unschuldsvermutung führt damit nicht dazu, dass Schweige- und Aussageverweigerungsrecht in allen Mitgliedstaaten stets ab demselben Zeitpunkt greifen.

## 3. Verpasste Harmonisierungschancen

Im Übrigen bleiben die Vorgaben der Richtlinie aber weitgehend abstrakt und vage. Kritische, umstrittene Punkte werden ausgeklammert oder so allgemein geregelt, dass die Vorgaben keine nennenswerten Harmonisierungseffekte entfalten dürften.

### a) Keine Anwendbarkeit auf juristische Personen

Dies betrifft zunächst die umstrittene Frage nach der Geltung des *nemo-tenetur*-Grundsatzes für juristische Personen. Der Anwendungsbereich der Richtlinie ist bewusst auf natürliche Personen beschränkt. In Erwägungsgrund 13 wird hierzu ausgeführt, dass „die aus der Unschuldsvermutung erwachsenden Rechte nicht in gleicher Weise für juristische Personen wie für natürliche Personen gelten“. Dies mag so sein,<sup>45</sup> warum es aber deswegen „verfrüht“ (Erwägungsgrund 14) sein soll, eine europäische Regelung zu erlassen, erschließt sich nicht.<sup>46</sup> Gerade für transnationale Wirtschaftsstrafverfah-

<sup>38</sup> Siehe hierzu den Beitrag von Müller, ZfIStw 3/2023, 180, in dieser Ausgabe.

<sup>39</sup> Kommission, Bericht über die Umsetzung der RL (EU) 2016/343 über die Stärkung der Unschuldsvermutung und des Rechts auf Anwesenheit (Fn. 7), S. 4, 8.

<sup>40</sup> Siehe zur diesbezüglichen Rechtslage in den USA den Beitrag von Murschetz, ZfIStw 3/2023, 164, in dieser Ausgabe.

<sup>41</sup> Siehe hierzu nur EGMR, Urt. v. 27.2.1980 – 6903/75 (De-weer v. Belgium), Rn. 41 ff.; auch EGMR, Urt. v. 20.10.1997 – 20225/92 (Serves v. France), Rn. 42; ausführlicher und mit weiteren Nachw. zum Begriff der Anklage i.S.d. Art. 6 EMRK Ambos (Fn. 11), § 10 Rn. 27.

<sup>42</sup> Meyer-Ladewig/Harrendorf/König, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/v. Raumer (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 4. Aufl. 2017, Art. 6 Rn. 31,

unter Verweis auf EGMR, Urt. v. 15.7.1982 – 8130/78 (Eckle v. Germany), Rn. 74.

<sup>43</sup> Siehe z.B. EGMR, Urt. v. 20.10.1997 – 20225/92 (Serves v. France), Rn. 42; auch Meyer-Ladewig/Harrendorf/König (Fn. 42), Art. 6 Rn. 31; Meyer, in: Karpenstein/Mayer (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention, Kommentar, 3. Aufl. 2022, Art. 6 Rn. 45.

<sup>44</sup> Siehe aus deutscher Sicht beispielsweise BGHSt 64, 89.

<sup>45</sup> Hierzu vertiefend die Beiträge von Müller, ZfIStw 3/2023, 180, und Zerbes, ZfIStw 3/2023, 151; jeweils in dieser Ausgabe; siehe auch EuGH, Urt. v. 2.2.2021 – C-481/19 (DB v. Consob), Rn. 45, 46, 48; aus deutscher Sicht BVerfGE 95, 220.

<sup>46</sup> Die diesbezügliche Zurückhaltung der Union ist umso überraschender, als der unionsrechtliche *nemo-tenetur*-Grundsatz gerade mit Blick auf juristische Personen entwi-

ren, die häufig auch Unternehmen betreffen, wäre es von großem Wert, wenn unionsweit einheitlich geklärt wäre, ob und in welchem Umfang juristischen Personen ein Schweigerecht zusteht, welche natürlichen Personen dieses ausüben dürfen und wie eventuelle Interessenkonflikte zu lösen sind.<sup>47</sup> Die Union hätte hier die Möglichkeit gehabt, wahrhaft rechtsgestaltend tätig zu werden und neue Rechtsstandards zu etablieren, statt die weitere Entwicklung der europäischen Rechtsprechung<sup>48</sup> abzuwarten (Erwägungsgrund 15) und diese dann ggf. zu einem späteren Zeitpunkt schlicht ins Sekundärrecht zu überführen.

#### b) Verhältnis zu gesetzlich vorgesehenen Zwangsmitteln

Art. 7 Abs. 3 der RL Unschuldsvermutung stellt klar, dass die Selbstbelastungsfreiheit es den Ermittlungsbehörden nicht verbietet, mithilfe gesetzlich vorgesehener Zwangsmittel Beweismittel zu beschaffen, die unabhängig vom Willen der beschuldigten Person bestehen. Diese muss also als Gegenstand des „objektiven Personalbeweises“<sup>49</sup> ggf. dulden, dass ihr Blut- und Gewebeprobe entnommen werden<sup>50</sup> oder dass ihr Finger auf den Fingerabdruckscanner ihres Smartphones geführt wird, um das Gerät zu entsperren,<sup>51</sup> darf aber nicht verpflichtet werden, aktiv an ihrer Überführung mitzuwirken.<sup>52</sup> Dies entspricht der Rechtsprechung des EGMR,<sup>53</sup> bringt also keine inhaltlichen Neuerungen. Zu umstrittenen und noch nicht abschließend geklärten Punkten wie dem Umgang mit außerstrafrechtlichen, zwangsgeldbewährten Auskunftspflichten, bei deren Erfüllung ggf. strafrechtlich relevante Tatsachen offenbart werden müssen,<sup>54</sup> oder den Grenzen dessen, was Beschuldigte an Eingriffen in ihre körperliche Unversehrtheit dulden müssen,<sup>55</sup> schweigt die Richtlinie.

ckelt wurde, siehe hierzu den Beitrag von Müller, ZfIStw 3/2023, 180, in dieser Ausgabe.

<sup>47</sup> Hierzu ausführlich der Beitrag von Zerbes, ZfIStw 3/2023, 151, in dieser Ausgabe.

<sup>48</sup> Siehe hierzu den Beitrag von Müller, ZfIStw 3/2023, 180, in dieser Ausgabe.

<sup>49</sup> Rogall, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 1, 5. Aufl. 2018, § 81a Rn. 2; Rottmeier/Eckel, NStZ 2020, 193 (199).

<sup>50</sup> Erwägungsgrund 18 RL Unschuldsvermutung.

<sup>51</sup> Hierzu aus deutscher Sicht Bäumerich, NJW 2017, 2718 (2721); Rottmeier/Eckel, NStZ 2020, 193 (199); i.E. ebenso LG Ravensburg, Beschl. v. 14.2.2023 – 2 Qs 9/23 jug.

<sup>52</sup> Beispielsweise kann die beschuldigte Person nicht zur Teilnahme an Tests und Tatrekonstruktionen oder zur Abgabe von Schrift- und Sprachproben gezwungen werden, BGHSt 34, 39 (45 f.); 42, 139 (152); BGH NStZ 2004, 392 (393).

<sup>53</sup> EGMR, Urt. v. 17.12.1996 – 19187/91 (Saunders v. United Kingdom), Rn. 68; siehe aus deutscher Sicht BGHSt 34, 39 (45 f.), sowie BVerfGE 56, 37 (42).

<sup>54</sup> Siehe bspw. zum Steuerrecht EGMR, Urt. v. 3.5.2001 – 31827/96 (J.B. v. Switzerland); ausführlicher und m.w.N. Meyer-Ladewig/Harrendorf/König (Fn. 42), Art. 6 Rn. 136.

<sup>55</sup> Siehe bspw. zu den Brechmittelfällen EGMR, Urt. v. 11.7.2006 – 54810/00 (Jalloh v. Germany); hierzu auch Meyer (Fn. 43) Art. 6 Rn. 130.

#### c) Strafmilderung bei Kooperation

Art. 7 Abs. 4 der RL Unschuldsvermutung gestattet es, kooperatives Verhalten von beschuldigten Personen bei der Verurteilung zu ihren Gunsten zu berücksichtigen. Man mag zwar strafrechtstheoretisch darüber streiten können, welchen strafzumessungsrechtlichen Wert der Zusammenarbeit mit der Justiz in einem tat- und schuldorientierten Strafrecht zukommen kann.<sup>56</sup> Schon aus prozessökonomischen Gründen wird den mitgliedstaatlichen Gerichten aber stets daran gelegen sein, Anreize für Geständnisse usw. zu schaffen. Dementsprechend stellte auch die Kommission in ihrem Umsetzungsbericht fest, dass es in keinem Mitgliedstaat verboten ist, kooperatives Verhalten zu berücksichtigen, und dies typischerweise auch im Rahmen der allgemein gefassten Rechtsvorschriften getan wird.<sup>57</sup> Art. 7 Abs. 4 RL Unschuldsvermutung hat damit allenfalls deklaratorische Bedeutung und lässt die eigentlich relevante Frage offen. Nicht geklärt wird nämlich, ob und unter welchen Voraussetzungen das In-Aussichtstellen (zu) großer Strafrabatte für ein Geständnis, also die Eröffnung einer „Sanktionsschere“ zwischen verständigungsbasiertem und streitigem Strafverfahren, in unzulässiger Weise in Schweigerecht und Selbstbelastungsfreiheit eingreift.<sup>58</sup>

#### d) Schutz vor Täuschungen?

Schlussendlich bringt die RL Unschuldsvermutung auch keine Klarheit darüber, inwieweit die Selbstbelastungsfreiheit nicht nur vor Zwang, sondern auch vor Täuschungen geschützt ist. Ein ausdrückliches Täuschungsverbot enthält Art. 7 RL Unschuldsvermutung jedenfalls nicht. In der Entwurfsbegründung der Kommission heißt es hierzu, dass sich der Anwendungsbereich des nemo-tenetur-Grundsatzes nicht auf Fälle beschränke, „in denen Druck auf den Beschuldigten ausgeübt oder der Wille des Beschuldigten in irgendeiner Weise direkt überwunden wurde“; im Übrigen wird auf die einschlägige Rechtsprechung des EGMR verwiesen.<sup>59</sup> Dieser erkennt zwar grundsätzlich an, dass die Aussagefreiheit auch durch Täuschungen – insbesondere durch verdeckte Ausforschungen oder den Einsatz privater „Verhörspersonen“ – beeinträchtigt sein kann,<sup>60</sup> hält den Einsatz heimlicher Ermittlungsmethoden

<sup>56</sup> Vgl. Streng, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 46 Rn. 75.

<sup>57</sup> Kommission, Bericht über die Umsetzung der RL (EU) 2016/343 über die Stärkung der Unschuldsvermutung und des Rechts auf Anwesenheit (Fn. 7), S. 7 f.

<sup>58</sup> Siehe hierzu aus deutscher Sicht BVerfGE 133, 168 (231 f.); Maier, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 46 Rn. 165 f.

<sup>59</sup> Kommission, Vorschlag für eine RL zur Stärkung der Unschuldsvermutung und des Rechts auf Anwesenheit (Fn. 5), Rn. 34.

<sup>60</sup> Grundlegend EGMR, Urt. v. 5.11.2002 – 48539/99 (Allan v. United Kingdom). Die deutsche Rechtsprechung vertrat zunächst einen restriktiveren Ansatz (Schutz nur vor Zwang, nicht vor Täuschung) BGHSt 42, 139 (152); siehe auch Safferling/Hartwig, ZIS 2009, 784 (795); tendenziell anders mittlerweile BGH NStZ 2009, 343.

aber nicht per se für konventionswidrig. Entscheidend seien immer die Umstände des Einzelfalles.<sup>61</sup> Hierauf aufbauend hat sich eine umfangreiche, unübersichtliche Kasuistik entwickelt, der sich keine klaren Leitlinien entnehmen lassen.<sup>62</sup> Die RL Unschuldsvermutung leistet hier keine Abhilfe.

### III. Beweiswürdigungsverbot

Ein gewisses Novum bringt (wohl) das Beweiswürdigungsverbot des Art. 7 Abs. 5 der RL Unschuldsvermutung. Hiernach dürfen aus dem Schweigen der beschuldigten Person keine negativen Schlüsse gezogen werden. Damit scheint die Richtlinie über die Rechtsprechung des EGMR hinauszugehen. Dieser verbietet es zwar, eine Verurteilung ausschließlich oder wesentlich auf das bloße Schweigen der beschuldigten Person zu stützen. Eine Verwertung der Aussageverweigerung zu ihren Lasten soll aber dann zulässig sein, wenn nach der Sachlage und den Beweisergebnissen eine Erklärung eindeutig zu erwarten steht.<sup>63</sup> Art. 7 Abs. 5 der RL Unschuldsvermutung ist seinem Wortlaut nach strenger und schließt es – zumindest auf den ersten Blick – vollständig aus, aus dem Schweigen negative Rückschlüsse zu ziehen. Erwägungsgrund 28 der Richtlinie relativiert dies aber insoweit als „[n]ationale Vorschriften über die Beweiswürdigung [hiervon] unberührt bleiben [sollten], soweit die Verteidigungsrechte gewahrt bleiben“. Dies lässt eher darauf schließen, dass es bei dem vom EGMR entwickelten Standard bleiben soll, also eine Verwertung des Schweigens zulässig ist, solange das Verfahren insgesamt fair ist. Wie der Wider-

spruch zwischen Richtlinienkerntext und Erwägungsgrund aufgelöst werden wird, ist unklar. Teleologisch spricht viel für ein strenges Beweiswürdigungsverbot, da es für die Wirksamkeit des nemo-tenetur-Grundsatzes von zentraler Bedeutung ist. Wie die Kommission zutreffend ausgeführt hat, wäre die Inanspruchnahme des Schweigerechts „illusorisch, wenn Verdächtige oder Beschuldigte befürchten müssten, dass ihre Nichtmitwirkung oder ihr Schweigen in einer späteren Phase des Strafverfahrens gegen sie verwendet wird“.<sup>64</sup> Auch das deutsche BVerfG geht davon aus, dass die beschuldigte Person einem unzulässigen psychischen Aussagezwang ausgesetzt wäre, wenn die Wahrnehmung des Schweigerechts negative Folgen haben könnte.<sup>65</sup> Diesbezüglich klare, europaweit einheitliche Standards zu schaffen, würde sich auch positiv auf die Effektivität der Verteidigung auswirken. Bei transnationalen Ermittlungen ist es ein zweischneidiges Schwert für Rechtsbeistände, ihrer Mandantschaft zum Schweigen zu raten, wenn noch nicht feststeht, in welchem Mitgliedstaat ggf. Anklage erhoben wird, und damit nicht abzusehen ist, ob und inwieweit aus dem Schweigen negative Rückschlüsse gezogen werden können.

Volle Wirksamkeit kann das Aussageverweigerungsrecht aber jedenfalls nur dann erlangen, wenn die beschuldigte Person weiß, dass sie sich durch ihr Schweigen nicht selbst belastet. Gerade insoweit fehlt es aber in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen häufig an expliziten Regelungen; dass das Schweigerecht ein Beweiswürdigungsverbot beinhaltet, ergibt sich vielfach erst aus der Rechtsprechung.<sup>66</sup> Dennoch scheint die Kommission auch insoweit (siehe bereits oben II.1.) nicht auf eine explizite Umsetzung der Richtlinie zu bestehen. Vielmehr soll es ausreichend sein, wenn sich aus der nationalen Rechtsprechung ergibt, dass die Vorgaben des Art. 7 Abs. 5 RL Unschuldsvermutung eingehalten werden, was namentlich dann zu bejahen sei, wenn – wie in Deutschland<sup>67</sup> – die Verfassungsgerichte das Verbot, negative Schlussfolgerungen zu ziehen, als integralen Bestandteil des

<sup>61</sup> Zum Beispiel EGMR, Urt. v. 5.11.2002 – 48539/99 (Allan v. United Kingdom); zum Einsatz verdeckter Ermittler EGMR, Urt. v. 16.7.2009 – 18002/02 (Gorgievski v. Macedonia), Rn. 46 ff.; zum Aushorchen durch Privatpersonen EGMR, Urt. v. 10.3.2009 – 4378/02 (Bykov v. Russia), Rn. 92 ff.

<sup>62</sup> Ausführlich hierzu Meyer (Fn. 43), Art. 6 Rn. 151, mit einem Überblick über die vom EGMR in verschiedenen Fällen herangezogenen Kriterien; zustimmend Meyer-Ladewig/Harrendorf/König (Fn. 42), Art. 6 Rn. 134.

<sup>63</sup> Grundlegend EGMR, Urt. v. 8.2.1996 – 1873/91 (Murray v. United Kingdom), Rn. 47 ff.; siehe auch EGMR, Urt. v. 6.6.2000 – 36408/97 (Averill v. United Kingdom), Rn. 45. Sehr weitreichend ist insoweit das – für die Union mittlerweile freilich nicht mehr relevante – englische Recht. So kann nach Sec. 35 des Criminal Justice and Public Order Acts 1994, ein „failure of the accused to give evidence or his refusal, without good cause, to answer any question“ bei der Beweiswürdigung berücksichtigt werden; siehe hierzu auch den Beitrag von Brodowski, ZfStw 3/2023, 197, in dieser Ausgabe. Derzeit besteht wohl immerhin noch in zumindest einem EU-Mitgliedstaat die Möglichkeit, das Schweigen von De-facto-Verdächtigen, also von Personen, die von den zuständigen Behörden nicht über ihren Status als Verdächtige unterrichtet wurden, zu ihren Lasten zu verwenden, siehe Kommission, Bericht über die Umsetzung der RL (EU) 2016/343 über die Stärkung der Unschuldsvermutung und des Rechts auf Anwesenheit (Fn. 7), S. 8; zu vergleichbaren Ansätzen im US-amerikanischen Recht siehe den Beitrag von Murschetz, ZfStw 3/2023, 164, in dieser Ausgabe.

<sup>64</sup> Kommission, Vorschlag für eine RL zur Stärkung der Unschuldsvermutung und des Rechts auf Anwesenheit (Fn. 5), Rn. 36.

<sup>65</sup> BVerfG, Beschl. v. 6.9.2016 – 2 BvR 890/16, Rn. 35; siehe auch BVerfG NStZ 1995, 555, sowie BGHSt 42, 139 (152); BGH NStZ-RR 2018, 286 (287).

<sup>66</sup> Nach Kommission, Bericht über die Umsetzung der RL (EU) 2016/343 über die Stärkung der Unschuldsvermutung und des Rechts auf Anwesenheit (Fn. 7), S. 8, gibt es in 14 Mitgliedstaaten keine Vorschriften, die es ausdrücklich verbieten, negative Schlussfolgerungen aus dem Schweigen zu ziehen.

<sup>67</sup> BVerfG NStZ 1995, 555; BVerfG, Beschl. v. 6.9.2016 – 2 BvR 890/16, Rn. 35; siehe auch BGHSt 42, 139 (152); BGH NJW 1984, 1829 (1830); BGH NStZ 1999, 47; BGH NJW 2000, 1962 (1963); BGH NStZ 2000, 494 (495); BGH NStZ-RR 2018, 286 (287); BGH, Beschl. v. 17.7.2019 – 4 StR 150/19. Der deutsche Gesetzgeber sah mit Blick auf die gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung keinen Umsetzungsbedarf bei Art. 7 Abs. 5 der Richtlinie Unschuldsvermutung, BMJV (Fn. 35), S. 14.

nemo-tenetur-Grundsatzes ansehen würden.<sup>68</sup> Ob hierdurch aber i.S.d. des EuGH (siehe oben II. 1.) sichergestellt ist, dass sich Beschuldigte jederzeit – und vor allem in der belastenden Situation einer polizeilichen Vernehmung – des Umfangs ihres Rechts (und den Konsequenzen einer Rechtsausübung) bewusst sind, erscheint zweifelhaft. Dass ein Schweigen nicht belastet, dürfte nicht ohne weiteres dem Rechtsgefühl der Bürger entsprechen. Hier wird vermutlich häufig die Vorstellung vorherrschen, dass derjenige, „der nichts zu verbergen hat“, aussagt und mit der Polizei kooperiert. Vor diesem Hintergrund wäre es sinnvoll, nicht nur eine explizite Umsetzung von Art. 7 Abs. 5 RL Unschuldsvermutung zu verlangen, sondern den Strafverfolgungsbehörden eine entsprechende Belehrungspflicht aufzuerlegen.<sup>69</sup> Die Belehrungsrichtlinie verlangt derzeit nur eine Belehrung über das Aussageverweigerungsrecht als solches, nicht über das hieran anknüpfende Beweiswürdigungsverbot (Art. 3 Abs. 1 lit. e Belehrungsrichtlinie i.V.m. Punkt D. der Musterbelehrung). Die RL Unschuldsvermutung schließt diese Lücke nicht.

Im Übrigen bleiben auch bei einer strikten, grundrechtsfreundlichen Interpretation von Art. 7 Abs. 5 RL Unschuldsvermutung Fragen zu Anwendungsbereich und Reichweite des Beweiswürdigungsverbots offen. Dies mag ein Blick auf die (komplexe) deutsche Rechtsprechung zum Teilschweigen verdeutlichen. So ist zwar grundsätzlich anerkannt, dass aus dem Schweigen der beschuldigten Person keine negativen Schlussfolgerungen gezogen werden dürfen.<sup>70</sup> Dies gilt aber uneingeschränkt nur dann, wenn die Einlassung zur Sache vollständig verweigert wird.<sup>71</sup> Das teilweise Schweigen darf als Beweiszeichen zu Lasten der beschuldigten Person verwertet werden, wenn sie „i.R.e. Einlassung zu einem bestimmten, einheitlichen Geschehen<sup>72</sup> zu dem betreffenden Teilaspekt auch auf konkrete Nachfrage hin keine Antwort gegeben hat oder nach den Umständen Angaben zu dem verschwiegenen Punkt zu erwarten gewesen wären, andere mögliche Ursachen des Verschweigens ausgeschlossen werden können und die gemachten Angaben nicht ersichtlich lediglich fragmentarischer Natur sind“.<sup>73</sup> Begründet wird dies

insbesondere damit, dass sich die beschuldigte Person durch ihre partielle Einlassung freiwillig zum Beweismittel gemacht und damit ihr Aussageverhalten der gerichtlichen Würdigung zur Verfügung gestellt hat.<sup>74</sup> Gänzlich unbedenklich ist diese Rechtsprechung nicht, da sie die beschuldigte Person, die sich einmal zur Sache eingelassen hat, dazu drängt, weiter auszusagen, und so das Schweigerecht teilweise entwertet.<sup>75</sup>

Beim zeitlichen Teilschweigen darf nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung des BGH ein anfängliches Schweigen (d.h. eine sehr späte Einlassung zur Sache, die beispielsweise erst in der Hauptverhandlung erfolgt) nicht negativ gewertet werden.<sup>76</sup> Allerdings kann der verspäteten Einlassung ggf. ein geringerer Beweiswert beigemessen werden – beispielsweise, wenn und weil die beschuldigte Person die Möglichkeit hatte, ihre Darstellung an bereits gehörte Zeugenaussagen und den bisherigen Ermittlungsstand anzupassen.<sup>77</sup> In der umgekehrten Situation, in der sich die beschuldigte Person zunächst zur Sache einlässt, sich dann aber in der Hauptverhandlung auf ihr Aussageverweigerungsrecht beruft, tendiert die Rechtsprechung wohl dazu, ein indiziell verwertbares Teilschweigen zu verneinen,<sup>78</sup> gestattet aber jedenfalls die Verwertung der vor Ausübung des Schweigerechts gemachten Aussage.<sup>79</sup> In beiden Konstellationen lässt sich fragen, ob hier die Geltung des nemo-tenetur-Grundsatzes nicht auf Beweisebene zurückgenommen wird. Ob dies mit einem strikt verstandenen Art. 7 Abs. 5 RL Unschuldsvermutung vereinbar ist, ist unklar. Gleiches gilt für die Fragen, ob Gestik und Mimik von schweigenden Beschuldigten zu ihren Lasten gewürdigt werden dürfen<sup>80</sup> oder ob das pauschale Bestreiten des Tatvorwurfs dem Schweigen gleich-

---

aktiven Verweigerung der (weiteren) Mitwirkung an der Sachverhaltsaufklärung grundsätzlich keine negativen Schlüsse gezogen werden, BGH NJW 2000, 1962; BGH NStZ 2011, 357; anders noch BGH NJW 1966, 209.

<sup>74</sup> Siehe BGH NJW 1966, 209; BGH NJW 1984, 1829 (1830); BGH NStZ 2000, 494 (495); BGH NStZ 2022, 761 (762).

<sup>75</sup> Siehe auch die Kritik bei *Velten*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 5., 5. Aufl. 2016, § 261 Rn. 66; *Rogall*, in: Wolter/Deiters (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, Vor § 133 Rn. 206 ff.

<sup>76</sup> BGHSt 20, 281; BGH NStZ 1999, 47; BGH NStZ-RR 2012, 18; BGH StV 2022, 776 (777); BGH, Beschl. v. 17.7.2019 – 4 StR 150/19; auch BGHSt 38, 302.

<sup>77</sup> BGH NStZ-RR 2012, 18; BGH StV 2022, 776 (777).

<sup>78</sup> OLG Zweibrücken StV 1986, 290; OLG Köln NStZ 1991, 52. In BGH NStZ 1999, 47, wurde festgestellt, dass aus dem vollständigen Schweigen in der Hauptverhandlung selbst keine negativen Schlüsse gezogen werden dürfen. Ob aber die vorherige Einlassung im Ermittlungsverfahren als indiziell verwertbares Teilschweigen verwertet werden kann, hat der *Senat* offengelassen.

<sup>79</sup> OLG Hamm NJW 1974, 1880; OLG Zweibrücken StV 1986, 290; OLG Köln NStZ 1991, 52 (53).

<sup>80</sup> Dagegen BGH StV 1993, 458.

---

<sup>68</sup> Kommission, Bericht über die Umsetzung der RL (EU) 2016/343 über die Stärkung der Unschuldsvermutung und des Rechts auf Anwesenheit (Fn. 7), S. 8.

<sup>69</sup> Angedeutet in Kommission, Vorschlag für eine RL zur Stärkung der Unschuldsvermutung und des Rechts auf Anwesenheit (Fn. 5), Rn. 36.

<sup>70</sup> Siehe Nachweise in Fn. 67.

<sup>71</sup> Das BVerfG hat hierzu festgehalten, dass „jedenfalls“ das vollumfängliche Schweigen nicht zu Lasten der beschuldigten Person gewertet werden darf, BVerfG NStZ 1995, 555; BVerfG, Beschl. v. 6.9.2016 – 2 BvR 890/16, Rn. 35.

<sup>72</sup> Keine indiziell verwertbares Teilschweigen liegt vor, wenn die beschuldigte Person zu einer von mehreren Taten schweigt, BGH NJW 1984, 1829 (1830); BGH NStZ 2000, 494.

<sup>73</sup> BGH StV 2022, 776 (777); ebenso BGH NW 2002, 2260; BGH NStZ 2015, 601; BGH NStZ 2022, 761 (762); siehe auch BGH NStZ 2000, 494; BGH NStZ 2011, 357; OLG Zweibrücken StV 1986, 290. Auch wenn sich die beschuldigte Person zur Sache einlässt, dürfen aber im Übrigen aus der

steht.<sup>81</sup> Hier wird man die Konkretisierung der europäischen Vorgaben durch den EuGH abwarten müssen.

#### IV. Beweisverwertungsverbot

Art. 10 Abs. 2 der RL Unschuldsvermutung wartet abschließend mit einem vorsichtigen Ansatz zur prozessualen Absicherung der Richtlinienrechte auf. Hiernach müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass bei der Würdigung von Aussagen von beschuldigten Personen, die unter Missachtung des nemo-tenetur-Grundsatzes zustande gekommen sind, die Verteidigungsrechte und das Recht auf ein faires Verfahren beachtet werden. Ausweislich von Erwägungsgrund 45 soll hierdurch der Rechtsprechung des EGMR Rechnung getragen werden, nach der die Zulassung und (belastende) Verwertung von Aussagen, die unter Verstoß gegen Art. 3 EMRK durch Folter oder sonstige Misshandlung erlangt wurden, das Verfahren insgesamt unfair machen; sie unterliegen daher einem Verwertungsverbot.<sup>82</sup> Bei weniger gravierenden Verstößen haben die Mitgliedstaaten allerdings ein weites Ermessen, wie sie mit Beweisen umgehen, die unter Verletzung des nemo-tenetur-Grundsatzes erlangt wurden; entscheidend ist allein, dass die Verteidigungsrechte im Übrigen gewahrt bleiben und das Verfahren insgesamt fair ist.<sup>83</sup> Hieran soll auch die RL Unschuldsvermutung nichts ändern; das Schweigerecht wird nicht durch ein hartes Beweisverwertungsverbot abgesichert.

#### V. Fazit: Vertane Chancen

Ein großer Wurf ist die RL Unschuldsvermutung nicht. Das mit dem Stockholmer Programm anvisierte Ziel, die in Art. 6 EMRK niedergelegten Grundsätze zu konkretisieren und so zu einheitlicheren Rechtsstandards innerhalb der Union beizutragen, wurde weitgehend verfehlt. Lediglich das in Art. 7 Abs. 5 RL Unschuldsvermutung kodifizierte Beweiswürdigungsverbot bringt – zumindest bei einer grundrechtsfreundlichen Auslegung der Norm – eine nennenswerte Stärkung der Rechte beschuldigter Personen. Im Übrigen werden lediglich allgemein bekannte Grundsätze ins Sekundärrecht übertragen, ohne dass eine inhaltliche Konkretisierung oder Weiterentwicklung des nemo-tenetur-Grundsatzes erfolgen würde. Kritische Punkte wie das Schweigerecht juristischer Personen, die Zulässigkeit heimlicher Ermittlungsmaßnahmen oder die Absicherung des Aussageverweigerungsrechts durch ein Beweisverwertungsverbot werden nicht aufgegriffen; sie sollen vielmehr unter Rückgriff auf die Rechtsprechung des

EGMR gelöst werden.<sup>84</sup> Dies ist nicht nur deswegen misslich, weil die Richtlinie daher keine nennenswerten Harmonisierungseffekte entfalten dürfte. Vielmehr nimmt der EGMR in seiner Rechtsprechung lediglich eine einzelfallbezogene ex-post-Kontrolle vor, im Rahmen derer Verstöße gegen die Verfahrensfairness grundsätzlich im Zuge einer Gesamtbetrachtung kompensiert werden können.<sup>85</sup> Mit der Richtlinie hätte die Union die Möglichkeit gehabt, rechtsgestaltend tätig zu werden, den beteiligten Akteuren ex ante einen klaren Handlungsmaßstab vorzugeben und so einen effektiven Beitrag zu einer europaweiten Stärkung der Beschuldigtenrechte zu leisten.<sup>86</sup> Sie blieb weitgehend ungenutzt.

<sup>81</sup> In diesem Sinne BGHSt 38, 203 (307); BGH NJW 1987, 2027 (2028); BGH NStZ 2000, 494; BGH StV 2022, 776 (777); weitere Beispiele aus der Rechtsprechung bei *Velten* (Fn. 75), § 261 Rn. 64.

<sup>82</sup> Siehe z.B. EGMR, Urte. v. 11.7.2006 – 54810/00 (*Jalloh v. Germany*), Rn. 105 ff.; EGMR, Urte. v. 1.6.2010 – 22978/05 (*Gäfen v. Germany*), Rn. 178.

<sup>83</sup> Hierzu *Meyer* (Fn. 43) Art. 6 Rn. 144 ff., 270 f., mit umfangreichen Rechtsprechungsverweisen und einem Überblick über die verschiedenen vom EGMR herangezogenen Kriterien.

<sup>84</sup> Siehe z.B. Erwägungsgrund 27 RL Unschuldsvermutung.

<sup>85</sup> Siehe hierzu mit weiteren Nachweisen *Ambos* (Fn. 11), § 10 Rn. 57 ff.

<sup>86</sup> Siehe auch die Kritik in BRAK, Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Rechts des Angeklagten auf Anwesenheit in der Verhandlung, 24/2018, 2018, S. 2.

*Dieser Beitrag analysiert, inwieweit sich das Schweigerecht – bzw. verschiedene Ausrasterungen des Schweigerechts – im Bereich der Rechtshilfe und insbesondere im Auslieferungsrecht auswirkt. Dabei erweist sich die noch junge Kammerentscheidung des BVerfG<sup>1</sup> aus dem Jahr 2016 als überholt (I.), da die europäische Rechtsentwicklung seitdem zu einer größeren Grundrechtssensibilität in der strafjustiziellen Zusammenarbeit in der EU geführt hat (II.). Das stärkt auch die transnationale Gewährleistung des Schweigerechts in und durch Deutschland, wengleich der Maßstab – teils vor-schnell – auf absolute Minima reduziert wird (III.).*

## I. 2 BvR 890/16 – oder: „Karlsruhe locuta, causa finita“?

Auf den ersten Blick scheint mit der Kammerentscheidung des BVerfG in der Sache „C“ zur auslieferungs- und rechtshilferechtlichen Dimension des Schweigerechts alles gesagt zu sein: „Eine Auslieferung [...] ist [...] nicht schon dann unzulässig, wenn die Selbstbelastungsfreiheit im Prozessrecht des ersuchenden Staates nicht in demselben Umfang gewährleistet ist, wie dies von Verfassungen wegen im deutschen Strafverfahren der Fall ist. Vielmehr ist die Auslieferung erst dann unzulässig, wenn selbst der dem Schutz von Art. 1 GG unterfallende Kernbereich des nemo-tenetur-Grundsatzes nicht mehr gewährleistet ist.“<sup>2</sup> Allerdings erweist sich diese Entscheidung als interpretationsbedürftig – nicht nur zur darin unterkomplex erörterten und verfassungsrechtlich noch immer klärungsbedürftigen Frage, ob und bejahendenfalls wo die Grenze zwischen Kern- und Randbereich der Selbstbelastungsfreiheit zu ziehen ist,<sup>3</sup> sondern auch im Hinblick auf die weitere europäische Rechtsentwicklung, in deren Kontext diese Entscheidung zu sehen ist.

### 1. Geschürte Hoffnungen auf „Verfassungsidentität“ – und deren bittere Enttäuschung

Zur besseren Einordnung sei der damalige Verfahrensablauf kurz skizziert: Gegen C lag ein von Justizbehörden des Vereinigten Königreichs ausgestellter Europäischer Haftbefehl vor, dem ein – u.a. wegen des Verdachts des Mordes ergangener – Haftbefehl des Central Hertfordshire Magistrates' Court zugrunde lag. Nachdem das KG die Auslieferung des C zur Strafverfolgung für zulässig erklärt hatte, erhob C Verfassungsbeschwerde mit der Begründung, dass er im dortigen Strafverfahren befürchten müsse, dass sein Schweigen bzw. die Nichtbeantwortung einzelner Fragen, gestützt auf § 35 Criminal Justice and Public Order Act 1994, im Rahmen der

Beweiswürdigung zu seinem Nachteil gewertet werden könnte. Damit drohe bei seiner Auslieferung an das Vereinigte Königreich eine Verletzung der Menschenwürdegarantie und damit der deutschen Verfassungsidentität. Wengleich das System des Europäischen Haftbefehls eine grundsätzliche Auslieferungspflicht vorsieht, setze die Verfassungsidentität dem Unionsrecht und seiner Anwendung eine Grenze, da Deutschland Menschenwürdeverletzungen nicht die Hand reichen dürfe. Somit stehe eine solche spezifische Menschenwürdeverletzung einer Auslieferung entgegen.<sup>4</sup>

Hoffnungen, der Beschwerdeführer könne mit dieser sog. „Identitätskontrolle“ durchdringen, wurden rasch geschürt, als das BVerfG in einer einstweiligen Anordnung – wengleich nur im Rahmen der Folgenabwägung – dezidiert auf einen Menschenwürdegehalt des Schweigerechts rekurrierte: „Ein [...] Schweigerecht wird in der Rechtsprechung als selbstverständlicher Ausdruck einer rechtsstaatlichen Grundhaltung bezeichnet, die auf dem Leitgedanken der Achtung vor der Menschenwürde beruh[t]. [...] [D]as aus der Menschenwürde des Beschuldigten hergeleitete Schweigerecht würde entwertet, müsste er befürchten, dass sein Schweigen später bei der Beweiswürdigung zu seinem Nachteil verwendet wird; eine Verwertung des Schweigens zum Schuldnachweis setzte den Beschuldigten mittelbar einem unzulässigen psychischen Zwang aus.“<sup>5</sup>

Doch diese Hoffnungen wurden exakt vier Monate später durch die Nichtannahme der Verfassungsbeschwerde enttäuscht. Das BVerfG bekräftigte darin seine Rechtsprechung, dass das Schweigerecht „zum einen im Rechtsstaatsprinzip verankert [ist] und von dem Recht auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG umfasst“ wird, und dass es „[z]um anderen [...] als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG anerkannt“ ist. Somit beruhe das Schweigerecht zwar auf dem „Leitgedanken der Achtung der Menschenwürde“,<sup>6</sup> sei aber nicht mit der Menschenwürdegarantie gleichzusetzen. Nun gehöre zwar, so das BVerfG weiter, zum „Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit“ das Recht, „dass im Rahmen des Strafverfahrens niemand gezwungen werden darf, sich durch seine eigene Aussage einer Straftat zu bezichtigen oder zu seiner Überführung aktiv beizutragen [...]“. Der Beschuldigte muss frei von Zwang eigenverantwortlich entscheiden können, ob und gegebenenfalls inwieweit er im Strafverfahren mitwirkt [...]. Ein Zwang zur Selbstbezichtigung berührt die Würde des Menschen, dessen Aussage gegen ihn selbst verwendet wird.“<sup>7</sup> Allerdings „ergibt sich aus der Verfassung kein ausnahmsloses Gebot, niemanden zu Auskünften oder sonstigen Handlungen zu zwingen, durch die er eine von ihm begangene strafbare Handlung offenbart [...]“. Unzumutbar und mit

<sup>1</sup> BVerfG, Beschl. v. 6.9.2016 – 2 BvR 890/16 m. Anm. und Bspr. (u.a.) *Epik*, ZStW 131 (2019), 131; *Esser*, StV 2017, 241; *Gärditz*, JZ 2016, 1116.

<sup>2</sup> BVerfG, Beschl. v. 6.9.2016 – 2 BvR 890/16, Rn. 36.

<sup>3</sup> Siehe hierzu *Epik*, ZStW 131 (2019), 131 (137 ff.); krit. *Burchard*, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas (Hrsg.), Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 54. Lfg., Stand: 2022, IRG § 73 Rn. 51; sowie den Beitrag von *Hong*, ZfIStW 3/2023, 143, in dieser Ausgabe.

<sup>4</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 6.9.2016 – 2 BvR 890/16, Rn. 2 ff.

<sup>5</sup> BVerfG, Einstweilige Anordnung v. 6.5.2016 – 2 BvR 890/16, Rn. 20 f.

<sup>6</sup> BVerfG, Beschl. v. 6.9.2016 – 2 BvR 890/16, Rn. 34.

<sup>7</sup> BVerfG, Beschl. v. 6.9.2016 – 2 BvR 890/16, Rn. 35.

der Würde des Menschen unvereinbar wäre“ – erst – „ein Zwang, durch eigene Aussagen die Voraussetzungen für eine strafgerichtliche Verurteilung oder die Verhängung entsprechender Sanktionen liefern zu müssen“.<sup>8</sup>

Daraus folgt die eingangs erwähnte, nicht rechtshilfespezifische Differenzierung zwischen Kern- und Randbereich: „Nur wenn der unmittelbar zur Menschenwürde gehörende Kerngehalt der Selbstbelastungsfreiheit berührt ist, liegt auch eine Verletzung von Art. 1 GG vor. Dies wäre etwa der Fall, wenn ein Beschuldigter durch Zwangsmittel dazu angehalten würde, eine selbstbelastende Aussage zu tätigen und so die Voraussetzungen für seine strafgerichtliche Verurteilung zu schaffen. Dagegen folgt unmittelbar aus Art. 1 GG nicht, dass ein Schweigen des Beschuldigten unter keinen Umständen einer Beweiswürdigung unterzogen und gegebenenfalls zu seinem Nachteil verwendet werden darf.“<sup>9</sup> Nun drohe nicht, dass der Beschwerdeführer „im ersuchenden Staat von den Strafverfolgungsbehörden oder von einem Gericht zu einer Aussage gezwungen werden könnte, was mit der Menschenwürde unvereinbar wäre“ und daher ein im Europäischen Haftbefehlsverfahren beachtliches Auslieferungshindernis begründen würde. Vielmehr drohe lediglich, dass „sein Schweigen unter Umständen der Beweiswürdigung [unterliegen] und [...] zu seinem Nachteil verwendet werden [kann], wodurch mittelbar ein Aussagedruck entstehen kann. Dies wiegt jedoch nicht so schwer wie ein Zwang zu einer Aussage oder gar zu einer Selbstbezeichnung“<sup>10</sup> und werde hier zusätzlich dadurch eingeehgt, dass „das Schweigen nur neben weiteren Beweismitteln im Rahmen einer Gesamtwürdigung zur Begründung einer Verurteilung herangezogen werden“ könne.<sup>11</sup>

## 2. Rechtliche Rekonstruktion

Das Meinungsspektrum zur rechtlichen Würdigung dieser Entscheidung wurde rasch breit aufgespannt: *Esser* wies darauf hin, dass sie Ausdruck der „immer noch vorhandenen Unterschiede im Schutzniveau und der konkreten Ausgestaltung des Schweigerechts in Europa“ sei, die auf zu wenig ambitionierter Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 Abs. 1 EMRK beruhe. Getragen von dem Wunsch, „dem für eine grenzüberschreitende strafrechtliche Zusammenarbeit in Europa notwendigen gegenseitigen Vertrauen [...] Rechnung [zu] tragen“, sei der vom BVerfG „proklamierte ‚Menschenwürde-Vorbehalt‘ aber letztlich doch zu einer recht abstrakten Drohkulisse“ mutiert.<sup>12</sup> Konträr hierzu erblickte *Gärditz* in der Entscheidung einen „verantwortungsvollen Umgang mit der grundrechtlichen Identitätskontrolle“, ja eine „verdienstvolle Beharrlichkeit des BVerfG, seine Reserveverantwortung für rechtsstaatliche Minima gegen bürokratische Vollzugsroutinen aufrecht zu erhalten“,<sup>13</sup> ohne dabei aber

vorschnell auf Art. 1 Abs. 1 GG zu rekurrieren.<sup>14</sup> *Epik* wiederum belegt in einer ausführlichen Analyse zum englischen Recht die dortigen Defizite des Schutzes des Schweigerechts vor allem auf der Verwertungsebene.<sup>15</sup> Entscheidend sei, so *Epik*, nicht das Vorliegen eines bloß mittelbaren Aussagedrucks, auf den das BVerfG abgestellt hatte, sondern eine „Gesamtschau“ des auf den Beschuldigten ausgeübten Drucks, sein Schweigen zu brechen.<sup>16</sup> Angesichts der im britischen Recht bestehenden Schutzmechanismen hält er die dortige Rechtslage indes für gerade noch vereinbar mit dem aus der Menschenwürde folgenden, nicht rechtshilfespezifisch zu bestimmenden „Kerngehalt der Selbstbelastungs- und Aussagefreiheit“.<sup>17</sup>

## 3. Integrations- und verfassungspolitische Rekonstruktion

Um die heutige Bedeutung der damaligen Entscheidung herauszudestillieren, ist diese allerdings verfassungs- und integrationspolitisch zu rekonstruieren – erging sie doch zu einer Zeit hoher rechtlicher wie politischer Dynamik:

Wenige Monate zuvor, im Dezember 2015, hatte das BVerfG die Identitätskontrolle gegen den EuGH in Stellung gebracht<sup>18</sup> – im konkreten Fall ohne Not<sup>19</sup> –, nachdem jener das gegenseitige Vertrauen überhöht hatte und sich in seinem Gutachten zum Beitritt der EU zur EMRK gegen eine menschenrechtliche Bindung desjenigen Staates, der innerhalb der EU um Rechtshilfe oder Auslieferung ersucht wird, ausgesprochen hatte.<sup>20</sup> An diesem scharfen Gegenwind aus Karlsruhe gegen den EuGH – und an der evidenten Notwendigkeit einer Residualkontrolle bei offensichtlich drohenden Grundrechtsverletzungen in demjenigen Staat, der um Rechtshilfe oder Auslieferung ersucht – knüpfte die Verfassungsbeschwerde an und sah sich, auch ausweislich der ergangenen einstweiligen Anordnung, auf einem guten Weg.

Indessen hatte der EuGH bereits am 5. April 2016 in seinem denkwürdigen *Aranyosi und Căldăraru-Urteil*<sup>21</sup> einen

<sup>14</sup> *Gärditz*, JZ 2016, 1116 (1117).

<sup>15</sup> *Epik*, ZStW 131 (2019), 131 (141 ff.).

<sup>16</sup> *Epik*, ZStW 131 (2019), 131 (137 ff.).

<sup>17</sup> *Epik*, ZStW 131 (2019), 131 (156 ff.).

<sup>18</sup> BVerfGE 140, 317 m. Anm. u. Bspr. (u.a.) *Burchardt*, *ZaöRV* 76 (2016), 527; *Bock*, ZIS 2019, 298; *Brodowski*, JR 2016, 415; *Kühne*, StV 2016, 299; *Meyer*, HRRS 2016, 332; *Nettesheim*, JZ 2016, 424; *Reinbacher/Wendel*, EuGRZ 2016, 333; *Satzger*, NStZ 2016, 514.

<sup>19</sup> *Bock*, ZIS 2019, 298 (302); *Brodowski*, JR 2016, 415 (422 f.).

<sup>20</sup> EuGH, Gutachten 2/13 v. 18.12.2014 (EMRK-Beitrittsabkommen) m. Anm. u. Bspr. (u.a.) *Breuer*, EuR 2015, 330; *Castán*, DÖV 2016, 12; *Franzius*, *ZaöRV* 75 (2015), 383; *Schorkopf*, JZ 2015, 781; *Thym*, EuZW 2015, 180; *Wendel*, NJW 2015, 921. Dies lag auch in Konsequenz vorheriger Rechtsprechung des EuGH zum RbEuHb, EuGH, Urt. v. 29.1.2013 – C-396/11 (Radu); EuGH, Urt. v. 26.2.2013 – C-399/11 PPU (Melloni); EuGH, Urt. v. 30.5.2013 – C-168/13 (Jeremy F.).

<sup>21</sup> EuGH, Urt. v. 5.4.2016 – C-404/15, C-669/15 PPU (*Aranyosi und Căldăraru*) m. Anm. u. Bspr. (u.a.) *Brodowski*,

<sup>8</sup> BVerfG, Beschl. v. 6.9.2016 – 2 BvR 890/16, Rn. 35.

<sup>9</sup> BVerfG, Beschl. v. 6.9.2016 – 2 BvR 890/16, Rn. 36.

<sup>10</sup> BVerfG, Beschl. v. 6.9.2016 – 2 BvR 890/16, Rn. 40.

<sup>11</sup> BVerfG, Beschl. v. 6.9.2016 – 2 BvR 890/16, Rn. 41.

<sup>12</sup> *Esser*, StV 2017, 241 (242 f.).

<sup>13</sup> *Gärditz*, JZ 2016, 1116 (1119).

Rechtsprechungswandel begründet: Den in Art. 3, 4, 4a RB 2002/584/JI eng begrenzten Gründen, aus denen ein Europäischer Haftbefehl abgelehnt werden kann, wurde ein verkappeter Reserve-Ablehnungsgrund – konkret bei unmenschlichen Haftbedingungen – beiseitegestellt. Diese Entscheidung ist Wendepunkt in der Rechtsprechung des EuGH zum Europäischen Haftbefehl<sup>22</sup> und Teil eines umfassenderen Wandels des EuGH hin zu grundrechtsorientierter Rechtsprechung.<sup>23</sup> Darauf konnte, ja musste das BVerfG reagieren, um nicht unnötig zusätzliches Öl ins Feuer der – in anderen Politikfeldern fortbestehenden – Konfliktlinien<sup>24</sup> zwischen BVerfG und EuGH zu gießen.

Hinzu tritt, dass sich die Bevölkerung des Vereinigten Königreichs am 23. Juni 2016 – und damit zwischen einstweiliger Anordnung und ablehnendem Kammerbeschluss des BVerfG – in einem Referendum für einen Austritt aus der Europäischen Union entschieden hatte. In einer Phase, in der die weitere europäische Integration des Vereinigten Königreichs derart fundamental auf der Kippe stand, wäre eine Entscheidung des BVerfG, das britische Strafprozessrecht sei menschenwürdig, nicht ohne Resonanz geblieben.<sup>25</sup> Wenngleich das BVerfG verpflichtet ist, allein unter Anwendung verfassungsrechtlicher Maßstäbe zu entscheiden, so operiert es nicht im politikfernen Raum. Daher ist es nicht ausgeschlossen, dass diese außen- bzw. europapolitische Entwicklung – und sei es nur unbewusst – das BVerfG in der verfahrensabschließenden Entscheidung zu größerer Zurückhaltung bewogen hat.

---

JR 2016, 415; *Kromrey/Morgenstern*, ZIS 2017, 106; *Meyer*, JZ 2016, 621; *Oehmichen*, StV 2017, 257; *Reinbacher/Wendel*, EuGRZ 2016, 333; *Satzger*, NSTZ 2016, 514.

<sup>22</sup> Siehe zuvor insb. EuGH, Urt. v. 28.2.2012 – C-192/12 PPU (West), Rn. 55; EuGH, Urt. v. 29.1.2013 – C-396/11 (Radu), Rn. 36; EuGH, Urt. v. 26.2.2013 – C-399/11 PPU (Melloni), Rn. 38; EuGH, Urt. v. 30.5.2013 – C-168/13 (Jeremy F.), Rn. 36; EuGH, Urt. v. 16.7.2015 – C-237/15 PPU (Lanigan), Rn. 36.

<sup>23</sup> Deutlich wird dies etwa in seiner Rechtsprechung zu Art. 49 Abs. 3 GRCh (hierzu *Brodowski*, Die Evolution des Strafrechts, 2023, S. 271 ff. m.w.N.) und zu Art. 50 GRCh (exemplarisch EuGH, Urt. v. 28.10.2022 – C-435/22 PPU).

<sup>24</sup> Insbesondere entbrannte ein Streit über die Geldpolitik der EZB, der in BVerfGE 154, 17 (Kompetenzwidrigkeit der Beschlüsse der EZB zum Staatsanleiheprogramm) kulminierte.

<sup>25</sup> Eine besondere Schärfe hätte es zudem bedeutet, wenn das BVerfG in einer solchen Entscheidung auf den kurz zuvor erlassenen Art. 7 RL (EU) 2016/343 rekurriert hätte (siehe hierzu die Beiträge von *Bock*, ZfISTw 3/2023, 189, und *Müller*, ZfISTw 3/2023, 180; jeweils in dieser Ausgabe), der nur aufgrund britischer Sonderrechte nicht für das Vereinigte Königreich galt, vgl. Erwägungsgrund 50 RL (EU) 2016/343 i.V.m. Protokoll Nr. 21 über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands hinsichtlich des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Bemerkenswerterweise sind Irland und Dänemark durch diese Richtlinie ebenfalls nicht gebunden, vgl. Erwägungsgründe 50 und 51 RL (EU) 2016/343.

All dies führt dazu, dass die damalige Kammerentscheidung nicht überbewertet, sondern als Kind ihrer Zeit gesehen werden sollte: Heutzutage ist – auch im auslieferungs- und rechtshilferechtlichen Kontext – Art. 7 RL (EU) 2016/343 ebenso in den Blick zu nehmen wie der neu austarierte Grundrechtsschutz durch EuGH und BVerfG, der – seit Dezember 2020 auch durch das BVerfG<sup>26</sup> – primär am Maßstab der Unionsgrundrechte ausgerichtet ist; die Identitätskontrolle ist nur noch als Rückfallebene verblieben. Der Beschluss im Verfahren 2 BvR 890/16 ist, jedenfalls im Bereich des Europäischen Haftbefehls, überholt, und für den europäischen Kontext „zu national gedacht“.

## II. Die Gewährleistung des Schweigerechts in der strafjustiziellen Zusammenarbeit in der EU

Daher sei nun der Blick gewendet hin zur Ebene der EU: Wie gewährleistet diese das Schweigerecht in der innereuropäischen strafjustiziellen Zusammenarbeit – sei es vor Auslieferung bzw. Überstellung in einen Mitgliedstaat, in dem das Schweigerecht unzureichend gewährleistet wird, sei es vor Rechtshilfe für einen solchen Mitgliedstaat?

### 1. Priorisierung der Gewährleistung eines hinreichenden Menschenrechtsschutzes im Strafverfolgungsstaat

Aus Perspektive des Europäischen Strafrechts steht für eine Gewährleistung eines hinreichenden Menschenrechtsschutzes primär derjenige Staat in der Verantwortung, der die Strafverfolgung selbst betreibt. Dies ist das Fundament des – zumindest postulierten – „gegenseitigen Vertrauens“ und somit auch der gegenseitigen Anerkennung strafjustizieller Entscheidungen. Besonders deutlich wird dies im Kontext des Europäischen Haftbefehls: Der EuGH betont in ständiger Rechtsprechung, dass die Verhältnismäßigkeit einer Inhaftierung, aber auch die Einhaltung weiterer Grund- und Menschenrechte vorrangig durch den ausstellenden Mitgliedstaat zu gewährleisten ist.<sup>27</sup> Das lässt sich – bezogen auf den Europäischen Haftbefehl und auch auf die transnationale Vollstreckung von Strafen – bruchlos auf das Schweigerecht anwenden: Im Grundsatz wird darauf vertraut, dass die Strafverfolgung im Ausstellungsstaat die Menschenrechte zumindest so weitreichend achtet, dass es europäischen Mindeststandards genügt. Ein darüber hinausreichender Schutz kann durch den Vollstreckungsstaat hingegen nicht verlangt werden und berechtigt diesen nicht, die Vollstreckung z.B. eines Europäischen Haftbefehls zu verweigern.

An sich lässt sich dies auch auf die Europäische Ermittlungsanordnung und damit auf den Bereich sonstiger Rechtshilfe übertragen. Eine Modifikation ist jedoch zu beachten, soweit die Leistung der Rechtshilfe auf Durchführung einer

---

<sup>26</sup> BVerfGE 152, 216 m. Bspr. (u.a.) *Swoboda*, ZIS 2021, 66; *Heger/Huthmann*, ZStW 133 (2021), 777, sowie BVerfGE 156, 182 m. Bspr. (u.a.) *Brodowski*, StV 2021, 682.

<sup>27</sup> Exemplarisch EuGH, Urt. v. 5.4.2016 – C-404/15, C-669/15 PPU (Aranyosi und Căldăraru), Rn. 85 ff., 90, 99, 103, unter impliziter Inbezugnahme der Schlussanträge des Generalanwalts Bot v. 3.3.2016 – C-404/15, C-669/15 PPU, Rn. 176 ff.

Vernehmung (vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. c RL 2014/41/EU) einschließlich einer telefonischen (vgl. Art. 25 RL 2014/41/EU) oder audiovisuellen Vernehmung (vgl. Art. 24 RL 2014/41/EU) gerichtet ist: Dann ist der Vollstreckungsstaat an der Durchführung konkret beteiligt und hat zumindest die Möglichkeit – bei grundrechtsorientierter Auslegung auch die Pflicht –, auf die grundrechtskonforme Durchführung der Ermittlungsmaßnahme hinzuwirken. Wesentliche Pfade hierfür sind, dass die ersuchte Maßnahme primär nach dem Recht des Vollstreckungsstaats durchzuführen ist (also z.B. unter Beachtung inländischer Belehrungspflichten) und vom Anordnungsstaat gewünschte „Formvorschriften und Verfahren“ (etwa eine spezifische Formulierung der Belehrung über das Schweigerecht) nur einzuhalten sind, soweit sie „nicht im Widerspruch zu den wesentlichen Rechtsgrundsätzen des Vollstreckungsstaats stehen“ (Art. 9 Abs. 2 RL 2014/41/EU). Bei einer audiovisuellen Vernehmung, die bei Beschuldigten ohnehin nur mit deren Zustimmung durchgeführt werden kann (Art. 24 Abs. 2 lit. a RL 2014/41/EU), besteht zudem die Pflicht zu einer Belehrung über das „Aussageverweigerungsrecht“ nach dem Recht beider Staaten (Art. 24 Abs. 5 lit. a RL 2014/41/EU) sowie eine Pflicht des „Vertreter[s] der zuständigen Behörde des Vollstreckungsstaats“, bei einer drohenden Verletzung der „wesentlichen Grundsätze des Rechts des Vollstreckungsstaats“ einzuschreiten und diese zu unterbinden (Art. 24 Abs. 5 lit. a RL 2014/41/EU). In Bezug auf die Vernehmung ist die Verantwortung für die Achtung des Schweigerechts daher zumindest geteilt, wenn nicht sogar prioritär auf den Vollstreckungsstaat übertragen.

## 2. Unionsrechtliche Absicherung des Schweigerechts im Strafverfolgungsstaat

Das Vertrauen in die Gewährleistung des Schweigerechts in demjenigen EU-Mitgliedstaat, der die Strafverfolgung führt, lässt sich inzwischen nicht mehr nur auf die Geltung der EMRK in allen Mitgliedstaaten stützen, sondern – mit Ausnahme Dänemarks und Irlands – auch auf Art. 7 der RL (EU) 2016/343: Die Mitgliedstaaten haben bezogen auf das „Recht, die Aussage zu verweigern, und das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen“ sicherzustellen, dass „[d]ie Wahrnehmung des Rechts, die Aussage zu verweigern, oder des Rechts, sich nicht selbst belasten zu müssen“ zumindest nicht „als Beweis“ für die Schuld gelten darf. Im Übrigen aber weist diese Bestimmung – auch im Lichte des Erwägungsgrundes 28 – einen sehr interpretationsbedürftigen Regelungsgehalt auf,<sup>28</sup> der bislang auch weder durch Rechtsprechung des EuGH noch im Kommissionsbericht zur Umsetzung der Richtlinie<sup>29</sup> näher konturiert wurde.

Allerdings ist Art. 7 RL (EU) 2016/343 seinerseits im Lichte der EU-Grundrechtecharta auszulegen, die insoweit ohne Weiteres anwendbar ist (vgl. Art. 51 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GRCh). Art. 47 Abs. 2 und Art. 48 GRCh wiederum haben durch die Große Kammer des EuGH im wirtschaftsstrafrechtlichen Kontext im Februar 2021 eine wesentliche Präzisie-

rung erfahren: Kohärent zur Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 EMRK sei diesen Bestimmungen auch das nicht ausdrücklich erwähnte Schweigerecht zu entnehmen, das „eine allgemein anerkannte Norm des Völkerrechts darstellt, die zum Kern des Begriffs des fairen Verfahrens gehört. Indem der Angeklagte vor missbräuchlichem Zwang der Behörden bewahrt wird, trägt dieses Recht dazu bei, Justizirrtümer zu vermeiden und das mit Art. 6 [EMRK] angestrebte Ergebnis zu gewährleisten [...]“.<sup>30</sup> Dieses Schweigerecht werde „u.a. dann verletzt, wenn ein Verdächtiger, dem bei einer Aussageverweigerung Sanktionen drohen, entweder aussagt oder wegen seiner Weigerung bestraft wird“.<sup>31</sup> Zu mittelbaren Zwangswirkungen – etwa einer nachteiligen Beweiswürdigung bei Teilschweigen – brauchte sich der EuGH angesichts der konkreten Vorlagefragen nicht zu verhalten. Jedenfalls aber sei das Schweigerecht, so der EuGH weiter, „bei vernünftiger Betrachtung nicht auf Eingeständnisse von Fehlverhalten oder auf Bemerkungen, die unmittelbar die befragte Person belasten, beschränkt [...], sondern erstreckt sich auch auf Informationen über Tatsachenfragen, die später zur Untermauerung der Anklage verwendet werden und sich damit auf die Verurteilung dieser Person oder die gegen sie verhängte Sanktion auswirken können“.<sup>32</sup> Wesentlich war in dieser Entscheidung, dass der EuGH das Schutzniveau bezogen auf natürliche Personen entwickelte und explizit von der im Kartellsanktionenrecht für Unternehmen geltenden Mitwirkungspflicht differenzierte.<sup>33</sup>

## 3. Ablehnung strafjustizieller Zusammenarbeit bei unzureichender Gewährleistung des Schweigerechts im Anordnungsstaat

Unbeschadet der unionsrechtlichen Priorisierung der Gewährleistung des Schweigerechts durch den Anordnungsstaat: Welche Möglichkeiten, welche Pflichten verbleiben für eine Residualkontrolle durch den Vollstreckungsstaat, wenn Anzeichen dafür bestehen, dass das Schweigerecht dort nicht hinreichend gewährt wird? Die RL (EU) 2016/343 schweigt zum transnationalen Kontext. Wie der EuGH zu einer anderen strafverfahrensrechtlichen Richtlinie bereits ausgeführt hat, lassen sie sich auch nicht entsprechend auf das Auslieferungs- und Rechtshilferecht übertragen.<sup>34</sup> Vielmehr wacht über die zureichende Umsetzung dieser Richtlinien grundsätzlich<sup>35</sup> die Kommission, die hierbei indes keine aktuellen Einzelfälle, sondern die systemische Rechtslage in den Blick nimmt.<sup>36</sup>

<sup>30</sup> EuGH, Urt. v. 2.2.2021 – C-481/19 (DB), Rn. 38.

<sup>31</sup> EuGH, Urt. v. 2.2.2021 – C-481/19 (DB), Rn. 39.

<sup>32</sup> EuGH, Urt. v. 2.2.2021 – C-481/19 (DB), Rn. 40.

<sup>33</sup> EuGH, Urt. v. 2.2.2021 – C-481/19 (DB), Rn. 46 ff; siehe hierzu den Beitrag von Müller, ZfIStw 3/2023, 180, in dieser Ausgabe.

<sup>34</sup> EuGH, Urt. v. 28.1.2021 – C-649/19 (IR) zur RL 2012/13/EU.

<sup>35</sup> Zwar können auch Mitgliedstaaten untereinander ein Vertragsverletzungsverfahren bestreiten; dies ist jedoch in der europäischen Rechtspraxis atypisch.

<sup>36</sup> Zur Methodik Brodowski (Fn. 23), S. 466 f. m.w.N.

<sup>28</sup> Siehe hierzu den Beitrag von Bock, ZfIStw 3/2023, 189, in dieser Ausgabe.

<sup>29</sup> KOM (2021) 144 endg. v. 31.3.2021, S. 8.

Eine Europäische Ermittlungsanordnung kann aber vom Vollstreckungsstaat – über die zuvor genannten Besonderheiten bei Vernehmungen hinausgehend – abgelehnt werden, wenn „berechtigte Gründe für die Annahme“ bestehen, dass die Vollstreckung mit dem europäischen *ordre public* unvereinbar wäre (Art. 11 Abs. 1 lit. f RL 2014/41/EU). Dieser europäische *ordre public* richtet sich unmittelbar nach Art. 6 EUV und der GRCh; zu dessen Auslegung und Konturierung aber kann neben der EMRK auch die – diffuse – Bestimmung in Art. 7 RL (EU) 2016/343 herangezogen werden. Dieser europäische Mindeststandard erkennt zwar divergente Ausdifferenzierungen des Schweigerechts an, wie sich z.B. an den Streitfragen des Teilschweigens, des Einsatzes von Polygraphen oder an der Berücksichtigung nonverbalen Verhaltens des Beschuldigten zeigt.<sup>37</sup> Wichtig ist aber, dass dieser Mindeststandard europäisch zu bestimmen und nicht notwendigerweise gleichzusetzen ist mit dem, was nach deutschem Verständnis eine Verletzung des Menschenwürdekerns des Schweigerechts bedeuten würde.<sup>38</sup> Allerdings ist zu betonen, dass Art. 11 Abs. 1 lit. f RL 2014/41/EU zwar eine Ablehnung der Leistung von Rechtshilfe ermöglicht, nicht aber dazu zwingt – so aber die deutsche Umsetzung in §§ 73 S. 2, 91b Abs. 3 IRG.<sup>39</sup>

Im Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl fehlt es an einem vergleichbaren Ablehnungsgrund des europäischen *ordre public*. Als Ausweg, das Schweigerecht auch hier abzusichern, besteht aber die Möglichkeit, die Rechtsprechung des EuGH zum verkappten Ablehnungsgrund des Art. 1 Abs. 3 RB 2002/584/JI heranzuziehen: Zwar hat der EuGH diesen Weg bislang lediglich bei unzureichenden Haftbedingungen<sup>40</sup> und bei Mängeln der Rechtsstaatlichkeit, insbesondere bezogen auf eine mangelnde Unabhängigkeit der Justiz,<sup>41</sup> beschritten. Die fragile normative Grundlage ist aber offen für eine Übertragung auf andere Grundrechtsgewährleistungen. Für das Schweigerecht problematisch ist indes, dass der vom EuGH angewandte zweistufige Test erstens einen Nachweis „systemischer oder allgemeiner Mängel“ verlangt, die sich zweitens auch im Einzelfall konkret auswirken drohen müssen. Wird daher, aus der Perspektive des Art. 6 Abs. 1 EMRK, das Schweigerecht im anderen Mitgliedstaat grundsätzlich hinreichend gewährleistet, so kann einer Auslieferung nicht entgegeng gehalten werden, dass

<sup>37</sup> Siehe hierzu den Beitrag von *Bock*, ZfIStw 3/2023, 189, in dieser Ausgabe.

<sup>38</sup> In diese Richtung aber *Epik*, ZStW 131 (2019), 131 (154 ff.).

<sup>39</sup> Zur Frage, ob eine Umsetzung fakultativer als zwingende Ablehnungsgründe unionsrechtskonform ist, liegen dem EuGH zum Europäischen Haftbefehl Vorabentscheidungsersuchen des KG vor, die unter den Rs. C-396, 397 und 398/22 geführt werden.

<sup>40</sup> Grundlegend EuGH, Urt. v. 5.4.2016 – C-404/15, C-669/15 PPU (Aranyosi und Căldăraru).

<sup>41</sup> Grundlegend EuGH, Urt. v. 25.7.2018 – C-216/18 PPU (LM) mit Anm. und Bespr. (u.a.) *Bárd/van Ballegooij*, NJECL 9 (2018), 353; *Böhm*, NSTZ 2019, 256 (260 f.); *Hummer*, EuR 2018, 653; *Stotz*, ZIS 2018, 443 (448 f.); *Wendel*, EuR 2019, 111.

die Schutzmechanismen in einem atypischen Fall unzureichend sind oder unzureichend berücksichtigt wurden. Abhilfe und eine Annäherung zur Europäischen Ermittlungsanordnung könnte hier indes eine Generalisierung des Vorschlags des Generalanwalts Sánchez-Bordona bringen, dem zufolge bei einer atypischen, aus Besonderheiten des speziellen Falles folgenden schwerwiegenden Gefahr einer Grundrechtsverletzung die erste Stufe zu überspringen und lediglich die zweite Stufe – konkretes Risiko im Einzelfall – zu prüfen sei.<sup>42</sup>

### III. Zur transnationalen Gewährleistung des Schweigerechts durch Deutschland

Anders als dies die einstweilige Anordnung und sodann die Kammerentscheidung des BVerfG aus dem Jahr 2016 nahelegen, ist zur transnationalen Absicherung des Schweigerechts gegenüber Mitgliedstaaten der EU ein Rückgriff auf die Identitätskontrolle entbehrlich: Deutschland hat, wenn im ersuchenden Staat eine Unterschreitung des europäischen Mindeststandards droht, explizit die Möglichkeit, eine Europäische Ermittlungsanordnung abzulehnen, und implizit – jedenfalls bei couragierter Lesart des Art. 1 Abs. 3 RB 2002/584/JI – die Möglichkeit, einen Europäischen Haftbefehl nicht zu vollstrecken.<sup>43</sup> Innerstaatlich ist dies durch § 73 S. 2 IRG bzw. § 91b Abs. 3 IRG auch zu einer Pflicht verdichtet, über deren Einhaltung – am Maßstab der GRCh – das Bundesverfassungsgericht auf Verfassungsbeschwerde hin wacht.

Gegenüber Nicht-EU-Mitgliedstaaten<sup>44</sup> – und daher inzwischen auch gegenüber dem Vereinigten Königreich<sup>45</sup> – sind die Ablehnungsmöglichkeiten hingegen erweitert: Nach § 73 S. 1 IRG ist insoweit die Leistung von Rechtshilfe „unzulässig, wenn sie wesentlichen Grundsätzen der deutschen Rechtsordnung widersprechen würde“ (deutscher *ordre public*). Bei aller Notwendigkeit einer Wertungsoffenheit gegenüber der Austarierung des Menschenrechtsschutzes in anderen Staaten ist es keineswegs zwingend, dies mit dem europäischen Mindeststandard gleichzusetzen<sup>46</sup> oder nur auf den Menschenwürdekern des Schweigerechts zu reduzieren.

<sup>42</sup> EuGH, Schlussanträge v. 1.12.2022 – C-699/21 (E.D.L.), zu einer schwerwiegenden Gefahr für die Gesundheit der gesuchten Person.

<sup>43</sup> Wer unter dieser Prämisse für einen verbleibenden Anwendungsbereich für die Identitätskontrolle streitet, müsste zunächst einen menschenwürderelevanten Kern des Schweigerechts herausdestillieren, der nicht vom europäischen Mindeststandard abgedeckt ist.

<sup>44</sup> Ausnahme: Norwegen und Island, vgl. § 73 S. 2 IRG.

<sup>45</sup> Das Vereinigte Königreich betreffend enthält Art. 604 lit. c Abkommen über Handel und Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft einerseits und dem Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland andererseits (EU-UK-Abkommen) einen verkappten Grundrechtsvorbehalt, bei dem – anders als beim *europäisch* zu verstehenden Art. 524 Abs. 2 EU-UK-Abkommen – ein Auslegungsspielraum hin zu einem *nationalen* *ordre public* besteht.

<sup>46</sup> Dies wäre mikrosystematisch im Hinblick auf § 73 S. 2 IRG ohnehin zweifelhaft.

Vielmehr öffnet dies die Chance, auch solchen wesentlichen Wertentscheidungen des Gesetzgebers transnationale Wirkung zu verleihen, die oberhalb des unverzichtbaren Minimums<sup>47</sup> liegen. Bezogen auf das Schweigerecht heißt dies etwa Folgendes: Die Flankierung von Mitwirkungspflichten (etwa im Insolvenzrecht) durch strikte strafrechtliche Verwendungsverbote, die das BVerfG aus Gründen der Verhältnismäßigkeit verlangt,<sup>48</sup> unterliegt zwar nicht dem Menschenwürdekern des Schweigerechts. Derartige Verwendungsverbote sind aber als wesentliche Grundentscheidung der deutschen Rechtsordnung auch im Rechtshilfe- und Auslieferungsrecht vermittelt über § 73 S. 1 IRG beachtlich.

Wird umgekehrt gegenüber Deutschland Rechtshilfe geleistet, ist die Pflicht zur Gewährleistung des Schweigerechts durch deutsche Stellen in den Blick zu nehmen: Man denke an die Verwertung von Erkenntnissen, die ein anderer Staat unter Verletzung des Schweigerechts erhoben hat (z.B. infolge unterbliebener Belehrung des Beschuldigten über seine Rechte). Zieht man die aktuelle Leitentscheidung des 5. *Strafsenats* zur Verwertbarkeit von durch ausländische Stellen erhobenen Beweismitteln heran, so ist einzige hier relevante Verwertungsschranke der deutsche bzw. europäische *ordre public*<sup>49</sup> und damit nur eine fragmentarische, auf seine Essenz reduzierte Gewährleistung des Schweigerechts. Allerdings: Waren deutsche Stellen im Vorfeld an der Beweiserhebung durch ausländische Stellen beteiligt, so müssen sie sich fragen lassen, ob sie alles unternommen haben, um auf die umfassende Gewährleistung des Schweigerechts im konkreten Fall hinzuwirken.<sup>50</sup>

#### IV. Schluss

Im Auslieferungs- und Rechtshilferecht kann § 73 S. 1 IRG mutig(er) in Stellung gebracht werden, um das Schweigerecht über seinen Menschenwürdekern hinausgehend auch transnational zu schützen. In der europäisch-transnationalen Zusammenarbeit wiederum ist evident, dass die Gewährleistung des Schweigerechts – anders als dies das BVerfG 2016 nahelegte – nicht auf einen Menschenwürdekern reduziert, sondern europäisch zu vermessen ist. Es verbleibt aber ein schaler Beigeschmack: Der Schutz des Schweigerechts reicht insoweit nicht weiter als die gesamt Betrachtungsfixierte Rechtsprechung des EGMR und die diffuse Regelung in Art. 7 RL (EU) 2016/343. Abhilfe könnte, bis zu einem Eingreifen des Gesetzgebers, eine Fortentwicklung der EuGH-Rechtsprechung liefern, die dieser auf Grundlage der Art. 47 Abs. 2, 48 GRCh begründet hat<sup>51</sup> – aber das bedarf geeigneter Vorlagen durch mitgliedstaatliche Gerichte.

---

<sup>47</sup> Gleich ob man diesen menschenwürdebezogen bestimmt – so tendenziell das BVerfG – oder im Rahmen der Verhältnismäßigkeit Rechtshilfe- und außenpolitische Belange mitberücksichtigt – so *Burchard* (Fn. 3), IRG § 73 Rn. 51.

<sup>48</sup> BVerfGE 56, 37 (41).

<sup>49</sup> Vgl. BGHSt 67, 29 (Rn. 34 ff.).

<sup>50</sup> Vgl. *Brodowski*, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas (Fn. 3), IRG Vor § 68 Rn. 12 ff.

<sup>51</sup> EuGH, Urt. v. 2.2.2021 – C-481/19 (DB); siehe hierzu den Beitrag von *Müller*, ZfIStw 3/2023, 180, in dieser Ausgabe.

# Die rätselhaften Debatten zum strafrechtlichen Rechtsgüterschutz – wieso gelingt es so selten, die strafrechtliche Gesetzgebung zu begrenzen?

Zum 90. Geburtstag von Wolfgang Naucke am 8. Juni 2023

Von Prof. Dr. Monika Frommel, Kiel

*In den Dienstags-Seminaren zu Zeiten, in denen Wolfgang Naucke aktiv war, wurde engagiert debattiert.<sup>1</sup> Zwar waren die Frankfurter Strafrechtler selten einer Meinung, doch einte sie das Ziel, Strafrecht eng zu begrenzen und den Bestimmtheitsgrundsatz ernstzunehmen. Der Frage, wieso dieser Appell die Politik jedoch nur selten erreicht, soll im Folgenden historisch nachgegangen werden. Ich widme diese Überlegungen Wolfgang Naucke zum 90. Geburtstag am 8. Juni 2023. Ihm war klar, dass Schönwetterperioden in der Kriminalpolitik seltene Erscheinungen sind.*

## **I. Die erste Etappe 1969–1973 – eine Schönwetterperiode: Der Wechsel im Sexualstrafrecht vom strafrechtlichen Schutz der „Sittlichkeit“ zur Stärkung des sexuellen Selbstbestimmungsrechts**

Die in den 1970er Jahren erfolgte Umbenennung der Überschrift des 13. Abschnitts („Sittlichkeitsdelikte“) in Delikte gegen das „sexuelle Selbstbestimmungsrecht“ klang vielversprechend. Man hoffte, dass künftig nicht mehr – wie seit 1871 – die konventionelle Sexualmoral das strafrechtliche „Schutzgut“ sein soll, sondern nur noch individuelle Freiheitsrechte<sup>2</sup>. Das Ziel war 1969–1973 eine Begrenzung der staatlichen Strafgewalt. In der Folgezeit erwies sich allerdings, dass auch das Rechtsgut des sexuellen Selbstbestimmungsrechts nicht nur eine begrenzte Funktion hat, sondern eher eine Politik der Erweiterung des Sexualstrafrechts begründet. Dies geschah spätestens seit den 2000er Jahren, zwar nicht mehr im altmodischen Sinne der Verteidigung einer moralischen Ordnung, sondern im Interesse eines weit gespannten Opferschutzes. Dieser ist äußerst ambivalent. Schützt man individuelle Interessen, passt die Chiffre „Opferschutz“ zum Rechtsgutsgedanken. Doch dient die opferschützende Zielrichtung meist einer neuen Kollektivmoral, etwa bei Themen wie Kinder- und Jugendschutz, besonders deutlich bei den Besitzdelikten, die Drogen und Pornografie betreffen. Definiert man dann noch „Kind“ als eine Person unter 18 Jahren (die amerikanische Lesart), ist einer protektionistischen Ausdehnung des Strafrechts fast keine Grenze mehr gesetzt. Politisch gefordert und gewährt werden nach dieser Lesart stark verallgemeinerte Schutzansprüche potenziell verletzter Personen. Die Ziele des liberalen Rechtsgüterschutzes sind weitgehend suspendiert.

<sup>1</sup> *Kuhlen*, in: Brunhöber/Burchard/Günther/Jahn/Jasch/Silva Sánchez/Singelstein (Hrsg.), *Strafrecht als Risiko*, Festschrift für Cornelius Prittwitz zum 70. Geburtstag, 2023, S. 131.

<sup>2</sup> Rechtlich geschützte Interessen folgen aus der gesamten Rechtsordnung. Das sexuelle Selbstbestimmungsrecht ist ein spezifisches Persönlichkeitsrecht. Es ist somit ein klassisches Individualrechtsgut, welches den seit 1871 unterstellten Normenschutz abgelöst hat.

## *1. Die Rechtslage bei sexuellem Missbrauch, sexueller Nötigung und Vergewaltigung in den 1970er Jahren bis 2016*

War die Strafgesetzgebung bei historischer Betrachtungsweise konsequent und bewirkte eine Entmoralisierung? Was waren die praktischen Konsequenzen aus der anspruchsvollen theoretischen Annahme, dass nicht kollektive Normen, sondern nur personale Rechtsgüter, also rechtlich geschützte individuelle Interessen, strafrechtlich geschützt werden dürfen?

Sieht man von der Streichung der Strafbarkeit der Homosexualität (Erwachsener) und des Ehebruchs ab, war der „Schutz“ des sexuellen Selbstbestimmungsrechts – die Schutz-Terminologie ist nicht nur zufällig eine Folge der Rede vom „Rechtsgüterschutz“ – in den 1970er Jahren eher eng gefasst.

Nehmen wir als Beispiel die beiden häufigsten Delikte: sexueller Missbrauch von Kindern (im deutschen Recht liegt das Schutzalter unter 14 Jahren) und sexuelle Nötigung/Vergewaltigung. Die Sensibilität für sexuell missbrauchte Kinder war früher eher gering, und sexuelle Nötigung/Vergewaltigung war in den 1970er Jahren nach wie vor als Verbrechen eingestuft, aber nur strafbar, wenn körperliche „Gewalt“ (bis 1997 eher eng verstanden als unmittelbar körperlich wirksamer Zwang) angewandt wurde. Außerdem musste die so definierte Gewalt auch „final-kausal“ gewesen sein für den erzwungenen sexuellen Kontakt. Es genügte also nicht eine sexuelle Handlung in einem Klima der Gewalt oder in einer zugespitzten sozialen Zwangslage.<sup>3</sup>

## *2. Änderungsgesetzgebung 2016 („Nein heißt Nein“)*

Seit 2016 ist der Anwendungsbereich des „Rechtsgüterschutzes“ bei sexueller Gewalt im weitesten Sinne erheblich erweitert.<sup>4</sup> Neben den herkömmlichen Verbrechenstatbeständen gibt es einen neuen Auffangtatbestand („Nein heißt Nein“), der Konstellationen erfassen soll, die bisher entweder nicht strafbar waren (keine Gewalt oder Drohung) oder kaum zu beweisen. Für Juristen ist es klar, dass bereits die Konstruktion eines Vergehenstatbestandes, der Lücken schließen soll, die

<sup>3</sup> Eine Erweiterung des engen Gewaltbegriffs erfolgte erst 1997 durch die Ausnutzungsvariante. Die Novellierung von 2016 ging jedoch ganz andere Wege.

<sup>4</sup> *Biedermann/Volbert*, MschrKrim 2020, 250, abrufbar unter <https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/mks-2020-2058/html?lang=de> (15.6.2023). Gestiegen sind bei kriminologischer Analyse die neu – als Vergehen definierten – Delikte. Die PKS registriert deshalb einen Anstieg der Gruppe „Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung“. Doch bei der Zahl der Verurteilten ändert sich nichts. Es wurde also lediglich die Strafbarkeit bei weniger gravierenden Übergriffen erweitert, was bei den neuen Vergehenstatbeständen zu einem Anstieg der polizeilichen Registrierung führt. Die Verbrechen der Vergewaltigung nehmen hingegen nicht zu. Vgl. hierzu vertiefend *Frommel/Buchholz*, NK 2018, 368.

Praxis der Strafverfolgung radikal verändert. Doch bevor dies geschildert wird, betrachten wir den Wortlaut.

Nach dem im November 2016 neu gefassten § 177 Abs. 1 StGB genügt für die Strafbarkeit, wenn eine sexuelle Handlung „gegen den erkennbaren Willen“ der verletzten Person erfolgt. Die „Erkennbarkeit“ soll sich auf die Perspektive einer unbeteiligten dritten Person beziehen, was für sich gesehen im Strafrecht schon sehr ungewöhnlich ist. Konzipiert worden war dieses Tatbestandsmerkmal strategisch, um Schutzbehauptungen eines mutmaßlichen Täters abzuschneiden, etwa er habe geglaubt, dass die andere Person freiwillig mitgemacht habe.<sup>5</sup> Erscheint dieser Glaube unplausibel, kann – so die in den Motiven formulierte Erwartung der Gesetzgebung – auf die Erkennbarkeit zurückgegriffen werden. In der Praxis ist das aber nicht so einfach, da dem Beschuldigten Vorsatz zugeschrieben werden muss. Hier haben die Gerichte häufig Skrupel, auch beim Vorsatz auf die Erkennbarkeit abzustellen. Sie verlangen, dass er den entgegenstehenden Willen erkannt hat.

Auch die Überschriften haben sich geändert. Genannt werden die neu eingefügten Delikte nicht mehr „sexuelle Nötigung“ oder „Vergewaltigung“, sondern „sexuelle Übergriffe“. Da diese Straftaten keine Verbrechen mehr sind (für den Verbrechenstatbestand ist nach wie vor „Gewalt“ erforderlich), können sie zum einen milder bestraft werden und zum anderen werden sie prozessual flexibler gehandhabt. Bei Vergehen können Strafverfahren eingestellt werden (eine Erleichterung für die Strafverfolgungsorgane, die es bei Verbrechen nicht gibt). Dies bedeutet, dass bei sog. Übergriffen schon die Staatsanwaltschaft (und später auch das Gericht mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft und des Beschuldigten) das Verfahren (mit oder ohne Bußgeld) selbst dann einstellen kann, wenn sie keine erheblichen Zweifel an der Tatbestandsmäßigkeit hat, also nicht ohnehin nach § 170 Abs. 2 StPO einstellt. Dass ein Beschuldigter der Vorgehensweise nach dem Opportunitätsprinzip widerspricht, ist äußerst selten, da ihn ja bereits das Ermittlungsverfahren in Bedrängnis bringt. Die Öffentlichkeit eines förmlichen Verfahrens kann belastender sein als jede Bestrafung.

Zwar ist die Verletzung des Rechtsguts der sexuellen Selbstbestimmung auch nach der Reform im Jahr 2016 weiterhin der Strafgrund. Aber der Anwendungsbereich ist seit 2016 erheblich weiter. Doch ist die Sanktionierung erheblich flexibler. Die Quote der Einstellungen ist hoch. Die Verurteilungen können mild, aber auch sehr hart sein. Vorhersehbar ist das aus der Perspektive des Beschuldigten nicht.

<sup>5</sup> Einfach ist die Rechtslage nach dieser Änderung des objektiven Tatbestandes nicht, wie der von *Uebach*, Jura.cc. v. 26.10.2019, erörterte Fall einer sexuellen Handlung im Rahmen eines Abhängigkeitsverhältnisses zeigt, abrufbar unter <https://www.jura.cc/rechtstipps/bamberger-chefarzt-prozess-verfahren-eingestellt/> (15.5.2023). Gedacht war die Neufassung als strategische Erweiterung der Beweislage. Aber die Strafjustiz setzt dieses Ziel nur bedingt um, wie diese Entscheidung exemplarisch zeigt. Das Gericht will die Anforderungen an den Vorsatz, insbesondere das konkrete Wissen des Angeklagten, rechtsstaatlich klarer gefasst sehen.

## II. Was bedeutet die 2016 erfolgte Erweiterung des Strafrechts bei gleichzeitiger Flexibilisierung der Folgen?

### 1. Änderungen der gesetzlichen Regelungen und die erheblichen Veränderungen der Praxis

Bedeutsam sind die Jahre 1871 (RStGB), 1969 und 2016. Sie markieren jeweils völlig verschiedene Stile des Strafrechts und des Strafens. Während der deutsche Obrigkeitsstaat 1871 eng umgrenzte Straftatbestände rigide sanktionierte – insbesondere mit kurzen Freiheitsstrafen – und sich dabei fast ausschließlich auf die unteren sozialen Schichten beschränkte, also ein Klassenrecht praktizierte, hat sich diese Tendenz im 20. und 21. Jahrhundert verändert. Zwar dominieren auch heute noch die typischen Unterschichtsdelikte, aber es kam langfristig zu einem Wandel. Die für Mittel- und Oberschichten typischen Wirtschaftsdelikte werden mittlerweile strafrechtlich erfasst und auch verfolgt.

Sexualstraftaten, bei denen keine physische Gewalt ausgeübt, sondern soziale Macht ausgespielt wird, können mittlerweile strafrechtlich verfolgt werden. Somit können sich die Sanktionsstile in Zukunft noch deutlich verändern. Der Wandel in den sozialen und professionellen Einstellungen ist noch nicht abgeschlossen. Drei Phasen lassen sich unterscheiden: Die Situation vor der Reform der 1970er Jahre, die Reform selbst (Umstellung auf das sexuelle Selbstbestimmungsrecht) und die Änderungsgesetzgebung 2016 („Nein heißt Nein“).

Die erste Veränderung erfolgte durch die Große Strafrechtsreform. Sie beendete in den 1970er Jahren eine deutlich patriarchale durch eine neue, an Grundrechten orientierte Sicht. Die weitere, nicht minder folgenreiche Umgestaltung im Jahre 2016 steht bereits unter europäischen Vorgaben. Sie prägen die jüngste Vergangenheit und auch die Gegenwart. Der Stil ist allerdings nicht nur erfreulich; denn unter dem Einfluss der sehr unbestimmten europäischen Vorgaben wird Strafrecht vage. Europäische Stichworte werden medial verbreitet, mobilisieren Kampagnen und führen dann zu kriminalpolitischen Forderungen. Die deutsche Strafgesetzgebung folgt diesen Richtlinien meist sehr eng und verzichtet damit auf ein bestimmtes Strafrecht und eine konsistente Strafrechtstheorie. Dies ist folgenreich, denn ein systemkritischer Rechtsgüterschutzgedanke existiert auf der europäischen Ebene nicht und erodiert auch in Deutschland. Würde man stattdessen den Bestimmtheitsgrundsatz betonen und das Prinzip ernst nehmen, dass Strafrecht die ultima und nicht die prima ratio sein müsse, hätte man erhebliche Kontroversen mit den europäischen Institutionen auszufechten. Leider kam es nicht dazu und auch in Zukunft werden europäische Vorgaben dominieren.

### 2. Was waren die Ziele der Großen Strafrechtsreform (1969–1973) und wie wurden sie damals umgesetzt bzw. unterlaufen?

Es wäre falsch, die Große Strafrechtsreform nur unter dem Blickwinkel des Sexualstrafrechts zu analysieren. Umgesetzt wurde damals eine umfassende Reform.<sup>6</sup> Aber auch das Sexualstrafrecht veränderte sich. Schon 1969 (Große Koalition, Justizminister Heinemann – SPD) wurden die Strafbarkeit

<sup>6</sup> Vertiefend *Frommel*, NK 2008, 133 ff.

des Ehebruchs und der einfachen Homosexualität (§ 175 StGB – bezogen auf Erwachsene) aufgehoben. 1973–1975 (sozial-liberale Koalition) folgte dann die sorgfältig durchdachte und noch heute wirksame Große Strafrechtsreform. Sie strebte eine weitgehende Abschaffung der kurzen Freiheitsstrafen an und gestaltete das Sanktionenrecht um, um möglichst wenig Freiheitsstrafen vollstrecken zu müssen. Sie erreichte diese Ziele auch. Etwas später wurden außerdem noch die Einstellungsmöglichkeiten aus Gründen der Opportunität erweitert (1995). So konnte bereits im Ermittlungsverfahren ein förmliches Strafverfahren vermieden werden. Beschränkt werden sollte dies zwar auf sog. Bagatelldelinquenz. Aber mittlerweile erfassen diese Regelungen weite Teile des strafrechtlichen Hellfeldes.

Seit diesen Reformen ersetzen Geldstrafen die früher üblichen kurzen Freiheitsstrafen und werden sehr viele Freiheitsstrafen zur Bewährung ausgesetzt. Die Zahl der vollzogenen Freiheitsstrafen wurde dadurch erheblich reduziert. Auch eine Humanisierung des Strafvollzugs war schon früh, nämlich schon 1969, angedacht, aber erst 1977 gesetzlich umgesetzt.

#### *a) Tatschuld statt Täterschuld – Trennung zwischen Zurechnung und Strafzumessung*

Traditionell formalisierte der Schuldbegriff die weit verbreitete moralische Empörung über Straftäter (so ein weit verbreitetes Verständnis von „Vergeltungsstrafrecht“<sup>7</sup>). Dies sollte sich nach dem Willen der Reformer ändern. Schuldzuschreibungen sollten eher formal bleiben und Strafen statt Vergeltung eher Rückfall-Prävention ermöglichen (Resozialisierung). Der gesamte sog. Bagatellbereich sollte weitgehend entkriminalisiert (besser: entpönalisiert) werden. Diskutiert, aber leider nicht verwirklicht wurde damals auch eine zivilrechtliche Reaktion auf Ladendiebstahl, welche dazu geführt hätte, dass vorrangig außerstrafrechtlich hätte reagiert werden müssen. Mittlerweile dominiert in diesem Bereich das Strafbefehlsverfahren. In anderen Bereichen, etwa dem Jugendmedienschutz fehlt es den jeweiligen Gesetzgebern an Ideen für wirksame außerstrafrechtliche Reaktionen, so dass die Tendenz der Ausweitung des Strafrechts nicht gebremst werden kann.

---

<sup>7</sup> Der Begriff „Vergeltung“ wurde und wird unterschiedlich verwendet. Es dominierten in der Geschichte des Strafrechts immer generalpräventive Vorstellungen, die aber in Kombination mit einem substanziellen Schuldbegriff den Eindruck verstärkten, dass es um eine „absolute“ Straftheorie gehe. In der Gegenwart haben sich diese Debatten erledigt, weil sich Franz v. Liszts Vorstellung einer „Zweckstrafe“ nicht durchgesetzt hat. Selbst diejenigen, die als seine „Schüler“ angeführt werden, Reinhard Frank und Gustav Radbruch, vertraten bereits eine Vereinigungstheorie, vgl. hierzu *Frommel*, Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweck-Diskussion. Beziehungen zwischen Rechtsphilosophie, Dogmatik, Rechtspolitik und Erfahrungswissenschaften, 1987. In der Gegenwart dominiert sowohl die Trennung von Zurechnung und Strafzumessung (die Tatschuld begrenzt dabei präventive Erwägungen) als auch eine Vereinigungstheorie.

Immerhin hat sich das traditionelle Schuldstrafrecht verändert. So betont die Zurechnung über die Kategorie der „Tatschuld“ nicht mehr täterstrafrechtliche Konzepte. Der Verurteilte soll Verantwortung für die Folgen seiner Tat übernehmen. Das moderne Strafrecht lehnt also die insbesondere in der NS-Zeit betonte, den Straftäter abwertende Täterschuld ab. Der Paradigmenwechsel wurde gesetzlich in § 46 StGB festgeschrieben. Die Systemkategorie der Schuld (Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Schuld) soll nur die Zurechnung der Tat bedeuten. Demgegenüber erfolgt die Bewertung der Schwere der Tat (die Kategorie der Schuld begrenzt hier weitergehende general- und spezialpräventive Gesichtspunkte) erst bei der Strafzumessung. Der Katalog der Strafzumessungsgründe ist in § 46 StGB aufgelistet. Er wurde jüngst erweitert. Auch rassistische und geschlechtsspezifisch motivierte Taten sollen härter bestraft werden. Beide Zuschreibungen erfolgen in getrennten Schritten. Es soll also im Strafverfahren nur die strafrechtliche Bewertung der Tat im Vordergrund stehen, und nicht – wie früher – die Bewertung des Täters und damit auch ggf. seine moralische Abwertung und Ausgrenzung des Täters.

Für eine systematische Analyse des Strafrechts war und ist bis heute die Differenzierung zwischen „Schuld“ im strafrechtlichen Sinne, einer eng gefassten „Tatschuld“, und der nach wie vor dogmatisch kaum kontrollierbaren Strafzumessung bedeutungsvoll. Politisch entlastet diese Differenzierung den Verurteilten. Nur seine Tat, nicht sein Charakter (oder gar seine Lebensführung), sollten bewertet werden. Die Praxis dürfte dieses Modell nur unzureichend abbilden. Aber als Prinzip ist der Bedeutungswandel der Kategorie Schuld bedeutungsvoll.

#### *b) Zwischenergebnis*

In den 1970er Jahren strebten die Reformer eine Dominanz der Geldstrafe an. Diese Tendenz hat sich bis heute durchgesetzt. Sie wird wie folgt erreicht: Die Höhe einer Geldstrafe kann individuell nach der ökonomischen Leistungskraft bemessen werden (Tagessätze), was dazu führt, dass sie die am häufigsten verhängte Strafe geblieben ist. Das Strafziel ist nun nicht mehr autoritäre „Abschreckung“ und „Vergeltung“, sondern bessere Prävention (im wesentlichen Rückfallvermeidung). Zwar haben solche Postulate zunächst nur eine symbolische Bedeutung, ermöglichten jedoch eine gesetzliche Umgestaltung und können dann zu mehr Humanität und besseren Angeboten zur Resozialisierung im Strafvollzug führen. Die praktischen Veränderungen blieben umstritten und sind es noch immer. Doch kann man in der Folgezeit der Reform 1973–1975 empirisch feststellen, dass sie bezüglich des Strafklimas sehr wirksam war, allerdings gibt es Unterschiede. Neben punitiven Ländern (Bayern) gibt es liberalere Bundesländer (Schleswig-Holstein). Sie betonen jeweils andere Aspekte bei der Umsetzung der reformierten Bundesgesetze. Im materiellen Strafrecht wurde nach 1969 lediglich das Leitmotiv der Sexualdelikte (zunächst sogar nur die Überschrift) verändert. An eine alle Delikte umfassende und durchdachte liberale Rechtsgutsdefinition dachte man erst sehr viel später. Das erklärt auch, wieso diffuse Straftatbestände (klassisch: Förderung der Prostitution) innerhalb und außerhalb der Sexualde-

likte zunächst unverändert bleiben. Eine angemessene Regulierung bereitet noch immer Schwierigkeiten.<sup>8</sup> Zwar dominieren in Deutschland eher liberale Tendenzen. Aber sie sind umstritten.

### III. Die Überschrift des 13. Abschnitts – der Tatbestände des Sexualstrafrechts – vor der Großen Strafrechtsreform: Straftaten gegen die „Sittlichkeit“ – was ist damit gemeint?

#### 1. „Sittlichkeit“ – nicht subjektive Moral

„Sittlichkeit“ ist ein Begriff, der geprägt wurde durch den deutschen Idealismus (Hegel – objektiver Geist – staatliche Ordnung). Inhaltlich gefüllt wurde der Begriff historisch mit den Ideologien des deutschen Obrigkeitsstaats des 19. Jahrhunderts. Im Sexualstrafrecht ging es um die weibliche Ehre, also nicht um ihr Persönlichkeitsrecht. Dementsprechend eng war der Gewaltbegriff gefasst. Ehrbare Frauen mussten sittemäßig auftreten und sich gegen Ungehörigkeit wehren. „Sittlichkeit“ kann nicht einmal präzise übersetzt werden, da nicht – wie üblich – „Moral“ in einem modernen Sinne gemeint ist. Er kann auch nicht als Synonym für Moral verwendet werden, sondern knüpft an ein damals für bedeutsam gehaltenes staatsorientiertes Verständnis an. Gemeint war wohl eine rechtlich verbindliche Sozialethik (also einer Mischung aus Gehorsam und Staatsgläubigkeit oder eine typisch katholische Verbindung von Religion, Recht, Moral und einer angeblich christlich gefärbten Politik).

#### 2. Normierte bereits die Große Strafrechtsreform einen liberalen Rechtsgüterschutz?

Mit der Umbenennung der Sexualdelikte nach dem theoretischen Modell des liberalen, das meint die Strafgewalt begrenzenden Rechtsgüterschutzes,<sup>9</sup> wurde klar, dass die bis dahin verbissen aufrecht erhaltene Strafbarkeit von Homosexualität (allerdings nur beschränkt auf Erwachsene) und des Ehebruchs systemwidrig ist. Erfolgt eine homosexuelle Handlung unter Erwachsenen einvernehmlich, ist keine Verletzung des sexuellen Selbstbestimmungsrechts ersichtlich. Denn die Bewertung solcher Kontakte erfolgt individuell, nach höchst persönlichen Vorstellungen. Der Verzicht auf kollektive Annahmen stärkt den Blick auf subjektive Rechte. Der Staat kann sich auf keinen legitimen Strafgrund berufen, wenn er eine konventionelle Moral stärken will.

Fraglich ist aber, ob diese Prinzipien umfassend normiert worden sind. Das Prinzip ist klar: Wenn das Strafrecht nur noch dazu dient, einen individuellen Rechtsgüterschutz zu betreiben, dürfen nur rechtlich gesicherte Interessen der Bürger und Bürgerinnen aufrechterhalten werden. Kollektive Bewertungen, welche sich über die Interessen der Beteiligten hinwegsetzen, sind kein legitimer Grund der Strafbarkeit. In diesem Sinn hat Rechtsgüterschutz seit den 1970er Jahren auf der abgehobenen Ebene der Straftheorie einen liberalen und damit auch einen systemkritischen Sinn. Umgesetzt ist dieser

aber nur, wenn Delikte ohne Rechtsgut eine seltene Ausnahme sind.

#### 3. Der Sinn des in den 1970er Jahren neu aufkommenden Rechtsgutverständnisses

Herbert Jäger brachte die Problematik bereits 1957 auf den Punkt.<sup>10</sup> Als einer der ersten verfolgte er das Ziel, die Verbote des Sexualstrafrechts kritisch zu hinterfragen und einen Rechtsgutsbegriff zu konzipieren, der offen war für empirisches Wissen über die Wirkungen von Verboten und Strafen. Doch erst 1969 wurde dieses Thema auch von anderen Autoren vertieft und schließlich auch politisch aufgegriffen. „Rechtsgüterschutzbehauptungen“ müssen sich seit der Großen Strafrechtsreform rechtfertigen am Maßstab der Trennung von Recht und Moral (in einem Kantischen Sinne). Vermieden werden soll auch ein harter Protektionismus, weil er die Autonomie und die private Lebensgestaltung (also universale verfassungsrechtliche Prinzipien) verletzt. Autonomie ist um ihrer selbst willen zu achten und darf nicht nur wegen befürchteter negativer Konsequenzen beschränkt werden (dies ist eine deontologische Argumentation, folgt also nicht nur einer folgenorientierten oder rein konsequentialistischen Ethik).<sup>11</sup>

#### 4. Wurden diese liberalen Prinzipien in den 1970er Jahren auch praktisch umgesetzt?

Bis auf die Abschaffung der Strafbarkeit der Homosexualität und den Ehebruch lautet die Antwort „nein“. Zwei Beispiele seien genannt: Die Strafbarkeit der Abtreibung konnte nicht im Sinne einer Fristenlösung reduziert werden, weil das BVerfG 1975 und 1992 noch antiliberal urteilte. Strittige Themen wie Prostitution, Sterbehilfe u.a. blieben ebenfalls unangetastet.

Die neue Sicht beanspruchte das Prinzip, nur legitime Rechtsgüter zu akzeptieren. Sie beanspruchte allgemeine Geltung. Doch blieb sowohl die Gesetzgebung als auch die Dogmatik der einzelnen Straftatbestände inkonsequent und veralteten Traditionen verpflichtet. Die Gründe sind einleuchtend. Was politisch umstritten ist, kann nicht im Sinne einer liberalen Theorie umgesetzt werden. Strafrechtswissenschaft und Kriminalpolitik folgen unterschiedlichen Regeln und Zwängen.

#### a) Abtreibung

Verdeutlichen wir das am Beispiel der zunächst überkommenen strikten Strafbarkeit der Abtreibung und dem mühsamen Prozess der Reformen. 1972 und 1992 scheiterten politisch konsensfähige Reformen an den damaligen Mehrheiten der Senate des BVerfG. Die Berücksichtigung des Persönlichkeitsrechtes der ungewollt Schwangeren (sinnvollerweise müsste man es unter die reproduktiven Rechte zählen) wurde

<sup>8</sup> Frommel, NK 2018, 115.

<sup>9</sup> Vgl. hierzu Roxin, in: Neumann/Herzog (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer, 2010, S. 573 (578).

<sup>10</sup> H. Jäger, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten, Eine kriminalsoziologische Untersuchung, 1957.

<sup>11</sup> Exemplarisch formuliert von Roxin, Hassemer und Neumann.

erst 1995 mit der damals gesetzlich geregelten Beratungslösung angemessen reformiert und vom BVerfG nicht in Frage gestellt. Ganz im Gegenteil. Das BVerfG stärkte diesen Weg 1998 und begrenzte die Befugnisse der Länder.<sup>12</sup> Erst so spät also wurde in den §§ 218 ff. StGB die Autonomie der ungewollt Schwangeren und das Berufsausübungsrecht der Ärzte und Ärztinnen berücksichtigt. Das BVerfG revidierte 1998 zwar nicht die erste Abtreibungsentscheidung aus dem Jahr 1975 (gegen die 1972 angestrebte und dann verworfene Fristenlösung), aber es machte deutlich, dass die ungewollt Schwangere die Letztentscheidung haben muss. 1975 hingegen hatten die damaligen Richter (gegen das Sondervotum von Frau Rupp von Brünneck) noch alte – extrem patriarchale – Vorstellungen bekräftigt und damit die Reform für Jahrzehnte blockiert. Sie betonten nicht die Rechte, sondern nur die spezifische Pflicht schwangerer Frauen, ihr Schicksal „unter normalen Bedingungen“ anzunehmen.

#### b) Prostitution

Auch in einem bis heute nicht angemessen geregelten Bereich, der Prostitution, der notorisch umstritten war und noch immer in Randbereichen umstritten geblieben ist, kam es zu keiner Reform. Die mit dem Rechtsgüterschutz nicht begründbare Strafbarkeit der „Förderung der Prostitution“ blieb strafbar. Der Grund ist banal. Es fand sich damals noch keine politische Mehrheit für deren Abschaffung. Eine Verbesserung erfolgte erst 2002 durch das Prostitutionsgesetz – ProstG (unter der Regierung Gerhard Schröder, 1992–2005). Aber auch damals setzten die einzelnen Länder die Ziele der Liberalisierung nur unvollkommen um und konnten sich zu keiner gewerberechtlichen Regelung – wie etwa beim Gaststättenrecht – durchringen. Unter punitiven Feministinnen gibt es sogar immer noch – allerdings nur noch vereinzelt in Deutschland – ein Bedürfnis nach einer Freier-Bestrafung und einem Prostitutionsverbot. Ein solches Verbot wäre ein klassischer Fall eines Protektionismus, und einer moralistischen Gesetzgebung, welche mit der liberalen Rechtsgutskonzeption in Widerspruch geraten würde. Doch sieht es nicht so aus, als würde sich diese Minderheit in Deutschland politisch durchsetzen.

#### 5. Schutzheterik und die Politik der permanenten Erweiterung der Straftatbestände

Zahlreiche Moralismen werden im 21. Jahrhundert in eine nur vordergründig plausible „Schutz“-Rhetorik gegossen und immer neue Strafgesetze gefordert. Selbst die Mehrheit der deutschen Strafrechtler und Strafrechtlerinnen folgt seit jeher nur noch einem sehr beschränkten Ansatz. Sie legen zwar Straftatbestände nach Gesichtspunkten des „Rechtsgüterschutzes“ aus, meinen dies aber nur hermeneutisch, also als Ausle-

<sup>12</sup> Raasch, KJ 1997, 310, schildert das Verfahren. Das BVerfG stärkte am Ende die Gewissensfreiheit der ungewollt Schwangeren und das Berufsausübungsrecht der Ärzte. Aus der Sicht der betroffenen Frau bleibt ihre Entscheidung straflos. Aus ärztlicher Sicht schützt das strafrechtlich verankerte Beratungsmodell vor landesrechtlichen Sonderregelungen (Annexkompetenz des Bundesgesetzgebers über Strafrecht).

gungshilfe. Dadurch lassen sie dem gesetzgeberischen Ermessen ungeprüft einen weiten Raum. Genannt wird dies der „methodische Rechtsgutsbegriff“. Zwar wurde die straftheoretische Idee legitimer und die Gesetzgebung in seiner Willkür beschränkender Rechtsgüter (also der sog. systemkritische Rechtsgutsbegriff) schon 1957 von Herbert Jäger, 1973 von Winfried Hassemer und seit 1966 von den AE-Professoren entwickelt. Sie wird auch heute – trotz aller Widerstände – formuliert (Claus Roxin, Luis Greco, Ulfrid Neumann), bleibt aber dennoch nur ein gut begründetes, aber nicht von der Mehrheit der Strafrechtler befolgt Postulat. Dies erklärt auch den vom BVerfG im Jahr 2008 entschiedenen Geschwister-Inzest-Fall (Beschl. v. 26.2.2008 – 2 BvR 392/07).

#### a) Hat das strafrechtliche Verbot des Geschwister-Inzestes ein Rechtsgut, wenn beide über 18 Jahre alt sind?

Der 2008 vom BVerfG entschiedene Fall lag sehr kompliziert. Die junge Mutter war beim ersten und zweiten (laut DNA-Test) inzestuös gezeugten Kind noch nicht erwachsen und damit nicht verantwortlich. Da die Beziehung fortgeführt wurde, kam es dazu, dass der Bruder und Vater der Kinder zwei Mal bestraft wurde. Beim dritten Kind, das nach der Entlassung aus der Haft gezeugt wurde, war auch sie erwachsen. Es kam erneut zu einem Verfahren. Dieses richtete sich nun gegen das Geschwisterpaar. Sie wurden rechtskräftig verurteilt und legten eine Verfassungsbeschwerde ein mit dem Ziel, § 173 Abs. 2 StGB für nichtig zu erklären. Diese hatte jedoch keinen Erfolg. Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte folgte der Argumentation nicht, dass das Verbot des Geschwisterinzests auf Minderjährige zu beschränken sei.

#### aa) Beischlaf zwischen Geschwistern oder nur die Zeugung eines Kindes – was ist für das Inzest-Tabu bedeutsam?

Bei einer engen Auslegung könnte das Verbot aufrechterhalten und ein Übermaß an Strafbarkeit vermieden werden. Doch konnte dieser Vorschlag keine praktische Verwirklichung finden.

Schon das Instanzgericht und später auch das BVerfG hätten den bis heute umstrittenen § 173 Abs. 2 StGB (Strafbarkeit des Beischlafs auch erwachsener Geschwister) eng auslegen und lediglich eine Mehrfachbestrafung vermeiden können. Würde man nur den ersten inzestuösen Tabu-Bruch für strafbar erklären, nicht aber auch alle folgenden Beischlafhandlungen, dann hätte im erwähnten Fall der erwachsene Bruder nur einmal bestraft werden können. Die folgenden – allerdings nach dem Gesetzeswortlaut strafbaren – Beischlafhandlungen wären nach dieser Konstruktion straflose Nachtaten gewesen. Eine solche Strategie hätte den Vorteil gehabt, dass das Verbot in § 173 Abs. 2 StGB bestehen geblieben wäre, also nicht für nichtig hätte erklärt werden müssen, sondern nur die unverhältnismäßige Mehrfachbestrafung. Dies kann über eine restriktive Auslegung und die Einstufung des Vergehens als unechtes Dauerdelikts beseitigt werden. Das Tabu wäre danach nur beim ersten inzestuös gezeugten und geborenen Kind gestört worden; denn nur die Geburt eines Kindes beweist – wenn beide schweigen – die Zeugung durch einen verbotenen Beischlaf. Weitere, bei extensiver Ausle-

gung strafbare Beischlaf-Handlungen hätten danach keine eigenständige Qualität mehr. Aber keines der Gerichte folgte einem solchen gemäßigten Weg. Sie stärkten stattdessen das gesetzgeberische Ermessen, bekräftigten das Tabu und ließen es offen, ob der systemkritische Rechtsgutsbegriff (den der Verfassungsrichter Hassemer in seinem abweichenden Votum reklamiert hatte) verfassungsrechtlich relevant ist. Wäre er nämlich verfassungsrechtlich relevant, dann könnte dieses Prinzip auch in anderen Konstellationen eine einschränkende Wirkung entfalten. Doch zu dieser Lösung kam das BVerfG nicht. Die Rechtsgutsfrage ist nun eine des einfachen Strafrechts.<sup>13</sup>

*bb) Reaktionen auf die Entscheidung des BVerfG*

Die Mehrheit der Kommentare war kritisch. Viele Beobachter fanden, dass der *Zweite Senat* keine angemessene, geschweige denn eine überzeugende Begründung gegeben hätte. Doch vor den nationalen und später auch dem europäischen Gerichtshof für Menschenrechte war vorerst der systemkritische Rechtsgutsbegriff gescheitert. Das Verbot des Geschwister-Inzests ist offenbar ein denkbar schlechtes Beispiel, um der Gesetzgebung Grenzen setzen zu wollen.

*b) Welche Probleme hatte der 2. Senat bei der Beurteilung des Verbots des Inzests erwachsener Geschwister?*

Häufig tauchen in den Begründungen des BVerfG Formulierungen auf, die darauf abstellen, dass das Inzest-Verbot getragen sei von einer „kulturhistorisch begründeten, nach wie vor wirkräftigen gesellschaftlichen Überzeugung“. Soziologisch würde man das ein starkes Tabu nennen. Geht man davon aus, dass Tabus etwas anderes sind als individuelle moralische Präferenzen, dann ist diese Unterscheidung folgenreich. Tatsächlich entstehen zu Beginn der menschlichen Kulturen strenge Heiratsregeln. In Ägypten durften nur hochrangige Geschwister heiraten (dynastische Gründe). Für alle anderen Schichten galten und gelten Inzest-Verbote. Sie stellen so etwas wie ein soziales Erbe der Menschheit dar.<sup>14</sup> Moralische Überzeugungen sind demgegenüber individuell, meist strittig und zu unterschiedlichen Zeiten und in den jeweiligen Kulturen verschieden. In der Gegenwart sind Sexualmoralen vielfältig, stark individuell gefärbt und eben nicht mehr kollektiv wirksam.

*c) Naturalistischer Fehlschluss*

Nun darf man aus dem Sein (der Wirksamkeit des Tabus) nicht auf ein Sollen (Strafbarkeit bei einem Verstoß) schließen. Doch im Ergebnis geschah genau dies.

Nach Ansicht der Mehrheit der Richter und Richterinnen ist der Eingriff in die persönliche Lebensgestaltung durch das Verbot des Geschwisterinzests bei Erwachsenen verfassungsgemäß. Zwar gab es Kritik, aber letztlich blieb die Mehrheit der Ansicht, dass die Strafbarkeit bestehen bleiben soll. Auch in der Gegenwart gibt es keine ernstzunehmende Bestrebung, das Inzest-Tabu zu lockern. Im Gegenteil: Die Generationenschanke wird mittlerweile eher stärker betont, und die Mehrheit sieht in der Blutsverwandtschaft eine Schranke, die sie nicht relativieren will. Außerdem steht nach deutschem Recht hinter dem Straftatbestand des Inzest-Verbots auch das familienrechtliche Heiratsverbot für Geschwister. Da eheliche und uneheliche Kinder gleichgestellt sind, würde eine Legalisierung des Inzests die Regelungen des Familienrechts unterlaufen, zumindest wenn Kinder geboren werden. Der Status dieser Kinder bleibt problematisch. Sexuelle Handlungen hingegen können – wegen der Präventivwirkung des Nichtwissens – hingenommen werden.

*d) Familienrechtliches Eheverbot und strafrechtlich abgesichertes Inzest-Tabu*

Die Problematik spitzt sich nur zu, wenn ein inzestuöses gezeugtes Kind geboren wird. Da es jedoch kaum vorstellbar ist, dass der Geschwister-Inzest beweisbar sein könnte ohne entsprechende DNA-Untersuchungen eines Kindes, ist eine Strafverfolgung zwar theoretisch denkbar, aber unwahrscheinlich. Auch der Beischlaf mit nicht mehr fortpflanzungsfähigen Geschwistern ist nur theoretisch strafbar, aber – was das Strafrecht betrifft – eher folgenlos.

Faktisch erreichen die Verbote eine starke Diskriminierung von Inzest-Kindern und sie streben diese Wirkung auch an. Schließlich ist eine Ehe zwischen Blutsverwandten nach dem Familienrecht verboten. Das Strafrecht erstreckt dieses Verbot lediglich auf inzestuöse eheähnliche Verhältnisse.

*6. Welche Auswirkungen hatte die nur methodisch begründete Rechtsgutsdebatte 1969–1975 trotz aller Kompromisse auf die damalige Kriminalpolitik?*

Für die Beurteilung entscheidend ist der Blickwinkel. Betrachtet man die Effektivität der gesetzlich vorgesehenen Entkriminalisierung der Homosexualität, so ist der Bruch mit der Vergangenheit und die neue Toleranz uneingeschränkt zu bejahen. Die jeweilige Kriminalpolizei hatte bis zu dieser Reform Homosexuelle immer noch brutal verfolgt und nutzte dabei auch die in der NS-Zeit üblichen Dateien (die sog. Rosa Liste) unhinterfragt weiter. Es gab also eine Kontinuität von 1933 bis in die 1950er Jahre und eine gesetzliche Kontinuität bis 1969. Praktisch war der Höhepunkt dieses unmenschlichen Treibens laut der PKS (Polizeiliche Kriminalstatistik) bereits Ende der 1950er Jahre überschritten. Die Rate der Verurteilungen nahm damals kontinuierlich ab. Mit der Entkriminalisierung 1969 und 1973 gingen die Zahlen erheblich zurück. Die Kriminalisierung war nahezu vollständig beendet (also auch bei sexuellen Handlungen von Erwachsenen mit Jugendlichen und/oder Heranwachsenden). Der Grund für diesen starken Effekt und damit den sichtbaren Erfolg der Großen Strafrechtsreform ist der grundlegende gesellschaftliche Wandel und der Generationenwechsel. Dieser Wandel

<sup>13</sup> Greco, ZIS 2008, 234. Greco folgt Roxin, der weitgehend Hassemers abweichenden Votum folgt, vgl. etwa Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 7 ff.; sowie nun auch Roxin/Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 7 ff.; a.A. Kubiciel, ZIS 2012, 282.

<sup>14</sup> Gut dargestellt bei R. König, Die Familie der Gegenwart, 1974, S. 9-48.

hält bis etwa 2014. Er wurde und wird heute jedoch überlagert durch eine neue, teilweise feministisch bemäntelte Punitivität. Doch die Zielrichtung der neuen Strafrechtsgläubigkeit ist eine andere als die vor der Großen Strafrechtsreform. Gefordert wird nun ein harter Protektionismus. Zum „Schutz“ von Kindern, Jugendlichen und Frauen werden in der neuen Opferschutzbewegung (seit den 1980er Jahren) immer neue Schutzkonzepte entwickelt. Dies zeigt die Unterschiede der alten und der neuen Reformdebatte. Doch sucht man vergebens nach guten Begründungen.

### 7. Soziale Veränderungen in den 1960er und 1970er Jahren

#### a) Generationenwechsel

Schon in den 1960er Jahren löste ein Generationenwechsel die alten, noch in der NS-Zeit gebildeten Eliten ab und begünstigte eine Modernisierung und Individualisierung, welche alle gesellschaftlichen Bereiche, also – mit zeitlicher Verzögerung – auch die Strafjustiz, erfasste. Allerdings blieb die „Frauenfrage“ und auch der Kinderschutz noch ausgeblendet. Diese Forderungen kamen erst später. Noch später entdeckte man die Jugend für schutzbedürftig und erweiterte die Straftatbestände erneut.

#### b) Politisch aktive Stimmen aus der Strafrechtswissenschaft

##### aa) Die Alternativ-Professoren

Für die Reformdebatte der 1960er und 1970er Jahre stehen etwa Namen wie der von Claus Roxin, heute über 90 Jahre alt. Er ist 1931 geboren, habilitierte sich noch unter Heinrich Henkel, einem für die NS-Begeisterung in der Anfangsphase der Machtergreifung typischen Strafrechtswissenschaftler. Roxin kannte also die Tradition und löste sich bewusst von ihr. So formulierte er bereits vor dem von Fritz Bauer initiierten Ausschwitz-Prozess eine Straftheorie und eine Täter- und Teilnahmetheorie, welche verhindert hätte, dass – hätte man sie rezipiert – die Makro-Kriminalität derartig verharmlost und gelegnet wird. Herbert Jäger steht wie kein anderer für die damalige Reform (geboren 1926). Er hatte zusammen mit Fritz Bauer nicht nur die Abschaffung des § 175 StGB gefordert, sondern die NS-Tradition umfassend reflektiert. Er entwickelte den neuen Blick auf die Kriminalität der an das NS-System angepassten NS-Täter und prägte den Begriff „Makro-Kriminalität“, um die spezifischen Zurechnungsprobleme, welche kollektive Handlungen erzeugen, genauer und abgestuft zu analysieren. Zusammen mit Fritz Bauer gab er außerdem den Sammelband „Sexualität und Verbrechen“ heraus. Zuvor hatten beide mit Hans Giese und Bürger-Prinz die psychologischen Grundlagen für eine Reform des Sexualstrafrechts erarbeitet.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> Herbert Jäger war damals sehr einflussreich. Er repräsentiert das Umdenken der nicht mehr vom NS-System geprägten liberalen Eliten der 1960er Jahre. Wikipedia formuliert: „Seinem ‚Lebensthema‘ widmete er sich wissenschaftlich seit seiner Habilitationsschrift ‚Verbrechen unter totalitärer Herrschaft‘ (1967), womit er (ähnlich wie Fritz Bauer) aus dem Hauptstrom der bundesrepublikanischen Strafrechtswissenschaft ausscherte. Das ‚Lebensthema‘ gipfelte in seinem

##### bb) Abkehr von den rückwärts orientierten Vorstellungen des E62

Eine zweite Gruppe, welche für das Gelingen der Großen Strafrechtsreform unerlässlich waren, sind die Schweizer Hochschullehrer Peter Noll (damals noch Professor in Mainz) und Günter Stratenwerth (Basel). Sie befürchteten, dass der rückwärtsgewandte, noch stark von den aus der NS-Zeit geprägten Eliten beeinflusste Blick des Entwurfs 1962-E62 (das Abschlusspapier der damals bedenklich rückwärtsgewandten Reformkommission im Jahr 1962) eine sinnvolle Reform blockieren könnte und mobilisierten den Widerstand aller aufgeschlossenen Kollegen, was Wirkung zeigte. Viele wurden später als AE-Professoren bekannt. 1969 erfolgten die ersten Schritte noch unter der Großen Koalition und dem aktiven Justizminister Heinemann (Staatssekretär Horst Ehmke – SPD). Später orchestrierte der politisch äußerst geschickte Horst Ehmke das Geschehen, und zwar unter dem seit 1972 im Amt befindlichen Willi Brandt. Es kam damals zu einem Paradigmenwechsel, nicht nur im strafrechtlichen Denken, sondern auch in der Rechtspolitik, getragen von einer breiten gesellschaftlichen Zustimmung, jedoch auch angefeindet von einer bedeutsamen, sehr aggressiven und ziemlich reaktionären Minderheit. Diese schwierigen Rahmenbedingungen erklären zum einen den Erfolg, aber auch die vielen Kompromisse, die dazu geführt haben, dass die straftheoretische Trennung von Recht und Moral nur unvollständig umgesetzt blieb (besonders deutlich war dies beim Thema Prostitution) und die Reichweite der systemkritischen Theorie legitimer „Rechtsgüter“ noch immer umstritten ist.

##### cc) Ein Blick zurück in das Jahr 1801 – Paul Johann Anselm von Feuerbach

Vorbehalte werden auch unterstützt durch eine historisch tief angelegte Tradition der strafrechtswissenschaftlichen Doppelmoral. Schon 1801 entschied sich der aufgeklärte<sup>16</sup> Kantianer

---

Konzept von *Makrokriminalität*, das als bleibende und international ausstrahlende Schöpfung Jägers gilt. Damit setzte er sich von allzu engen Sichtweisen der Kriminalsoziologie ab und legte den Fokus auf Großverbrechen, die im Namen von und durch Institutionen begangen werden. Jäger war Mitglied im Beirat der Humanistischen Union. Auch wurde er Mitglied der Deutschen Gesellschaft für Sexualforschung und war 1970–1972 deren Zweiter Vorsitzender.“, abrufbar unter [https://de.wikipedia.org/wiki/Herbert\\_Jäger\\_\(Jurist\)](https://de.wikipedia.org/wiki/Herbert_Jäger_(Jurist)) (15.5.2023).

<sup>16</sup> P.J.A. v. Feuerbach hatte schon 1796 („Kritik der natürlichen Rechte“) eine präventive Straftheorie (die sog. Theorie des psychologischen Zwangs) entwickelt, die er dann auch 1801 in seinem Lehrbuch verwendete. Er folgte, was die Straftheorie betrifft, nicht der von Kant 1797 formulierten und als absolute Vergeltungstheorie bezeichneten Sicht, die ja auch bei den Zeitgenossen umstritten geblieben war. Prägend war *Feuerbachs* Rezeption der Kantischen Philosophie für die Konzeption eines rechtsstaatlichen Strafrechts. Diese Idee war wirkungsmächtig. Insbesondere für Neukantianer wie Gustav Radbruch, der insgesamt gesehen strafskeptisch

Paul Johann Anselm von Feuerbach zu einer solchen Strategie. Legitime Kriminalgesetze mussten in seiner Kantischen Theorie „Rechtsverletzungen“ sanktionieren, waren also an die Voraussetzung gebunden, dass ein subjektives Recht einer anderen Person verletzt wird und eben nicht nur ein moralisches Gebot. Doch schuf er – um politisch einflussreich zu bleiben – zugleich die Kategorie der „vagen Policy-Vergehen“. Dort fanden sich dann die philosophisch nicht begründbaren Verbote. Auch der Reformers Franz von Liszt blieb in seiner sog. modernen Strafrechtstheorie (1882) ambivalent. Zwar lehnte er es ab, dass alles, was nicht erwünscht war, strafbewehrt verboten werden darf, doch gab er den Standpunkt nicht auf, dass über den Grenzbegriff der Allgemeinen Rechtslehre nur die jeweils aktuelle Gesetzgebung entscheiden darf. Zu weit geratene Verbote seien jedoch zu reformieren, stünden unter einem Legitimationsdruck und sollten von Gerichten eng ausgelegt werden. Letzteres kann man einen hermeneutischen oder methodischen Rechtsgutsbegriff nennen. Er wird von allen praktizierenden Strafrechtjuristen verwendet, doch bleibt der Anspruch der systemkritischen Theorie im Raum stehen und erzeugt immer neue Debatten.

#### **IV. Ergebnis**

In den 1970er Jahren konnte die politische Debatte zugunsten eines liberalen und kritischen Verständnisses des Strafrechts genutzt werden, weil die alten, schon in der NS-Zeit aktiven Eliten nicht mehr wirkmächtig waren und die Gesellschaft sich gewandelt hatte. Sie war aufgeschlossener und nicht mehr so punitiv wie früher. Doch verebbte dieser Impuls. Kriminalpolitische Schönwetterperioden wiederholen sich nicht automatisch. Ihre Voraussetzung sind ein gesellschaftliches Klima und eine Politik, welche Toleranz und Akzeptanz fördert. Diese Einstellungsänderung ist bei der Beurteilung von homosexuellen Handlungen gegeben. Aber nicht in anderen Bereichen. Dort haben sich neue Empörungsbereitschaften und vielfach auch ein Strafbedürfnis gebildet. Ein punitiver Feminismus politisiert diese Haltung auf europäischer Ebene. Er wird dann verstärkt durch europäische Richtlinien, welche primär nicht an einer Begrenzung der Strafgewalt interessiert sind, sondern an „mehr Schutz“. Wegen dieser Zielrichtung sind sie bereit, Strafrecht als Mittel einer feministischen Politik einzusetzen. Hier müsste sich Deutschland stärker in allen europäischen Institutionen für ein liberales, bestimmtes und am Schutz individueller Interessen orientiertes Strafrecht einsetzen und diese Konzeption auch durchsetzen. Wir sind noch weit davon entfernt.

---

dachte, war Feuerbach nachvollziehbarer als Kant selbst. Franz von Liszt hingegen war zwar als Reformers bedeutsam, aber seine Idee der Zweckstrafe setzte sich nicht durch. In der Zeit der Großen Strafrechtsreform dominierte bereits eine Vereinigungstheorie.

---

## Entscheidungsbesprechung

### Zum Begriff der Inlandstat

**Eine Inlandstat im Sinne der §§ 3, 9 StGB ist nicht allein tatbestandsbezogen zu verstehen, sondern umfasst regelmäßig die im Rahmen desselben Lebensvorgangs verwirklichten Delikte und führt auch für diese zur Anwendung deutschen Strafrechts. (Amtlicher Leitsatz)**

StGB §§ 3, 9

BGH, Urt. v. 24.11.2022 – 3 StR 64/22<sup>1</sup>

### I. Sachverhalt<sup>2</sup>

Auf Bitten des Angeklagten E vereinbarte einer der Mitangeklagten unter dem Vorwand eines Autoverkaufs ein Treffen mit dem Geschädigten in den Niederlanden. In Deutschland kamen die Angeklagten E und Z samt den beiden Mitangeklagten überein, dem Geschädigten in Überzahl entgegenzutreten und ihm Vermögenswerte abzunehmen. Dazu sollte dieser durch Aufbau einer Drohkulisse und etwaige Gewaltanwendung auf ein Firmengelände in Deutschland verbracht werden. Der Angeklagte A billigte die Absprache. Die drei Angeklagten sowie die Mitangeklagten reisten in drei Fahrzeugen zum Treffpunkt in den Niederlanden und warteten auf den Geschädigten.

Als der Geschädigte mit einem Begleiter erschien, führten der Angeklagte A und einer der Mitangeklagten die beiden zu dem vermeintlichen Kaufobjekt. Die Interessenten wurden für sie unvorhersehbar überfallartig von den schnell herbeieilenden weiteren Angeklagten aus dem Hinterhalt angegriffen. Der zweite Mitangeklagte lief auf den Geschädigten zu, stach ihm mit einem spitzen Gegenstand in die Brust und hielt ihm diesen sodann drohend an die Kehle. Der Angeklagte Z schlug dem Begleiter so wuchtig mit der Faust ins Gesicht, dass dieser stark am Auge blutete und benommen zu Boden ging. Die Mitangeklagten und der Angeklagte E stiegen in einen Pkw ein, in den der Geschädigte bugsiert worden war, und fuhren schnell los. Unter dem fortwirkenden Eindruck der Gewaltanwendung und der Bedrohungslage leistete der Geschädigte aus Angst um sein Leben keinen Widerstand und überließ einem der Mitangeklagten auf dessen Aufforderung eine Schultertasche mit mindestens 25.000 Euro sowie einer Bankkarte. Der Angeklagte E zog dem Geschädigten dessen Uhr vom Handgelenk. Die Angeklagten Z und A wurden schließlich von einem Dritten abgeholt und nach Deutschland gefahren. Dort wurde der Geschädigte durch nicht näher bekannte Einwirkung dazu veranlasst, die zu

seiner Bankkarte gehörende PIN preiszugeben und seine frühere, in den Niederlanden wohnende Ehefrau telefonisch aufzufordern, Wertgegenstände an einen Abholer auszuhändigen. Letztlich übergab ein Sohn die Wertgegenstände. Anschließend wurde der Geschädigte wieder in die Niederlande zurückgefahren. An Geldautomaten in den Niederlanden und in Deutschland wurden mit seiner Bankkarte insgesamt 2.000 Euro abgeboben.

Das Landgericht Düsseldorf hat die Angeklagten E und Z wegen Geiselnahme in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung, besonders schwerem Raub und besonders schwerer räuberischer Erpressung zu Freiheitsstrafen von jeweils sieben Jahren verurteilt. Den Angeklagten A hat es wegen tateinheitlicher Beihilfe zu den genannten Delikten zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt. Zudem hat es gegen den Angeklagten E sowie zwei Mitangeklagte die Einziehung eines Geldbetrags in Höhe von 25.000 Euro als Gesamtschuldner angeordnet und hinsichtlich des Angeklagten Z den Anrechnungsmaßstab für in den Niederlanden vollzogenen Freiheitsentzug bestimmt.

Die von den Angeklagten eingelegten Rechtsmittel hatten keinen Erfolg.

### II. Inhalt der Entscheidung

Die materiell-rechtliche Bewertung anhand der einzelnen Straftatbestände durch das Landgericht Düsseldorf hat der 3. Strafsenat des BGH nicht beanstandet. Stattdessen richtete er sein Augenmerk ohne Umschweife auf die Frage, ob „die abgeurteilten Delikte deutschem Strafrecht unterfallen“.<sup>3</sup> Probleme bereitete insoweit die Verurteilung wegen gefährlicher Körperverletzung, namentlich der Stich in die Brust des Geschädigten und der Faustschlag ins Gesicht seines Begleiters, weil diese sich bei natürlicher Betrachtung ausschließlich in den Niederlanden ereigneten. Keine Schwierigkeiten warf jedoch die Anwendbarkeit des § 239b Abs. 1 StGB (Geiselnahme) auf, weil die „Entführung [...] sich nach dem Ergreifen des Geschädigten in den Niederlanden über die Grenze nach Deutschland hin[zog]“, womit Handlungs- und Erfolgsort (§ 9 Abs. 1 Var. 1 und Var. 3 StGB) sich im Inland befanden.<sup>4</sup> Einen weiteren<sup>5</sup> Inlandstatort begründete nach Auffassung des Senats die Verabredung zur mittäterschaftlichen Begehung der Geiselnahme (§§ 239b Abs. 1, 30 Abs. 2 Var. 3 StGB).<sup>6</sup> Anwendung finden durfte § 224 StGB bei dieser Sachlage nur dann, wenn „der Begriff der Tat nach § 3 StGB [...] prozessual zu verstehen ist“.<sup>7</sup> Indem der Senat sich diesem „prozessualen“ Begriffsverständnis anschloss, ent-

<sup>3</sup> BGH NJW 2023, 534 (535 Rn. 20).

<sup>4</sup> BGH NJW 2023, 534 (535 Rn. 21).

<sup>5</sup> Zur einhellig anerkannten Möglichkeit kumulativer Tatortbegründung siehe z.B. Valerius, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch, des Strafrechts, Bd. 2: Allgemeiner Teil I, 2020, § 31 Rn. 42.

<sup>6</sup> BGH NJW 2023, 534 (535 Rn. 21). Grundlegend hierzu BGHSt 39, 88 („Belgien-Fall“); siehe aber auch BGH, Beschl. v. 14.11.2017 – 3 StR 265/17 = StV 2019, 601 = BeckRS 2017, 146499.

<sup>7</sup> BGH NJW 2023, 534 (535 Rn. 23).

<sup>1</sup> = NJW 2023, 534 = BeckRS 2022, 39831. Die Entscheidung ist vorgesehen zum Abdruck in der Entscheidungssammlung des Gerichts (BGHSt). Siehe bereits die Anmerkungen von Kudlich, JA 2023, 255; Beukelmann/Heim, NJW-Spezial 2023, 88.

<sup>2</sup> BGH NJW 2023, 534 Rn. 2–5, teilweise wörtlich übernommen, teilweise verkürzt und vereinfacht.

schied er eine bisher höchstrichterlich ungeklärte und im Schrifttum unterschiedlich beurteilte Streitfrage.

### III. Würdigung

Mit dem hier besprochenen Urteil hat der BGH sich zwar der im Schrifttum vorherrschenden,<sup>8</sup> aber einer insgesamt doch wenig reflektierten Rechtsansicht angeschlossen. Angeregt durch die Entscheidung des 3. Strafsenats richten die nachfolgenden kritischen Anfragen sich damit in erster Linie an die Strafrechtswissenschaft.

#### 1. Die Inlandstat: Eine Verknüpfung von § 3 StGB und § 9 StGB

Der 3. Strafsenat leitet seine Stellungnahme mit der These ein, dass die „Inlandstat im Sinne der §§ 3, 9 StGB [...] nicht allein tatbestandsbezogen zu verstehen“ sei, sondern „regelmäßig die im Rahmen desselben Lebensvorgangs verwirklichten Delikte“ umfasse.<sup>9</sup> Wenige Zeilen später kapriziert das Gericht sich aber auf den Begriff der Tat in § 3 StGB,<sup>10</sup> um sodann eine „rein tatbestandsbezogene Auslegung der Tat im Sinne des § 3 StGB“<sup>11</sup> zu verwerfen.

Zunächst ist klarzustellen, dass der Begriff der „Inlandstat“ sich in den §§ 3, 9 StGB nicht wiederfindet. § 3 StGB regelt, dass das deutsche Strafrecht für „Taten“ gilt, „die im Inland begangen werden“. Schon die Formulierung („Taten“, „Tat“, „begangen“) legt nahe, dass es sich hierbei um einen impliziten Verweis auf die Legaldefinition des § 9 StGB handelt: Während mithilfe des § 9 StGB bestimmt wird, an

<sup>8</sup> Ambos, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. 2018, § 1 Rn. 23; Eser/Weißer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 3 Rn. 4; v. Heintschel-Heinegg, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.5.2020, § 3 Rn. 14; Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 3 Rn. 2; ders., Internationales und Europäisches Strafrecht, 10. Aufl. 2022, § 5 Rn. 9; wohl auch Valerius (Fn. 5), § 31 Rn. 40. Aus der Rspr. OLG München, Beschl. v. 4.12.2006 – OLGausl 262/06 (92/06) = NStZ 2007, 412. Für ein materielleres Tatverständnis plädieren jedoch Böse, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, Vor § 3 Rn. 57; Kindhäuser/Hilgendorf, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 9. Aufl. 2022, § 3 Rn. 4; Rotsch, ZIS 2006, 17 (18); anders jetzt aber ders., in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, StGB § 9 Rn. 7, StGB § 3 Rn. 3; Walther, JuS 2012, 203 (204 ff.); Zöller, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), AnwaltKommentar, Strafgesetzbuch, 3. Aufl. 2020, § 3 Rn. 4. Unklar Basak, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 3 Rn. 4: „Der Begriff der Tat verweist auf die rechtswidrige Tat iSd § 11 Nr. 5, bzw. bezüglich prozessualer Fragen auf § 264 StPO.“

<sup>9</sup> BGH NJW 2023, 534 (535 Rn. 22 – Abkürzungen hier ausgeschrieben)

<sup>10</sup> BGH NJW 2023, 534 (535 Rn. 23).

<sup>11</sup> BGH NJW 2023, 534 (536 Rn. 26 – Abkürzungen hier ausgeschrieben).

welchem Ort die Tat begangen wurde, erschöpft die im Rahmen des § 3 StGB notwendige gedankliche Operation sich in der Prüfung, ob jener Tatort im Inland liegt.<sup>12</sup> Daraus folgt, dass die §§ 3, 9 StGB eine „untrennbare Einheit“ bilden: „Ohne die Bestimmung des Tatorts ist der Gebietsgrundsatz hilflos.“<sup>13</sup> Erst die „systematische Verbindung“<sup>14</sup> beider Vorschriften ermöglicht die Rede von der „Inlandstat“.<sup>15</sup>

#### 2. Konsequenzen eines prozessualen Begriffsverständnisses

a) Im vom BGH entschiedenen Fall hatte die gefährliche Körperverletzung (§ 224 StGB) bei isolierter Beurteilung nach § 9 Abs. 1 StGB weder einen Handlungs- noch einen Erfolgsort im Inland. Die Stiche in die Brust zum Nachteil des Geschädigten und der Faustschlag gegen dessen Begleiter ereigneten sich ausschließlich in den Niederlanden. Der Tatort der Geiselnahme (§ 239b Abs. 1 StGB) lag allerdings – auch – im Inland, weil die Entführung sich über die Grenze nach Deutschland hinczog. Zudem könne schon die Verabredung der Tatbegehung (§ 30 Abs. 2 Var. 3 StGB) einen Tatort der später vollendeten Tat begründen.<sup>16</sup> Läge den §§ 3, 9 StGB ein materieller Tatbegriff zugrunde, wäre § 224 StGB also nicht anwendbar.

<sup>12</sup> Vgl. Ambos (Fn. 8), § 3 Rn. 12: „Die Bestimmung des Tatorts (und damit des Inlands) ist also die logische Vorbedingung der Anwendung des Territorialitätsprinzips.“

<sup>13</sup> Miller/Rackow, ZStW 117 (2005), 379 (381).

<sup>14</sup> Ambos (Fn. 8), § 3 Rn. 11.

<sup>15</sup> Inwiefern die „traute Zweisamkeit“ der §§ 3, 9 StGB von § 7 Abs. 1 StPO gestört wird, steht auf einem anderen Blatt. Nach einhelliger Auffassung wird der Gerichtsstand des Tatorts unter Rückgriff auf § 9 StGB bestimmt, wobei es angesichts der Unschuldsvermutung zunächst nur um hypothetische Tatorte gehen kann, siehe Erb, in: Becker/Erb/Esser/Graalman-Scheerer/Hilger/Ignor (Hrsg.), Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Bd. 1, 27. Aufl. 2016, § 7 Rn. 1; Rotsch, ZIS 2006, 17 (22); Rotsch, in: Krekeler/Löffelmann/Sommer (Hrsg.), AnwaltKommentar, Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2010, § 7 Rn. 5; siehe auch Börner/Linke, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafprozessordnung, Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 7 Rn. 8; R. Fischer, in: Kleinknecht/Müller/Reitberger, Kommentar zur Strafprozessordnung, 93. Lfg., Stand: 1.8.2019, § 7 Rn. 2 ff.; Geilhorn, in: Barthe/Gericke (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 9. Aufl. 2023, § 7 Rn. 1 ff.; Werle/Jeßberger, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 9 Rn. 2; Weßlau/Weißer, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 1, 5. Aufl. 2018, § 7 Rn. 2; Zöller, in: Gercke/Julius/Temming/Zöller (Hrsg.), Strafprozessordnung, Kommentar, 6. Aufl. 2018, § 7 Rn. 8. – Auch § 7 Abs. 1 StPO ist ohne § 9 StGB „hilflos“, sodass aus der Kombination beider Vorschriften wohl ein weiterer Tatbegriff – die „(Gerichts-)Bezirkstat“? – hervorgeht. Zur (problematischen) Verbindung von § 7 Abs. 1 StPO und § 9 StGB ausführlich Rotsch, ZIS 2006, 17 (22 ff.).

<sup>16</sup> Siehe die Nachw. in Fn. 6.

Nach Auffassung des 3. Strafsenats ist der Begriff der Inlandstat jedoch in einem prozessualen Sinne zu verstehen. Was das konkret bedeutet, lässt sich auf eine prägnante Kurzformel bringen: Deutsches Strafrecht kann auf sämtliche Taten *im materiellen Sinne* angewendet werden, sofern die sie begründenden Tatsachen

- in *prozessualer Einheit* stehen und
- sich wenigstens für eine *einzig materielle Tat* ein Tatort im Inland feststellen lässt.

Auf den konkreten Fall übertragen heißt das: Da die Geiselnahme einen Tatort im Inland aufweist und diese in prozessualer Einheit mit der gefährlichen Körperverletzung steht, ist auch § 224 StGB anwendbar. Ob die gefährliche Körperverletzung *tatsächlich* einen Handlungs- oder Erfolgsort im Inland aufweist, bedarf bei dieser Sachlage dann keiner weiteren Erörterung.

b) Damit ist auch klar, was es *nicht* bedeutet, den §§ 3, 9 StGB einen prozessualen Tatbegriff zugrunde zu legen: Tatbestandslose Erfolge, Handlungen oder Unterlassungen begründen nicht schon deshalb einen Tatort, weil sie als Begleitumstände vom prozessualen Tatbegriff umfasst sind.<sup>17</sup> So ist zum Beispiel der Ort, an dem der für den Betrugstatbestand (§ 263 StGB) irrelevante Vermögenszuwachs tatsächlich stattfindet, kein Erfolgsort im Sinne des § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB.<sup>18</sup> Auch bringt die vollkommen legale „Leerfahrt“ zum Drogenumschlagplatz keinen Handlungs- oder Erfolgsort gem. § 9 Abs. 1 Var. 1 StGB hervor, wenngleich sie bei natürlicher Betrachtung Teil des Betäubungsmittelhandels ist (§ 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BtMG).

c) Wie oben dargelegt, setzt das Vorgehen des BGH voraus, dass wenigstens eine *materielle Tat* vorliegt, für die nach § 9 StGB ein Tatort im Inland festgestellt werden kann. Zumindest insoweit ist also eine materielle Betrachtung unumgänglich. Und so orientiert auch der Normtext des § 9 StGB sich offenkundig an Kategorien des materiellen Rechts.<sup>19</sup> Unterschieden wird nicht nur zwischen Täterschaft (§ 9 Abs. 1 StGB) und Teilnahme (§ 9 Abs. 2 StGB), sondern zudem zwischen den verschiedenen Erscheinungsformen der Straftat. Zumindest für § 9 Abs. 1 StGB sei dies hier gezeigt:

Für den (vorgestellten) Erfolgsort (§ 9 Abs. 1 Var. 3 und Var. 4 StGB) liegt die Anknüpfung an die materielle Tat auf der Hand: Nach dem Normtext ist derjenige Ort entscheidend, an dem der „zum Tatbestand gehörende Erfolg eingetreten ist oder nach der Vorstellung des Täters eintreten sollte“. Selbstverständlich hat eine „prozessuale“ Tat keinen solchen *tatbestandlichen* Erfolg, womit ein prozessuales Verständnis des Tatbegriffs insoweit gar nicht erst zur Debatte steht.<sup>20</sup> Aber auch der Ort, „an dem der Täter gehandelt hat

oder im Falle eines Unterlassens hätte handeln müssen“ (§ 9 Abs. 1 Var. 1 und Var. 2 StGB) lässt sich ohne Bezugnahme auf eine konkrete materielle Tat nicht feststellen. Nach herrschender Meinung liegt der Handlungsort (§ 9 Abs. 1 Var. 1 StGB) dort, wo der Täter eine auf die Tatbestandsverwirklichung gerichtete Tätigkeit vorgenommen hat, sofern er damit wenigstens die Schwelle zum unmittelbaren Ansetzen übertreten hat.<sup>21</sup> Der insoweit geforderte Tatbestandsbezug lässt sich nur auf materieller Ebene herstellen. Wenn für den Handlungsort beim Unterlassungsdelikt (§ 9 Abs. 1 Var. 2 StGB) geprüft werden muss, an welchem Ort der Täter hätte handeln müssen, kann auch das nur gelingen, wenn geklärt ist, welche Handlung im Einzelnen geboten war. Im Falle des unechten (begehungsgleichen) Unterlassens nach Maßgabe des § 13 Abs. 1 StGB ist hierfür die – aus der Garantienstellung folgende – „Erfolgsabwendungspflicht“<sup>22</sup> in den Blick zu nehmen. Welchen „Erfolg“ der Täter abzuwenden verpflichtet ist, kann jedoch nur mit Rücksicht auf einen bestimmten Straftatbestand (des materiellen Strafrechts) beantwortet werden. Bei den echten Unterlassungsdelikten ergibt die gebotene Handlung sich aus dem Straftatbestand,<sup>23</sup> sodass auch insoweit nur der Blick in den Besonderen Teil des Strafgesetzbuches weiterhilft.

d) Was bedeutet das für das Verständnis der §§ 3, 9 StGB? Man muss sich die folgende Kuriosität vergegenwärtigen: Einerseits knüpft die Vorschrift des § 9 StGB an gesetzlich festgelegte Merkmale der *materiellen Tat* an, andererseits soll mit ihr der Tatort der *prozessualen Tat* bestimmt werden. Im Ergebnis sind die Tatorte der materiellen Tat zugleich die Tatorte der prozessualen Tat. Liegt hiernach ein Tatort der prozessualen Tat im Inland (§ 3 StGB), findet auf sämtliche materielle Taten innerhalb dieser prozessualen Einheit das deutsche Strafrecht Anwendung.

e) Aus der Medizin kennt man die Redewendung: „Wenn du Hufgetrappel hörst, denk‘ an Pferde, nicht an Zebras!“<sup>24</sup> –

---

Tatbegriff zugrunde liegen muss, siehe *Namavičius*, Territorialitätsgrundsatz und Distanzdelikt, 2012, S. 46; *Walther*, JuS 2012, 203 (204 f.).

<sup>21</sup> BGH, Urt. v. 10.2.2016 – 2 StR 413/15 = NSTz 2016, 414 (415); *Ambos*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 1 Rn. 8; *Böse* (Fn. 8), § 9 Rn. 3; v. *Heintzel-Heinegg*, in: v. Heintzel-Heinegg (Hrsg.), Beck’scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.5.2019, § 9 Rn. 2; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 10. Aufl. 2022, § 5 Rn. 14; *Werle/Jeßberger* (Fn. 15), § 9 Rn. 10; *Rotsch* (Fn. 8 – Graf/Jäger/Wittig), § 9 Rn. 10.

<sup>22</sup> Siehe nur *Gropp/Simm*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 24.

<sup>23</sup> Siehe nur *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 18 Rn. 1, 6a.

<sup>24</sup> Zugeschrieben wird dieses Sprichwort dem US-amerikanischen Arzt Dr. Theodore Woodward. Gemeint ist, dass im Rahmen der Diagnose zuerst die häufiger auftretende (und deshalb wahrscheinlichere) Krankheit in Erwägung zu ziehen ist und erst dann die seltenere, exotischere. Siehe *Sotos*, Zebra Cards, An Aid to Obscure Diagnosis, 3. Aufl. 2006, S. 1:

<sup>17</sup> So aber *Walther*, JuS 2012, 203 (204).

<sup>18</sup> Vgl. *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 5. Abschn. Rn. 21.

<sup>19</sup> Siehe hierzu etwa die Darstellung bei *Rath*, JA 2006, 435 (436 ff.).

<sup>20</sup> So auch BGH NJW 2023, 534 (535 Rn. 25). Ein Teil des Schrifttums schließt hieraus, dass § 9 StGB ein materieller

Wenn der Normtext des § 9 StGB das Hufgetrappel ist, dann ist der materielle Tatbegriff das Pferd, der prozessuale das Zebra. Kann es wirklich sein, dass zwar die gesamte Vorschrift sich an das materielle Strafrecht und all seine feinen Differenzierungen anlehnt, dann aber ausgerechnet zur Bestimmung des Tatorts der „prozessualen“ Tat dient? Kontraintuitiv ist dies allemal. Um im Bild zu bleiben: Warum vermutet der BGH das seltene Zebra, wenn er Hufgetrappel hört?

### 3. Begründung des prozessualen Begriffsverständnisses

a) Zunächst verweist das Gericht darauf, dass der Wortlaut des § 3 StGB keinen Anhaltspunkt für eine Auslegung bereithält.<sup>25</sup> Das ist zwar richtig, allerdings nicht ausschlaggebend, denn das Auslegungsproblem ist richtigerweise nur in Kombination mit § 9 StGB zu lösen (siehe oben 1.). Der Normtext des § 9 StGB legt wiederum ein materielles Tatverständnis nahe (siehe oben 2. d) und e).

Zur Unterstützung des BGH führt *Kudlich* ergänzend an, dass die §§ 3, 9 StGB immerhin auf die „Begehung der Tat“ und nicht auf die „Verwirklichung eines Tatbestandes“ abstellen.<sup>26</sup> Besonderes Gewicht kommt dem jedoch nicht zu. Wie die Legaldefinition der „rechtswidrige[n] Tat“ in § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB beweist, schließt das Wort „Tat“ den Tatbestandsbezug nicht aus. Wohlgemerkt ergibt sich hieraus für die §§ 3, 9 StGB nichts, weil die Vorschriften nicht von der *rechtswidrigen* Tat sprechen. Das Spektrum des möglichen Wortsinns erweitert § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB gleichwohl.

b) Sodann greift der 3. *Strafsenat* den naheliegenden Einwand auf, dass § 9 Abs. 1 StGB ausdrücklich auf den „zum Tatbestand gehörende[n] Erfolg“ abstellt.<sup>27</sup> Hierzu heißt es:

„Der den Tatort näher konkretisierende § 9 I StGB stellt zwar unter anderem auf einen ‚zum Tatbestand‘ gehörenden Erfolg ab und ließe sich somit für einen Tatbestandsbezug heranziehen. Allerdings liegt eine solche weitgehende Bedeutung der den Tatbestandserfolg aufgreifenden Normvariante bereits deshalb nicht nahe, weil sie lediglich Erfolgsdelikte betrifft und damit keine allgemeine Bestimmung zum Verständnis des Tatbegriffs enthält.“<sup>28</sup>

Damit wird die Abkehr von der Rechtsprechung des 1. *Strafsenats*<sup>29</sup> weiter zementiert. Hiernach war es nicht ausgeschlossen, dass die nach allgemeiner Verbrechenslehre „erfolgreichen“ Delikte zumindest einen „Erfolg“ im Sinne von § 9 Abs. 1

StGB aufweisen. Seit geraumer Zeit propagiert der 3. *Strafsenat*, dass „eine von der tatbestandsmäßigen Handlung räumlich und/oder zeitlich abtrennbare Außenweltveränderung“ vorausgesetzt ist, wobei diese im gesetzlichen Straftatbestand genannt sein muss.<sup>30</sup> Doch das nur am Rande, denn um den Erfolgsbegriff des § 9 Abs. 1 StGB soll es hier nicht gehen. Das soeben zitierte Argument des 1. *Strafsenats* führt in die Irre: Es impliziert, dass die auf den „zum Tatbestand gehörenden Erfolg“ abstellenden Varianten 3 und 4 zwei *Sonderfälle* regeln, die *ausnahmsweise* eine materielle Betrachtung notwendig machen, sodass Verallgemeinerungen sich verbieten. Allerdings ist auch nach den Varianten 1 und 2 eine Tatortbestimmung ausschließlich unter Bezugnahme auf eine *konkrete materielle Tat* möglich (siehe oben 2. c). Das ist aber auch gar nicht der Punkt. Die Frage ist nicht, ob die Feststellung der Tatorte mit Blick auf die materiell-rechtlichen Kategorien von Handlung, Unterlassung und Erfolg stattzufinden hat – denn daran besteht kein Zweifel –, sondern ob die auf diese Weise festgestellten Tatorte *zugleich* solche der prozessualen Tat sind. Insofern ist die Vermutung, dass hinter dem Hufgetrappel Pferde stecken, nicht entkräftet.

c) Sodann zieht der 3. *Strafsenat* einen Vergleich zu den §§ 5, 6 StGB, die „die Geltung deutschen Strafrechts auf Auslandstaaten lediglich bei bestimmten Tatbeständen erweiter[n]“<sup>31</sup> und deshalb eine materielle Betrachtung erzwingen. Eine Verallgemeinerung sei aber auch hier nicht angebracht, weil es sich dabei um Ausnahmevorschriften handle. Zur Bekräftigung zieht das Gericht die Gesetzesbegründung zu §§ 5, 6 StGB heran: „Die Auslandstaaten, für die das deutsche Strafrecht ausnahmsweise gelten soll, sind *tatbestandlich* [!] bestimmt und abschließend geregelt.“<sup>32</sup> Diese Passage – so der 3. *Strafsenat* – „deutet [...] darauf hin, dass der Tatbegriff für Inlandstaaten nicht derart [in einem materiellen Sinne, *D.K.*] verstanden wird, da ansonsten ein solcher auf die genannten Auslandstaaten bezogener Hinweis entbehrlich wäre“.<sup>33</sup>

Nun muss den Verfassern der Gesetzesbegründung gar nicht unterstellt werden, dass sie nicht wüssten, wovon sie sprechen. Eher dürfte der 3. *Strafsenat* die Aussagekraft dieser Textstelle bei Weitem überschätzt haben. Was sich aus der Gesetzesbegründung ergibt, ist bei verständiger Lesart wohl nur, dass der Gesetzgeber sich bei der Auswahl der – unabhängig von §§ 3, 9 StGB – verfolgbareren Auslandstaaten gründliche Gedanken gemacht hat und „Ausnahmen von den Ausnahmen“ strikt ausschließen wollte. Darauf weist auch der nachfolgende Satz in der Gesetzesbegründung hin:

„Sie [die Auslandstaaten, *D.K.*] betreffen nur Fälle, in denen ein unabweisbares Bedürfnis für den Schutz des eige-

„When you hear hoofbeats behind you, don't expect to see a zebra.“, „Don't look for zebras on Greene Street.“

<sup>25</sup> BGH NJW 2023, 534 (535 Rn. 25).

<sup>26</sup> *Kudlich*, JA 2023, 255 (257).

<sup>27</sup> BGH NJW 2023, 534 (535 Rn. 25).

<sup>28</sup> BGH NJW 2023, 534 (535 Rn. 25). Genau umgekehrt argumentieren *Namavičius* (Fn. 20), S. 46; *Walther*, JuS 2012, 203 (204 f.).

<sup>29</sup> BGH, Urt. v. 12.12.2000 – 1 StR 184/00 = BGHSt 46, 212 = NJW 2001, 624; siehe auch BGH, Urt. v. 22.8.1996 – 4 StR 127/96 = BGHSt 42, 235 (242 f.).

<sup>30</sup> BGH, Beschl. v. 3.5.2016 – 3 StR 449/15 = NStZ 2017, 146 (147). Siehe zuvor bereits BGH, Beschl. v. 19.8.2014 – 3 StR 88/14 = NStZ 2015, 81; BGH, Beschl. v. 3.5.2015 – 3 StR 449/15 = NStZ 2017, 146; so auch der 2. *Strafsenat*, vgl. BGH, Beschl. v. 6.6.2018 – 2 ARs 163/18, 2 AR 106/18 = NJW 2018, 2742.

<sup>31</sup> BGH NJW 2023, 534 (535 Rn. 25).

<sup>32</sup> BT-Drs. IV/650, S. 105 (*Hervorhebung* nur hier).

<sup>33</sup> BGH NJW 2023, 534 (535 Rn. 25).

nen Staates oder des eigenen Staatsangehörigen besteht oder in denen übergeordnete gemeinsame Belange der Völkerrechtsgemeinschaft diesen Schutz erfordern.“<sup>34</sup>

Soweit es in der Gesetzesbegründung heißt, dass die Auslandstaten in den §§ 5, 6 StGB „tatbestandlich“ bestimmt sind, soll damit nicht mehr und nicht weniger als die völkerrechtliche Rechtfertigungsbedürftigkeit der Strafrechtsanwendung außerhalb des Territorialitätsprinzips betont werden.<sup>35</sup>

d) Das eigentliche Argument für den prozessualen Tatbegriff kommt erst zum Schluss:<sup>36</sup> Läge den §§ 3, 9 StGB ein materieller Tatbegriff zugrunde, könnten deutsche Strafgesetze nur auf Taten im materiellen Sinne angewendet werden – an sich unproblematisch. Allerdings träte der transnationale Strafklageverbrauch nach Art. 50 GRCh, Art. 54 SDÜ<sup>37</sup> auch für diejenigen Auslandstaten im materiellen Sinne ein, die in prozessualer Einheit mit den abgeurteilten Inlandstaten im materiellen Sinne stehen.<sup>38</sup> Bei materiellem Tatverständnis kann daher die Situation eintreten, dass „eine vollständige Würdigung des Gesamtsachverhalts durch die nur teilweise Aburteilung im Inland ausgeschlossen“<sup>39</sup> ist. Salopp gesprochen: Der Täter kommt wegen derjenigen materiellen Auslandstaten ungeschoren davon, die in prozessualer Einheit mit den abgeurteilten materiellen Inlandstaten stehen. Im vom BGH entschiedenen Fall hieße das, dass die gefährliche Körperverletzung aufgrund des europäischen *ne bis in idem*-Grundsatzes gänzlich – auch von der Jurisdiktion der Niederlande – ungeahndet bleiben müsste, wenn es lediglich zu einer Verurteilung wegen der übrigen materiellen Taten (Geiselnahme, Raub, räuberische Erpressung) kommt.

aa) Nun lässt sich trefflich darüber streiten, ob diese Konsequenz des materiellen Tatverständnisses derart untragbar ist, dass sie ein prozessuales Begriffsverständnis erzwingt. Zu beachten ist jedenfalls, dass der BGH sich hier auf der Ebene kriminalpolitischer Argumentation bewegt. Hier liegt auch das von *Kudlich* angeführte Gegenargument:<sup>40</sup> Der transnationale Strafklageverbrauch wäre im vom BGH entschiedenen Fall auch dann eingetreten, wenn die niederländische Justiz

sich des Sachverhaltes angenommen hätte. Die deutschen Gerichte hätten in dieser Situation keinen Einfluss darauf, inwieweit das verwirklichte Unrecht geahndet wird. Stattdessen hinge es ganz vom niederländischen Strafanwendungsrecht ab, in welchem Umfang der Täter abschließend zur Verantwortung gezogen wird. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, weshalb ausgerechnet die deutsche Strafjustiz mittels extensiver Auslegung des nationalen Rechts für sich in Anspruch nehmen sollte, die *gesamte* prozessuale Tat abzuurteilen.

bb) Wohlgermerkt wird in der Literatur der Vorschlag gemacht, den transnationalen Strafklageverbrauch der Art. 50 GRCh, Art. 54 SDÜ auf denjenigen Ausschnitt der prozessualen Tat zu beschränken, dessen Würdigung durch das nationale Gericht rechtlich überhaupt möglich war.<sup>41</sup> Insoweit ist zu beachten, dass das deutsche Strafprozessrecht „normative ‚Kupierungen‘ des Prozessgegenstands“ zulässt, wenn eine rechtliche Unmöglichkeit der Würdigung besteht, was etwa bei fehlender Gerichtsbarkeit der Fall ist.<sup>42</sup> Dies solle nun auf Art. 50 GRCh, Art. 54 SDÜ zu übertragen sein, was zur Folge hätte, dass die nicht gewürdigten Taten im materiellen Sinne weiterhin verfolgbar blieben. Der Strafklageverbrauch reichte damit nur so weit wie die Jurisdiktionsbefugnis.<sup>43</sup>

Diese Überlegungen hat der 3. Strafsenat ignoriert – möglicherweise aus gutem Grund. Der EuGH, der über das europäische *ne bis in idem* befindet, pocht auf eine europäisch-autonome Auslegung der Art. 50 GRCh, Art. 54 SDÜ (siehe hierzu noch unten 4. b).<sup>44</sup> Da der EuGH auch sonst auf national-rechtliche Hindernisse keine Rücksicht nimmt, ist kaum anzunehmen, dass er diesen Fall als Grund für eine Einschränkung des transnationalen Strafklageverbrauchs akzeptieren würde.<sup>45</sup>

cc) Neben einer restriktiven Auslegung der Art. 50 GRCh, Art. 54 SDÜ wird auch eine nationalstaatliche Lösung zur Vermeidung einer unvollständigen Ahndung des Unrechts vorgeschlagen. Abhilfe bietet zunächst einmal § 7 Abs. 2 Nr. 1

<sup>34</sup> BT-Drs. IV/650, S. 105.

<sup>35</sup> Hierzu *Ambos* (Fn. 8), § 3 Rn. 4 ff. m.w.N.

<sup>36</sup> Zum Folgenden BGH NJW 2023, 534 (535 Rn. 26).

<sup>37</sup> Normtext des Art. 50 GRCh: „Recht, wegen derselben Tat nicht zweimal strafrechtlich verfolgt oder bestraft zu werden. Niemand darf wegen einer Straftat, derentwegen er bereits in der Union nach dem Gesetz rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren erneut verfolgt oder bestraft werden.“ – Normtext des Art. 54 SDÜ: „Wer durch eine Vertragspartei rechtskräftig abgeurteilt worden ist, darf durch eine andere Vertragspartei wegen derselben Tat nicht verfolgt werden, vorausgesetzt, dass im Fall einer Verurteilung die Sanktion bereits vollstreckt worden ist, gerade vollstreckt wird oder nach dem Recht des Urteilsstaats nicht mehr vollstreckt werden kann.“

<sup>38</sup> Vgl. OLG München, Beschl. v. 4.12.2006 – OLGAusl 262/06 (92/06) = NStZ 2007, 412.

<sup>39</sup> *Eser/Weißer* (Fn. 8), § 3 Rn. 4.

<sup>40</sup> *Kudlich*, JA 2023, 255 (256).

<sup>41</sup> *Walther*, JuS 2012, 203 (206).

<sup>42</sup> BGH, Urt. v. 15.12.1960 – 3 StR 26/59 = BGHSt 15, 259 f.; *Greco*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, 2015, S. 560 f.; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 65. Aufl. 2022, Einl. Rn. 173; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, § 20 Rn. 18.

<sup>43</sup> Offengelassen in BGH, Urt. v. 9.6.2008 – 5 StR 342/04 = BGHSt 52, 275 (281 f.).

<sup>44</sup> EuGH, Urt. v. 9.3.2006 – C-436/04 (Van Esbroeck) = NJW 2006, 1781 (1782 Rn. 38 ff.); EuGH, Urt. v. 16.11.2010 – C-261/09 (Gaetano Mantello) = NJW 2011, 983; siehe auch *Inhofer*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafprozessordnung, Stand: 1.1.2023, SDÜ Art. 54 Rn. 35; *Satzger* (Fn. 21), § 10 Rn. 82; *Zehetgruber*, JR 2015, 184 (185 f.).

<sup>45</sup> Siehe *Heger*, in: Hochmayr (Hrsg.), „Ne bis in idem“ in Europa, Praxis, Probleme und Perspektiven des Doppelverfolgungsverbots, 2015, S. 65 (78, 80), mit Nachw. zur Rspr. des EuGH.

StGB, wonach deutsches Strafrecht dann anwendbar ist, wenn der Täter zur Zeit der Tat Deutscher war oder es nach der Tat geworden ist.<sup>46</sup> Führt diese Vorschrift nicht weiter, so könnte zumindest über § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts auf Auslandstaten im materiellen Sinne erstreckt werden.<sup>47</sup>

Freilich bleibt dieser Ansatz in seiner Reichweite hinter der Lösung über den prozessualen Tatbegriff in den §§ 3, 9 StGB zurück. Zunächst muss eine Auslieferungsanfrage an potentielle Verfolgerstaaten gestellt werden. Wird die Anfrage nicht innerhalb angemessener Frist beantwortet (drei Wochen),<sup>48</sup> ist das Problem gelöst. Wird die Anfrage aber beantwortet, kann (Ermessen!) die nach § 74 IRG zuständige Verwaltungsbehörde gem. § 83b Abs. 1 Nr. 1 IRG die Bewilligung der Auslieferung ablehnen, wenn „gegen den Verfolgten wegen derselben Tat, die dem Auslieferungersuchen zugrunde liegt, im Geltungsbereich dieses Gesetzes ein strafrechtliches Verfahren geführt wird“. Der Begriff „derselben Tat“ ist wegen des speziellen Gesetzeskontextes in einem europäisch-rechtshilferechtlichen Sinne zu verstehen (siehe auch Art. 4 Nr. 2 RbEuHB),<sup>49</sup> sodass auch die Umstände, die die materielle Auslandstat konstituieren, umfasst sein können. Wird die Auslieferung hingegen bewilligt, könnte im Verfolgerstaat ein Urteil ergehen, das ebenfalls nicht die volle Bandbreite des verwirklichten Unrechts abdeckt (siehe das Argument *Kudlichs* unter aa).

Es steht nicht zu erwarten, dass die deutsche Strafjustiz sich jemals auf ein solch unbequemes Unterfangen einlassen würde. Das ändert jedoch nichts daran, dass der Umweg über § 7 Abs. 2 S. 2 StGB angemessen erscheint, denn insoweit wird die Anwendung deutscher Strafgesetze sachlich zutreffend als eine Konstellation der stellvertretenden Strafrechtspflege gekennzeichnet.<sup>50</sup> Wenn die deutsche Strafjustiz sich schon anschickt, eine materielle Auslandstat zu bestrafen, dann sollte dies wenigstens davon abhängen, dass die materielle Auslandstat am Tatort mit Strafe bedroht ist oder der Tatort keiner Strafgewalt unterliegt (vgl. § 7 Abs. 2 StGB am Anfang). Die nunmehr vom BGH akzeptierte Lösung über den prozessualen Tatbegriff umgeht diese Voraussetzung. Damit findet deutsches Strafrecht potentiell Anwendung auf Handlungen, die nach ausländischem Recht nicht inkriminiert

sind, und das nur deshalb, weil sie in prozessualer Einheit mit materiellen Inlandstaten stehen. Worin bestünde bei einer solchen Sachlage der allseits geforderte „genuine link“?<sup>51</sup>

#### 4. „Prozessualer“ Tatbegriff

a) Bisher war ganz unbefangen vom „prozessualen“ Tatbegriff die Rede. Das Schrifttum geht offenbar ganz selbstverständlich davon aus, dass im Rahmen der §§ 3, 9 StGB auf den prozessualen Tatbegriff im Sinne des deutschen Strafprozessrechts abzustellen ist.<sup>52</sup> Zu beachten ist jedoch, dass selbst die Strafprozessordnung nicht „den“ prozessualen Tatbegriff kennt,<sup>53</sup> sondern die notorische Relativität der Rechtsbegriffe immer wieder dazu nötigt, den gesetzlichen Kontext, in dem der Tatbegriff auftaucht, zu berücksichtigen.<sup>54</sup>

b) Daher müsste auch in Bezug auf die §§ 3, 9 StGB die Frage im Vordergrund stehen, welche Funktion dem Tatbegriff zukommt. Bedenkt man nun, aus welchem Grund der BGH einen „prozessualen“ Tatbegriff propagiert, liegt ein deutsch-prozessuales Verständnis jedweder Art geradezu fern. Letztlich geht es doch um die Vermeidung eines das Unrecht unzulänglich ahnenden Strafurteils bei gleichzeitigem Eintritt des transnationalen Strafklageverbrauchs gem. Art. 50 GRCh, Art. 54 SDÜ (siehe oben 3. d).

Konsequenterweise müsste dann auch der europäisch-prozessuale Tatbegriff entscheidend sein: „Tat“ im Sinne des § 9 StGB wäre damit das, was der EuGH mit Blick auf die Art. 50 GRCh, Art. 54 SDÜ unter „Tat“ versteht. Dies ist nach mittlerweile ständiger Rechtsprechung ein Komplex „konkreter, unlösbar miteinander verbundener Umstände“, wobei es darauf ankommt, ob sie „in zeitlicher und räumlicher Hinsicht sowie nach ihrem Zweck unlösbar miteinander verbunden sind“, was letztlich auf eine „Gesamtbetrachtung

<sup>46</sup> Kritisch hierzu *Zehetgruber*, ZIS 2020, 364; siehe auch *Satzger* (Fn. 21), § 5 Rn. 89 f.

<sup>47</sup> *Böse* (Fn. 8), Vor § 3 Rn. 57; affirmativ *Walther*, JuS 2012, 203 (206).

<sup>48</sup> Die h.M. geht hier von einer Frist von drei Wochen aus, siehe nur *Ambos* (Fn. 21), § 7 Rn. 30 m.w.N.

<sup>49</sup> Richtig *F. Meyer*, in: *Ambos/König/Rackow* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Rechtshilferecht in Strafsachen*, 2. Aufl. 2020, Rn. 968 m.w.N.; siehe aber auch *Zimmermann*, in: *Schomburg/Lagodny*, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, 6. Aufl. 2020, IRG § 83b: „§ 264 StPO bzw. der damit weitgehend identische eigenständige europäische Tatbegriff des Art. 54 SDÜ“.

<sup>50</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 12.12.2000 – 2 BvR 1290/99 = NJW 2001, 1848 (1852); *Böse* (Fn. 8), § 7 Rn. 11; *Satzger* (Fn. 21), § 5 Rn. 91.

<sup>51</sup> Zu diesem Erfordernis siehe nur *Satzger* (Fn. 21), § 4 Rn. 2 m.w.N.

<sup>52</sup> *Ambos* (Fn. 21), § 3 Rn. 6; *Basak* (Fn. 8), § 3 Rn. 4; *Rotsch* (Fn. 8 – Graf/Jäger/Wittig), StGB § 3 Rn. 3, StGB § 9 Rn. 7; *Satzger* (Fn. 21), § 5 Rn. 9 mit Fn. 15.

<sup>53</sup> Siehe *Stuckenberger*, in: *Becker/Erb/Esser/Graalman-Scherer/Hilger/Ignor* (Hrsg.), *Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar*, Bd. 7, 27. Aufl. 2021, § 264 Rn. 4 mit Fn. 7.

<sup>54</sup> Grundlegend *Müller-Erbach*, *Jherings Jahrbuch* 61 (1912), 343; *Engisch*, *Die Einheit der Rechtsordnung*, 1935, S. 43 ff. und S. 72; *Heck*, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, 1932, S. 60. Aus jüngerer Zeit *Reimer*, *Juristische Methodenlehre*, 2. Aufl. 2020, Rn. 284 ff., mit zahlreichen (Extrem-)Beispielen; *Klatt*, in: *Gesetzlichkeit und Strafrecht*, 2012, S. 121 (122); *M. Wagner*, *Die Akzessorietät des Wirtschaftsstrafrechts*, 2016, Rn. 129 f.; *Rotsch/Wagner*, in: *Momsen/Grützner* (Hrsg.), *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 2. Aufl. 2020, § 28 Rn. 13; *Kölbel*, GA 2002, 403 (407); *Cornelius*, *Verweisungsbedingte Akzessorietät bei Straftatbeständen*, 2016, S. 297; *Demko*, *Zur „Relativität der Rechtsbegriffe“ in strafrechtlichen Tatbeständen*, 2002, passim; *Hermann*, *Begriffsrelativität im Strafrecht und das Grundgesetz*, 2015, passim.

der konkreten rechtswidrigen Taten“ hinausläuft.<sup>55</sup> Nachvollziehbar ist diese Definition nicht aus sich heraus, sondern erst bei Betrachtung der einzelnen Fallgestaltungen, in denen der EuGH eine einheitliche Tat angenommen hat. So geht der EuGH zum Beispiel davon aus, dass der europäische ne bis in idem-Grundsatz greift, wenn der Täter bereits in Norwegen rechtskräftig wegen der Einfuhr von Betäubungsmitteln verurteilt wurde und sodann in Belgien (!) wegen der Ausfuhr derselben Betäubungsmittel angeklagt wird.<sup>56</sup> Dass beide Taten im materiellen Sinne (Einfuhr und Ausfuhr) zeitlich und räumlich weit auseinanderliegenden, hat den EuGH nicht daran gehindert, eine europäisch-prozessuale Einheit anzunehmen.<sup>57</sup> In Bezug auf die praktisch bedeutsame Fallgruppe der Transitdelikte hat der EuGH diese Rechtsansicht mehrmals wiederholt und damit in der Sache die Identität der Tatobjekte zum ausschlaggebenden Gesichtspunkt erklärt.<sup>58</sup>

c) Freilich kommt auch dem „berühmtesten“ deutsch-prozessualen Tatbegriff des § 264 StPO<sup>59</sup> – unter anderem – die Funktion zu, den Umfang des Strafklageverbrauchs fest-

zulegen,<sup>60</sup> aber eben nur im Sinne des deutschen ne bis in idem-Grundsatzes nach Art. 103 Abs. 3 GG. Um diesen Strafklageverbrauch geht es dem BGH aber überhaupt nicht, wenn er meint, dass die Inlandstat in einem „prozessualen“ Sinne verstanden werden müsse. Inwiefern jener deutsch-prozessuale Tatbegriff mit dem europäisch-prozessualen Tatbegriff übereinstimmt, ist nicht leicht zu beurteilen. Einige gehen davon aus, dass der Tatbegriff des Art. 54 SDÜ mit demjenigen des § 264 StPO weitgehend identisch<sup>61</sup> oder gar deckungsgleich<sup>62</sup> ist. Andere betonen, dass der europäisch-prozessuale Tatbegriff in bestimmten Aspekten etwas enger und anderen Aspekten weiter ist.<sup>63</sup> Wie dem auch sei: Etwaige Übereinstimmungen sind unter methodischen Gesichtspunkten ohnehin rein zufällig.<sup>64</sup> Fragwürdig wäre es deshalb, den §§ 3, 9 StGB den Tatbegriff des § 264 StPO zugrunde zu legen, in der Hoffnung, dass dieser mit demjenigen der Art. 54 SDÜ, Art. 50 GRCh übereinstimmen möge. Doch wie plausibel ist es, dass die §§ 3, 9 StGB – Vorschriften des nationalen Rechts<sup>65</sup> – den europäisch-prozessualen Tatbegriff meinen?

#### IV. Fazit

Obgleich *Kudlich* die Lösung des 3. Strafsenats für „überzeugend“ und „vertretbar“ hält, spürt er ein „gewisses Störgefühl, Tatbestände, deren Verwirklichung vollständig im Ausland erfolgt, durch das deutsche Strafrecht zu erfassen“.<sup>66</sup> Dieses „Störgefühl“ verstärkt sich, wenn man die vom Gericht gewählten, durchaus dubios anmutenden Formulierungen in den Blick nimmt. Nachdem es einen inländischen Tatort einer materiellen Tat – der Geiselnahme – festgestellt hat, heißt es:

„Das danach eröffnete Strafanwendungsrecht erstreckt sich hier auf die tateinheitlich begangenen Tatbestände, insbesondere die allein in den Niederlanden verwirklichte gefährliche Körperverletzung zum Nachteil des Geschädigten.“<sup>67</sup>

<sup>55</sup> EuGH, Urt. v. 18.7.2007 – C-367/05 (Kraaijenbrink) = NJW 2007, 3416 (3417 Rn. 25–27); siehe auch EuGH, Urt. v. 28.9.2006 – C-150/05 (Van Straaten) = BeckRS 2006, 70756; EuGH, Urt. v. 28.9.2006 – C-467/04 (Gasparini) = NJW 2006, 3403; EuGH, Urt. v. 18.7.2007 – C-288/05 (Kretzinger) = NJW 2007, 3412; EuGH, Urt. v. 16.11.2010 – C-261/09 (Mantello) = NJW 2011, 983. Rezipierend BGH, Urt. v. 12.12.2013 – 3 StR 531/12 = NJW 2014, 1025 (1026 f., Rn. 15 f.). Aus der Literatur hierzu *Heger* (Fn. 54), S. 65; siehe ferner *Hochmayr*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, Bd. 1, 2017, GRCh Art. 50 Rn. 9 ff.; *Weißer*, in: Schulze/Janssen/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 4. Aufl. 2020, § 16 Rn. 142.

<sup>56</sup> EuGH, Urt. v. 8.3.2006 – C-436/04 (Van Esbroeck) = EuGH EuZW 2006, 274.

<sup>57</sup> Siehe auch *Heger* (Fn. 45), S. 70: „Das relativiert den vom EuGH zuvor erwähnten zeitlich-räumlichen Zusammenhang. Dieses Erfordernis kann daher nur so verstanden werden, dass eine Zäsur in Form einer zwischenzeitlichen Beendigung des Transports einer einheitlichen Tat i.S. von Art. 54 SDÜ entgegensteht, nicht hingegen wenn ein ununterbrochener Transportvorgang über große Strecken eine gewisse Zeit in Anspruch nimmt.“

<sup>58</sup> EuGH, Urt. v. 28.9.2006 – C-150/05 (Van Straaten) = BeckRS 2006, 70756; EuGH, Urt. v. 28.9.2006 – C-467/04 (Gasparini) = NJW 2006, 3403; EuGH, Urt. v. 18.7.2007 – C-288/05 (Kretzinger) = NJW 2007, 3412; EuGH, Urt. v. 16.11.2010 – C-261/09 (Mantello) = NJW 2011, 983. Siehe hierzu *Heger* (Fn. 45), S. 69 ff.

<sup>59</sup> Definiert wird der Tatbegriff als ein „einheitlicher geschichtlicher Vorgang [...], der sich von anderen ähnlichen oder gleichartigen unterscheidet [...], und innerhalb dessen der Angeklagte einen Straftatbestand verwirklicht hat oder haben soll“, *Schmitt* (Fn. 42), § 264 Rn. 2 m.w.N.

<sup>60</sup> *Stuckenberg* (Fn. 53), § 264 Rn. 4; *Norouzi*, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 2, 2016, § 264 Rn. 3.

<sup>61</sup> *Zimmermann* (Fn. 49), IRG § 83b Rn. 19. Siehe auch *Rübenstahl*, NJW 2008, 2934.

<sup>62</sup> *F. Meyer* (Fn. 49), Rn. 893.

<sup>63</sup> *Inhofer* (Fn. 44), SDÜ Art. 54 Rn. 35 ff. Siehe auch *Hackner*, NSTZ 2011, 425 (427).

<sup>64</sup> Vgl. *Zehetgruber*, JR 2015, 184 (185 f.).

<sup>65</sup> Klarstellend *Rotsch* (Fn. 8 – Graf/Jäger/Wittig), StGB Vor § 3 Rn. 2; *Satzger* (Fn. 8), Vor § 3 Rn. 1.

<sup>66</sup> *Kudlich*, JA 2023, 255 (257). Freilich ist die Formulierung *Kudlich*s unpräzise: Zum einen geht es ihm offensichtlich nicht um „Tatbestände, deren Verwirklichung vollständig im Ausland erfolgt“, sondern um Sachverhalte (tatsächliche Umstände), die sich im Ausland ereignet haben (bzw. dort eingetreten sind), zum anderen werden diese „Tatbestände“ auch nicht „durch das deutsche Strafrecht“ erfasst; vielmehr ist die Frage, ob ein bestimmter Straftatbestand des deutschen StGB (hier: § 224) den Auslandssachverhalt erfasst.

<sup>67</sup> BGH NJW 2023, 534 (535 Rn. 22 – Abkürzungen hier ausgeschrieben).

Weder ist das Strafanwendungsrecht „eröffnet“, noch „erstreckt“ es sich auf Tatbestände. „Eröffnet“ ist allenfalls der *Anwendungsbereich* des deutschen Strafrechts (bzw. deutscher Strafgesetze), womit die deutsche *Strafgewalt* (Jurisdiktionsbefugnis) sich auf bestimmte Taten „erstreckt“ – und zwar, *weil* das Strafanwendungsrecht der §§ 3 ff. StGB es so festlegt. Ob es sich hierbei lediglich um eine unglückliche Wortwahl oder um den Ausdruck eines Missverständnisses handelt, ist nicht ganz klar. Klar ist aber, dass der Streit zwischen materiellem und prozessuaalem Tatverständnis in praktischer Hinsicht vorerst beigelegt ist. Nun liegt es an der Wissenschaft, zu evaluieren, ob die – nunmehr wohl „ganz“ – herrschende Auffassung wirklich die besseren Argumente auf ihrer Seite hat.

*Wiss. Mit. Dennis Klein, Gießen\**

---

\* Der *Verfasser* ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Professur für Deutsches, Europäisches und Internationales Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Umweltstrafrecht (Prof. Dr. Thomas Rotsch) an der Justus-Liebig-Universität Gießen. Er dankt dem Lehrstuhlinhaber sowie Prof. Dr. Markus Wagner (Bonn) als auch Wiss. Mit. Jeannine Boatright, Wiss. Mit. Maximilian Hartwig, Ref. iur. Thomas Kolb, Wiss. Mit. Désirée Mehl, Wiss. Mit. Irina Pommerenke und Wiss. Mit. Jonas Schury für wertvolle Hinweise, Anregungen und Kritik.