

Christoph Dannecker*

Der nemo tenetur-Grundsatz – prozessuale Fundierung und Geltung für juristische Personen

DOI 10.1515/zstw-2015-0014

Einführung: Reform des nationalen Kartellordnungswidrigkeitenverfahrens und korporative Selbstbelastungsfreiheit im europäischen Mehrebenensystem

Das deutsche Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen wurde in der jüngeren Vergangenheit mehrfach novelliert. Hiervon war auch das Kartellordnungswidrigkeitenrecht betroffen¹, das unter einen gewissen Konvergenzdruck durch das europäische Kartellordnungswidrigkeitenrecht geraten ist, dem gerade im Bereich des Verfahrensrechts eine besondere Effizienz attestiert wird. Im europäischen Kartellordnungswidrigkeitenverfahren stehen der Kommission während des sog. Voruntersuchungsverfahrens sehr weitgehende Untersuchungsrechte zu, die Auskunftsverlangen mit entsprechenden Mitwirkungspflichten der Unternehmen umfassen. Nach Auffassung der Unionsgerichte steht der nemo tenetur-Grundsatz diesen Mitwirkungspflichten nicht entgegen. Für juristische Personen soll lediglich ein sehr eng umgrenztes Geständnisverweigerungsrecht bestehen. Daher stellt sich die Frage, inwieweit auch im nationalen Kartellordnungswidrigkeitenverfahren vergleichbar weitreichende Mitwirkungspflichten betroffener juristischer Personen statuiert werden können, zumal mit § 81a GWB im Rahmen der 8. GWB-Novelle bereits erste Auskunfts- und Herausgabepflichten vorgesehen

¹ Eingehend dazu *Achenbach*, *wistra* 2013, 369; *Gerhard Dannecker/Christoph Dannecker/Müller*, *ZWeR* 2013, 417; *Ost*, in: *Bien* (Hrsg.), *Das deutsche Kartellrecht nach der 8. GWB-Novelle*, S. 305; *Yomere*, *WuW* 2013, 1187.

***Kontaktperson:** **Christoph Dannecker**, Rechtsanwalt in Frankfurt am Main und Würzburg sowie Lehrbeauftragter an der Juristischen Fakultät der Universität Würzburg.

wurden². Den Fragen nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit derartiger, der europäischen Rechtslage entsprechender Mitwirkungspflichten und nach entsprechenden Umsetzungsmöglichkeiten *de lege ferenda* soll in diesem und einem weiteren Beitrag³ nachgegangen werden.

Die Geltung des *nemo tenetur*-Grundsatzes für juristische Personen, die die wichtigsten Adressaten des Kartellordnungswidrigkeitenrechts sind, ist in der Literatur bereits vielfach untersucht⁴. Gleichwohl ist diese Frage nicht abschließend oder gar befriedigend geklärt. Die Komplexität des Diskurses dürfte nicht zuletzt darauf beruhen, dass einschlägige Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, der Unionsgerichte – EuGH und EuG – und des EGMR vorliegen, die ganz unterschiedliche Grundkonzeptionen verfolgen und nicht miteinander vereinbar sind. Im Vorfeld einer möglichen Reform des nationalen Kartellordnungswidrigkeitenverfahrens wäre an sich die Vorgehensweise naheliegend, die jeweilige Rechtsprechung der Gerichte auf ihre Standards hin zu analysieren und anschließend die strengste Rechtsprechung zur Grenze einer Reform des Kartellbußgeldverfahrens zu erklären. Da das Bundesverfassungsgericht bekanntlich die Geltung des *nemo tenetur*-Grundsatzes für juristische Personen generell ablehnt und auch die Unionsgerichte lediglich von einem äußerst begrenzten „Geständnisverweigerungsrecht“ ausgehen, käme die Rolle des strengsten Maßstabes der Rechtsprechung des EGMR zu. Der EGMR wiederum hat noch nicht ausdrücklich zur Geltung des *nemo tenetur*-Grundsatzes für juristische Personen Stellung genommen; er ordnet diesen Grundsatz aber als ein prozessuales Verteidigungsrecht ein, das er aus Art. 6 Abs. 1 EMRK herleitet, und gesteht die übrigen dort verankerten Verteidigungsrechte auch juristischen Personen zu, so dass er juristi-

² Dazu *Achenbach*, *wistra* 2013, 369, 370f.; *Gerhard Dannecker/Christoph Dannecker/Müller*, *ZWeR* 2013, 417, 435ff.; *Ost*, in: *Bien* (Anm. 1), S. 305, 324ff.; *Yomere*, *WuW* 2013, 1187, 1187ff.

³ *Christoph Dannecker*, Konturierung prozessualer Gewährleistungsgehalte des *nemo tenetur*-Grundsatzes anhand der Rechtsprechung des EGMR, *ZStW* 127 (2015), Heft 4.

⁴ *Arzt*, *JZ* 2003, 456; *Böse*, *Wirtschaftsaufsicht und Strafverfolgung*, 2005, S. 195ff.; *Gerhard Dannecker*, *Festschrift für Welsch*, 2010, S. 179ff.; *Drope*, *Strafprozessuale Probleme bei der Einführung einer Verbandsstrafe*, 2002; *Eidam*, *Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts*, 2007, S. 5ff.; *von Freier*, *ZStW* 122 (2010), S. 117; *Mäder*, *Betriebliche Offenbarungspflichten*, 1997, S. 297ff.; *Minoggio*, *wistra* 2013, 121; *Kleinheisterkamp*, *Kreditwesengesetz und Strafverfahren*, 2010, S. 416ff.; *Köck*, *Festschrift für Burgstaller*, 2004, S. 267ff.; *Queck*, *Die Geltung des nemo-tenetur-Grundsatzes zugunsten von Unternehmen*, 2005; *Schlüter*, *Die Strafbarkeit von Unternehmen in einer prozessualen Betrachtung*, 2000, S. 100ff.; *Schuler*, *JR* 2003, 265; *Weiß*, *JZ* 1998, 289; – Aus europäischer Perspektive *Schubert*, *Legal privilege and Nemo tenetur im reformierten europäischen Kartellermittlungsverfahren der VO 1/2003*, 2009, S. 422ff.; *Vocke*, *Die Ermittlungsbefugnisse der EG-Kommission im kartellrechtlichen Voruntersuchungsverfahren*, 2006, S. 115ff.; *Weiß*, *Die Verteidigungsrechte im EG-Kartellverfahren*, 1996, S. 354ff.

schen Personen wohl auch den *nemo tenetur*-Grundsatz zubilligen würde⁵. Zur Auslotung der Grenzen einer gesetzgeberischen Reform des Kartellordnungswidrigkeitenrechts wäre also insbesondere nach den nach der Rechtsprechung des EGMR bestehenden Grenzen der sachlichen Reichweite des *nemo tenetur*-Grundsatzes zu fragen⁶.

Gleichwohl soll dieser Ansatz vorliegend aus folgenden Gründen nicht verfolgt werden: Die Rechtsprechung der genannten Gerichte steht nicht beziehungslos nebeneinander. Das ergibt sich bereits daraus, dass die Gerichte grundlegend unterschiedliche Konzeptionen hinsichtlich ein und desselben Rechtsproblems verfolgen⁷, die einander erheblichen Einwänden aussetzen: Die generelle Ablehnung der Geltung von „*nemo tenetur*“ für juristische Personen durch das Bundesverfassungsgericht beruht im Wesentlichen auf der Herleitung des *nemo tenetur*-Grundsatzes maßgeblich aus der Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG, und der hieraus implizit gefolgerten Einordnung von „*nemo tenetur*“ als materielles Grundrecht. Die auch vom Bundesverfassungsgericht in anderen Entscheidungen anerkannten Bezüge des *nemo tenetur*-Grundsatzes zum Rechtsstaatsprinzip⁸ sollen einem Ausschluss der Geltung für juristische Personen offenbar nicht entgegenstehen. Diese Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts steht in starker Spannung zur Rechtsprechung des EGMR, der den *nemo tenetur*-Grundsatz als prozessuales Verteidigungsrecht ansieht und aus Art. 6 Abs. 1 EMRK herleitet und damit der prozessualen Fundierung des *nemo tenetur*-Grundsatzes ungleich größeres Gewicht beimisst als das Bundesverfassungsgericht. Umgekehrt nimmt der EGMR (schon für natürliche Personen) ganz erhebliche Relativierungen der sachlichen Reichweite vor, von denen nur einzelne mit den im deutschen Verfassungsrecht allgemein anerkannten Vorstellungen vom Inhalt des *nemo tenetur*-Grundsatzes vereinbar sind⁹. Auch die Rechtsprechung des EuGH reduziert den Anwendungsbereich des *nemo tenetur*-Grundsatzes in einer extremen Weise, die mit deutschen verfassungsrechtlichen Vorstellungen kaum zu vereinbaren ist¹⁰.

5 Vgl. die Ausführungen bei Anm. 145.

6 Teilweise wird eine Beschränkung des gesetzgeberischen Ausgestaltungsspielraums gleichsam aus der anderen Richtung erwogen, indem das europarechtliche Effektivitätsgebot gegen höhere nationale Garantiestandards als im europäischen Recht in Ansatz gebracht wird, so *Ost*, in: *Bien* (Anm. 1), S. 305, 313 ff.; a. A. *Böse*, ZStW 126 (2014), S. 132, 163 f.

7 Selbstverständlich müssen der nationale und der konventionsrechtliche Grundsatz nicht notwendig inhaltsgleich sein. Gleichwohl handelt es sich um Parallelprobleme.

8 Siehe ausführlich Anm. 21 und 22.

9 Näher dazu *Christoph Dannecker*, ZStW 127 (2015), Heft 4, I. 1.-3.

10 Näher dazu *Christoph Dannecker*, ZStW 127 (2015), Heft 4, I. 4.

Deshalb will der vorliegende Beitrag nicht dabei stehen bleiben, die Rechtsprechung der unterschiedlichen Gerichte nebeneinander zu stellen und zu fragen, wie weit Mitwirkungspflichten juristischer Personen im Sanktionsverfahren gehen können, um noch der Rechtsprechung aller Gerichte zu entsprechen. Stattdessen soll die in der Rechtsprechung unterschiedlich beantwortete Grundsatfrage aufgegriffen werden, inwieweit es sich bei „nemo tenetur“ um eine materiellrechtliche – so das Bundesverfassungsgericht – oder um eine prozessuale Gewährleistung – so der EGMR – handelt. Diesbezüglich soll herausgearbeitet werden, dass der Aspekt der prozessualen Gewährleistung bislang zu stark vernachlässigt wurde. Dennoch sollte auch die Rechtsprechung des EGMR nicht unbesehen in das deutsche Verfassungsrecht übernommen werden. Von den sachlichen Bereichen, in denen der EGMR unter bestimmten Kautelen Relativierungen des nemo tenetur-Grundsatzes zulässt, erscheinen nur einzelne für eine Integration in das deutsche Verständnis des nemo tenetur-Grundsatzes und zur Konturierung eines prozessual fundierten Gewährleistungsbereichs, der auch für juristische Personen Geltung beansprucht, geeignet.

Im Einzelnen soll zunächst die bundesverfassungsgerichtliche Auffassung erläutert werden, die beruhend auf einer Einordnung des nemo tenetur-Grundsatzes als materielles Grundrecht mit starken Menschenwürdebezügen eine Geltung für juristische Personen ablehnt (I.), und es sollen vier zentrale Einwände gegen die Vorgehensweise des Bundesverfassungsgerichts vorgebracht werden (II.). Auf dieser Grundlage soll gezeigt werden, dass die Fundierung des nemo tenetur-Grundsatzes als prozessuale Gewährleistung nicht verkannt werden darf, wenn auch einzelne in Deutschland teilweise anerkannte Gewährleistungsgehalte des nemo tenetur-Grundsatzes nicht prozessual fundiert sein mögen (III.). Weiterhin soll dargelegt werden, dass der nemo tenetur-Grundsatz, soweit er prozessual fundiert ist, für juristische Personen bei deren kartellordnungswidrigkeitenrechtlicher Ahndung Geltung beansprucht (IV.). Eine weitergehende Frage ist es, wie ein prozessual fundierter nemo tenetur-Grundsatz zu konturieren ist. Dieser Frage wird in einem weiteren Beitrag¹¹ nachgegangen, indem die in der jüngeren Rechtsprechung des EGMR vorgenommenen Relativierungen des sachlichen Schutzzumfangs analysiert und ihre Vereinbarkeit mit der deutschen Dogmatik untersucht werden. Dort wird also der Frage nachgegangen, inwieweit die Rechtsprechung des EGMR einen Beitrag dazu leisten kann, einen prozessualen Gewährleistungsbereich, gleichsam einen prozessualen Kernbereich, des nationalen nemo tenetur-Grundsatzes, wie er auch juristischen Personen zugestanden werden muss, zu bestimmen. Dort soll auch herausgearbeitet werden, wie die

11 Christoph Dannecker, ZStW 127 (2015), Heft 4.

Mitwirkungspflichten juristischer Personen einfachgesetzlich ausgestaltet werden können, um die Effizienz des Kartellordnungswidrigkeitenverfahrens zu erhöhen und zugleich den prozessual fundierten Kernbereich des nemo tenetur-Grundsatzes zu wahren.

I. Ausgangsbefund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Der nemo tenetur-Grundsatz ist im Grundgesetz nicht ausdrücklich verankert, gleichwohl wird an seiner Geltung als Verfassungsrechtssatz kaum gezweifelt¹². Das Bundesverfassungsgericht leitet ihn aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG, und dem Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG, ab¹³. In seiner Leitentscheidung zum nemo tenetur-Grundsatz, dem *Gemeinschuldnerbeschluss*, führt das Gericht aus, dass die Erzwingung einer selbstbelastenden Aussage „als Eingriff in die Handlungsfreiheit sowie als Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts i. S. des Art. 2 I GG“¹⁴ zu beurteilen sei. „Ein Zwang zur Selbstbezeichnung berührt zugleich die Würde des Menschen, dessen Aussage als Mittel gegen ihn selbst verwendet wird“¹⁵.

Unter Bezugnahme insbesondere auf diese Leitentscheidung hat das Bundesverfassungsgericht die Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes für juristische Personen später verneint: Der Zwiespalt, in den ein Zwang zur Selbstbelastung den Einzelnen führe, müsse „vor allem aus Gründen der Menschenwürde vermieden werden“. Dieser Bezug schließe eine Erstreckung auf juristische Personen aus¹⁶. Zudem könne gegen die juristische Person lediglich gemäß § 30 OWiG eine

¹² Vgl. statt vieler *Horst Dreier*, in: *ders.*, Grundgesetz, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art 1 I Rdn. 139 m. w. N.

¹³ BVerfGE 38, 105, 113f.; 55, 144, 150f.; 56, 37, 49; 109, 279, 324; 110, 1, 31; zur Verankerung im Rechtsstaatsprinzip detailliert siehe Anm. 21 und 22.

¹⁴ BVerfGE 56, 37, 41f.

¹⁵ BVerfGE 56, 37, 42. Die Vorstellung, dass der nemo tenetur-Grundsatz in der Menschenwürde wurzele, ist auch in der Literatur verbreitet, vgl. etwa *Nothhelfer*, Die Freiheit von Selbstbezeichnungszwang, 1989, S. 63ff.; *Rogall*, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, 1977, S. 144ff.; zahlr. w. N. bei *Wolff*, Selbstbelastung und Verfahrenstrennung, 1997, S. 39; mit guten Gründen kritisch *Bosch*, Aspekte des nemo-tenetur-Prinzip aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht, 1998, S. 39ff.; *Schneider*, Grund und Grenzen des strafrechtlichen Selbstbegünstigungsprinzips, 1991, S. 43ff.; *Starck*, in: *von Mangoldt/Klein/Starck*, Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 1 Rdn. 56f.: es sei mit der Menschenwürde vereinbar, vom Angeklagten zu verlangen, im Falle seiner Schuld die Konsequenzen seiner Handlungen zu tragen.

¹⁶ BVerfGE 95, 220, 242.

Geldbuße festgesetzt werden, „die aber weder einen Schuldvorwurf noch eine ethische Mißbilligung enthält, sondern einen Ausgleich für die aus der Tat gezogenen Vorteile schaffen soll“¹⁷. Dieser Auffassung schloss sich unlängst auch der Gesetzgeber in der 8. GWB-Novelle an¹⁸.

II. Vier grundsätzliche Einwände gegen das Vorgehen des Bundesverfassungsgerichts

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, den nemo tenetur-Grundsatz juristischen Personen vorzuenthalten, ist in der Literatur im Ergebnis verbreitet auf Zustimmung gestoßen¹⁹. Gleichwohl ist auch Kritik am Ergebnis wie auch an der Begründung nicht ausgeblieben: Insbesondere wird eingewandt, dass das Bundesverfassungsgericht einseitig die materiellrechtlichen Wurzeln des nemo tenetur-Grundsatzes überbewerte und seine rechtsstaatlichen Bezüge missachte²⁰, obgleich das Bundesverfassungsgericht selbst in anderen Entscheidungen den nemo tenetur-Grundsatz ausdrücklich als rechtsstaatlichen Grundsatz bezeichnet, wenngleich in diesen Entscheidungen meist auch zusätzlich die Menschenwürde genannt wird²¹. Zuletzt hat das Bundesverfassungsgericht darüber

17 BVerfGE 95, 220, 242.

18 Begründung des Entwurfs der 8. GWB-Novelle, BT-Drucks. 17/9852 S. 35. Allerdings kommt der Auffassung des Gesetzgebers als Adressaten (!) dieser Verfassungsgarantie keine maßgebliche Bedeutung zu.

19 Arzt, JZ 2003, 456, 457 f.; von Freier, ZStW 122 (2010), S. 117, 139 ff.; Huber, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Anm. 15), Art. 19 Rdn. 316; Mäder (Anm. 4), S. 302 ff.; vgl. auch Ransiek, Unternehmensstrafrecht – Strafrecht, Verfassungsrecht, Regelungsalternativen, 1994, S. 357 ff.

20 Vgl. Böse (Anm. 4), S. 196; Kleinheisterkamp (Anm. 4), S. 428.; Queck (Anm. 4), S. 107 f.; Weiß, JZ 1998, 289, 293 ff.; zu Art. 6 EMRK Schubert (Anm. 4), S. 356 ff., 430 f.

21 BVerfGE 38, 105, 113: „[...] rechtsstaatlichen Grundsatzes, daß niemand gezwungen werden kann, gegen sich selbst auszusagen“; (a. a. O., S. 114): „Die Rechtsprechung hat seit langem das Recht des Zeugen, etwaige Verfehlungen geheimzuhalten, als ein Persönlichkeitsrecht anerkannt [...]. Es ist von der Achtung vor seiner menschlichen Würde geprägt, die sich darin mit den rechtsstaatlichen Grundsätzen der Unschuldsvermutung und der Einlassungsfreiheit verbindet.“; BVerfGE 55, 144, 150: „[...] von diesen Vorschriften als selbstverständlich vorausgesetzten, von der Achtung vor der menschlichen Würde geprägten rechtsstaatlichen Grundsatz [...]“; BVerfGE 56, 37, 43: „Es wird in der Rechtsprechung als selbstverständlicher Ausdruck einer rechtsstaatlichen Grundhaltung bezeichnet, die auf dem Leitgedanken der Achtung vor der Menschenwürde beruhe [...]“; BVerfG, Beschl. v. 02.02.2002, Az.: BvR 1249/01, NJW 2002, 1411, 1412: „[...] mit der Menschenwürde unvereinbar, wenn er [...]“. Als Folge dieses rechtsstaatlichen Grundsatzes [...]“; BVerfG, Beschl. v. 27.04.2010, Az.: 2 BvL 13/07, wistra 2010, 341, 341, Rdn. 2: „[...] gehört zu den anerkannten Prinzipien eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens.“

hinaus sogar ausdrücklich von einer *Verankerung der Selbstbelastungsfreiheit im Rechtsstaatsprinzip* gesprochen²².

Abgesehen davon erscheinen die Ausführungen des Gerichts zur Rechtsnatur der Geldbuße nach § 30 OWiG als nicht-repressive Maßnahme (ausschließlich) der Vorteilsabschöpfung unzutreffend²³. Das Bundesverfassungsgericht argumentiert hier mit dem Fehlen der sachlichen Gefährdungslage des *nemo tenetur*-Grundsatzes. Es ist aber selbstwidersprüchlich, dass der *nemo tenetur*-Grundsatz bei der ordnungswidrigkeitenrechtlichen Ahndung natürlicher Personen gelten soll, während die ordnungswidrigkeitenrechtliche Ahndung juristischer Personen von der grundrechtstypischen Gefährdungslage bzw. dem sachlichen Schutzbereich ausgenommen wird (dazu unten IV. 1.). Das Bundesverfassungsgericht scheint hier noch die überholte Verfahrensstellung juristischer Personen als bloße „Nebenbeteiligte“ im Strafprozess gegen natürliche Personen vor Augen gehabt zu haben, in dem die juristische Person unselbständig und zur bloßen Abschöpfung der Vorteile der Tat herangezogen werden konnte; es handelte sich um eine bloße Nebenfolge. Schon seit 1986 sind Verbandsgeldbußen aber gesetzlich als echte selbständige Sanktionen ausgestaltet; juristische Personen sind selbst als ahndbare Rechtssubjekte anzusehen²⁴. Nach § 30 Abs. 4 Satz 1 und 2 OWiG kann eine Geldbuße gegen juristische Personen in einem selbständigen Verfahren verhängt werden; bei Kartellgeldbußen ist eine isolierte Verhängung von Geldbußen gegen juristische Personen sogar die Regel. Plastisch kommt dies zum Ausdruck, wenn das Bundesverfassungsgericht in einer aktuellen Entscheidung mit bemerkenswerter Selbstverständlichkeit formuliert, dass „auch natürli-

²² BVerfG, Beschl. v. 25.08.2014, Az.: 2 BvR 2048/13, Rdn. 13: „Der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit ist im Rechtsstaatsprinzip verankert und hat Verfassungsrang (vgl. BVerfGE 38, 105 <113f.>; 55, 144 <150f.>; 56, 37 <43>; 110, 1 <31>).“ Ähnlich schon der Senatsbeschluss zum erweiterten Verfall BVerfGE 110, 1, 31: „[...] die im Rechtsstaatsprinzip verankerte Selbstbelastungsfreiheit des Angeklagten [...]“.

²³ Böse (Anm. 4), S. 196f.; *ders.*, ZStW 126 (2014), S. 132, 163f.; *Gerhard Dannecker*, ZStW 111 (1999), S. 256, 286; *Kleinheisterkamp* (Anm. 4), S. 436ff. Für Kartellgeldbußen gegen juristische Personen kommt hinzu, dass gem. § 81 Abs. 4 Satz 6 GWB bei der Festsetzung der Bußgeldhöhe sowohl die Schwere der Zuwiderhandlung als auch deren Dauer zu berücksichtigen sind, so dass hier repressive Zwecke ersichtlich werden. Dies verkennt *von Freier*, ZStW 122 (2010), S. 117, 117 Anm. 1. Zudem ist nach § 81 Abs. 5 Satz 2 GWB auch eine allein ahndende Geldbuße möglich.

²⁴ Vgl. *Achenbach*, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Vorbem. § 81 GWB 2005 (2011), Rdn. 102; *Brender*, Die Neuregelung der Verbandstäterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht, 1989, S. 90ff.; *Gerhard Dannecker/Biermann*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 2, Teil 1, GWB, 5. Aufl. 2014, Vor § 81 Rdn. 76; *Schmitt-Leonardy*, Unternehmenskriminalität ohne Strafrecht, 2013, S. 296; *Tiedemann*, NJW 1988, 1169, 1171ff.

che Personen nicht anders als juristische Personen oder Personenvereinigungen kartellrechtliche Ordnungswidrigkeiten begehen [!] können“²⁵.

Unabhängig von diesen in der Literatur bereits hinlänglich dargelegten Einwänden, die die Überzeugungskraft der knappen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts erheblich in Zweifel ziehen, stehen dem Ansatz und dem Vorgehen des Bundesverfassungsgerichts grundsätzliche Einwände entgegen, die im Folgenden skizziert werden sollen.

1. Keine Dichotomie von Menschenwürde und Rechtsstaatlichkeit

Ein erster zentraler Einwand richtet sich gegen den durch das Bundesverfassungsgericht gewählten und auch in der Literatur verbreiteten Ansatz, die Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes für juristische Personen danach zu bestimmen, ob die zur Existenzbegründung dieses Grundsatzes herangezogenen Normen des Grundgesetzes für juristische Personen gelten²⁶.

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass der nemo tenetur-Grundsatz im Grundgesetz nicht ausdrücklich geschrieben ist, seine Geltung gleichwohl weitestgehend unbestritten ist. In diesem „weitesten Sinne“ kann von einem „ungeschriebenen Verfassungsrechtssatz“²⁷ gesprochen werden. Zur Begründung der Existenz dieses Rechtssatzes mit Verfassungsrang werden regelmäßig die Menschenwürde, das allgemeine Persönlichkeitsrecht und das Rechtsstaatsprinzip herangezogen. Das Bundesverfassungsgericht geht nun implizit (ebenso wie viele Vertreter, die im Ergebnis die Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes für juristische Personen bejahen), von der folgenden dreisatzartigen Überlegung aus: Wenn die Begründung des nemo tenetur-Grundsatzes auf die Menschenwürde rekurriert, gelte dieser Grundsatz nicht für juristische Personen, weil diese nicht Träger der Menschenwürde sind. Wird der nemo tenetur-Grundsatz hingegen aus dem Rechtsstaatsprinzip (oder anderen, auch auf juristische Personen anwendbaren Rechtssätzen, insbesondere Prozessgrundrechten²⁸) hergeleitet, so soll der nemo

25 BVerfG, Beschl. v. 19.12.2012, Az.: 1 BvL 18/11, NJW 2013, 1418, 1420, Rdn. 49 (Hervorhebung C. D.).

26 Prägnant zu den Grundlinien der Diskussion Böse, ZStW 126 (2014), S. 132, 163 ff.

27 Vgl. zum ungeschriebenen Verfassungsrecht Wolff, Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz, 2000; Grzeszick, Ungeschriebenes Verfassungsrecht, in: *Depenheuer/Grabewarter* (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, 2010, S. 417; Kube, in: *Riedel* (Hrsg.), *Constitutionalism – Old Concepts, New Worlds. German Contributions to the VIth World Congress of the International Association of Constitutional Law (IACL)*, Santiago de Chile 2004, 2005, S. 199.

28 So Böse (Anm. 4), S. 166 ff., der den nemo tenetur-Grundsatz als Ausdruck des Rechts auf rechtliches Gehör, das als Prozessgrundrecht auf juristische Personen anwendbar ist, ansieht.

tenetur-Grundsatz auch für juristische Personen gelten²⁹. Die Berechtigungsfrage juristischer Personen im Hinblick auf den nemo tenetur-Grundsatz wird meist also danach beantwortet, welche Normen zur Existenzbegründung des nemo tenetur-Grundsatzes herangezogen werden.

Dieser Grundansatz findet Ausdruck in der bundesverfassungsgerichtlichen Argumentation, ein Zwang zur Selbstbelastung müsse „vor allem aus Gründen der Menschenwürde vermieden werden“ und dieser Bezug schließe die Geltung für juristische Personen aus³⁰. Auf diese Weise werden Menschenwürdebezüge des nemo tenetur-Grundsatzes gegen dessen Geltung für juristische Personen in Ansatz gebracht. In eine ähnliche Richtung deutet die Forderung nach einem nemo tenetur-Grundsatzes für juristische Personen unter Ausklammerung seines Menschenwürdegehalts³¹.

Diese Forderung darf nicht auf eine Subtraktion der durch die Menschenwürde gebotenen Gehalte aus dem Gesamt-Gewährleistungsbestand des nemo tenetur-Grundsatzes hinauslaufen. Das wäre Ausdruck eines zweifelhaften dichotomischen Verständnisses von Menschenwürde und Rechtsstaat. Die Fundierungslinien der Menschenwürde und der Rechtsstaatlichkeit stehen einander nicht gegenüber³² und dürfen nicht gegeneinander ausgespielt werden. Vielmehr gilt geradezu umgekehrt: Je eher zentrale Gerechtigkeitsvorstellungen betroffen sind, desto mehr überschneiden sich Menschenwürde und Rechtsstaatsprinzip und zeitigen dieselben Gebote, wenn auch aus unterschiedlicher Perspektive³³:

Hiermit begründet er maßgeblich die Einordnung des nemo tenetur-Grundsatzes als Prozessgrundrecht, das auch für juristische Personen gelte.

29 Röckl, Das Steuerstrafrecht im Spannungsfeld des Verfassungs- und Europarechts, 2002, S. 112 ff.; Weiß, JZ 1998, 289, 289 ff.; so auch Mäder (Anm. 4), S. 75 m. w. N., meist unter Verweis auf „rechtsstaatliche Bezüge“ oder die Einordnung als „rechtsstaatliche Garantie“.

30 BVerfGE 95, 220, 242 unter Bezugnahme auf BVerfGE 56, 37, 42, 49.

31 Kleinheisterkamp (Anm. 4), S. 433 f., 439 f.; vgl. auch Schlüter (Anm. 4), S. 108, 124 ff.: Grundlage von „nemo tenetur“ für Verbände sei ein „um den Menschenwürdegehalt beschnittenes Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I GG“.

32 Vgl. dazu anschaulich Herzog, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Bd. 3, Art. 20 I (2006), Rdn. 14, 16, 18.

33 Vgl. Reiß, Besteuerungsverfahren und Strafverfahren, 1987, S. 166 f., der die Verletzung elementarer rechtsstaatlicher Grundsätze als Verletzung von Grundrechten und des Rechtsstaatsprinzips ansieht und von einer „Betrachtung einmal vom Staat und einmal vom Individuum her“ spricht; scharfsinnig im Hinblick auf die Verbindung von Rechtsstaatsprinzip und Menschenwürde Herzog, in: Maunz/Dürig (Anm. 32), Art. 20 I, Rdn. 14, 16, 18, der insbesondere auf die doppelte und gleichrangige Fundierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes hinweist. Gleiches dürfte für das Willkürverbot gelten. An der Geltung dieser Gewährleistungen für juristische Personen wird zu Recht nicht gezweifelt. Vgl. schließlich Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Bd. 6, Art. 103 II (1992), Rdn. 166: „Schnittpunkt zweier Garantielinien“.

zum einen um des Einzelnen willen, zum anderen um der Identität des Staates als Rechtsstaat willen. Das Beispiel des Art. 103 Abs. 1 GG, des Rechts auf rechtliches Gehör, macht dies besonders deutlich. Art. 103 Abs. 1 GG sei unmittelbare Folge der Menschenwürdegarantie³⁴. Dies schließt aber in keiner Weise aus, dass es sich zugleich um ein rechtsstaatliches Gebot handelt, das als justizielles Grundrecht in seinem vollen Gewährleistungsumfang auch für juristische Personen gilt; es steht nach herrschender Auffassung jeder Person zu, die Prozessbeteiligter sein kann, selbst ausländischen juristischen Personen, deren Grundrechtsberechtigung auf der Basis von Art. 19 Abs. 3 GG nicht begründbar ist³⁵.

Auf der Grundlage dieser Erkenntnis dürfen Menschenwürdebezüge oder eine Fundierung des nemo tenetur-Grundsatzes in materiellen Grundrechten nicht ohne weiteres gegen eine rechtsstaatliche Fundierung ausgespielt werden; es besteht im Übrigen auch kein Vorrang einer würderechtlichen vor einer rechtsstaatlichen Verankerung³⁶. Nur wenn es gelingt, Gewährleistungsgehalte des nemo tenetur-Grundsatzes *ausschließlich* der Menschenwürde zuzuordnen und zu zeigen, dass diese Gehalte keine Bezüge zur Rechtsstaatlichkeit aufweisen, spricht dies insoweit (!) gegen eine umfassende Geltung für juristische Personen. Dies ist aber angesichts des ungeklärten Zusammenwirkens der verfassungsrechtlichen Normen, das umschrieben wird als „in Verbindung mit“³⁷, ein schwieriges Unterfangen. Insoweit müssen einzelne Rechtsgehhalte identifiziert werden³⁸. Keinesfalls darf aber daraus, dass einzelne Gehalte oder der gesamte nemo tenetur-Grundsatz (auch) durch die Menschenwürde geboten sind, darauf geschlossen werden, dass diese Gehalte für juristische Personen nicht gelten. Genau dieser Fehlschluss wird gezogen, wenn allgemein die Men-

34 So fasst *Starck*, in: *von Mangoldt/Klein/Starck* (Anm. 15), Art. 1 I Rdn. 72, die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung zusammen; vgl. auch *Maurer*, Rechtsstaatliches Prozessrecht, in: *Badura/Dreier* (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre BVerfG, Bd. 2, 2001, S. 467, 497; *Nolte*, in: *von Mangoldt/Klein/Starck*, Grundgesetz, Bd. 3, 3. Aufl. 2010, Art. 103 Rdn. 85: „Die Menschenwürde ist der Kern des Anspruchs auf rechtliches Gehör“; w. N. bei *Rüping*, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 103 (2005), Rdn. 29 ff.; *ders.*, Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs und seine Bedeutung im Strafverfahren, 1976, S. 122 ff.

35 BVerfGE 3, 359, 363; 12, 6, 8; 21, 362, 373; vgl. statt vieler *Dreier*, in: *ders.*, Grundgesetz (Anm. 12), Art. 19 III Rdn. 40 ff.; *Isensee*, Anwendung der Grundrechte auf juristische Personen, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 2. Aufl. 2000, § 118 Rdn. 47, jeweils m. w. N.

36 Dies legen aber implizit zugrunde: *von Freier*, ZStW 122 (2010), S. 117, 133 f., 138; *Rogall*, in: Systematischer Kommentar zur StPO, Bd. II, 4. Aufl. 2010, Vor § 133 ff. Rdn. 132 Fn. 820; zutreffend demgegenüber *Herzog*, in: *Mauz/Dürig* (Anm. 32), Art. 20 I, Rdn. 14, 16, 18.

37 Krit. hierzu *Ino Augsberg/Steffen Augsberg*, AöR 132 (2007), S. 539, 573 ff.; *Dreier*, in: *ders.*, Grundgesetz (Anm. 12), Vorb. Rdn. 156; gleichsinnig *Meinke*, JA 2009, 6, 11.

38 So der Abschichtungsversuch *Christoph Dannecker*, ZStW 127 (2015), Heft 4, I.

schonwürdebezüge gegen eine Geltung für juristische Personen in Ansatz gebracht werden. Besonders deutlich wird diese dogmatische Unklarheit in der Formulierung des Bundesverfassungsgerichts, Selbstbelastungszwang sei „vor allem aus Gründen der Menschenwürde“³⁹ verboten. Dies drängt die entscheidende und nicht beantwortete Frage geradezu auf, weshalb der Selbstbelastungszwang auch *im Übrigen* unzulässig ist und ob dieser Aspekt nicht die Selbstbelastungsfreiheit juristischer Personen gerade gebietet.

2. Notwendigkeit einer Entkopplung des als solchem ungeschriebenen *nemo tenetur*-Grundsatzes von den geschriebenen, ihn fundierenden Verfassungsnormen

Ein weiterer zentraler Einwand richtet sich gegen die zu weitreichende Bedeutung, die den Normen des Grundgesetzes beigemessen wird, die im Rahmen der Geltungsbegründung des *nemo tenetur*-Grundsatzes herangezogen werden.

Im Bereich der die Strafgewalt bindenden Verfassungsgewährleistungen ist eine auffällige Diskrepanz zwischen dem spärlichen Textbefund im Grundgesetz und den weitreichenden und allgemein anerkannten Bindungen der Strafgewalt festzustellen⁴⁰. Wichtige Gewährleistungen wie der Schuldgrundsatz, die Unschuldsumutung oder das Recht auf ein faires Verfahren sind ebenso wenig wie der *nemo tenetur*-Grundsatz ausdrücklich im Grundgesetz geschrieben. Sie können auch nicht im engeren Sinne unmittelbar aus geschriebenen Normen deduziert werden, wenngleich das Bundesverfassungsgericht zu deren Begründung geschriebene Normen des Grundgesetzes heranzieht⁴¹. Der Inhalt dieser als solchen nicht geschriebenen Normen wird maßgeblich unter Rückgriff auf historisch gewachsene Gehalte bestimmt und orientiert sich nicht an den zur Geltungsbegründung herangezogenen Normen. Zutreffend hält *Möstl* fest, dass diese als solche nicht geschriebenen Verfassungsrechtssätze, „wenn sie erst einmal aus den sie tragenden Quellen erschlossen worden sind, nicht selten ein Eigenleben entwickeln und sich sodann modifizierend über jene Einzelbestimmungen legen,

³⁹ BVerfGE 95, 220, 242.

⁴⁰ Vgl. *Grabenwarter/Pabel*, in: *Dörr/Grote/Marauhn* (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar, Bd. I, 2. Aufl. 2013, Kap. 14 Rdn. 8 ff.; *Möstl*, Gewährleistungen gegenüber der staatlichen Strafgewalt, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VIII, 3. Aufl. 2010, § 179 Rdn. 62.

⁴¹ Vgl. dazu *Wolff* (Anm. 27), S. 3, 196 ff.; dieser Befund als solcher wird meist auch von denjenigen geteilt, die sich gegen *Wolffs* Thesen zum ungeschriebenen Verfassungsrecht wenden.

aus denen sie abgeleitet wurden⁴². Dieses Eigenleben ist notwendige Kehrseite dessen, dass zwischen den normtextlichen Grundlagen und dem anerkannten Verfassungsrechtssatz eine sehr weite Distanz durch Interpretation zu überbrücken⁴³ ist. Die Herleitungsüberlegungen gehen weit über eine klassische Deduktion hinaus. Naheliegende Konsequenz ist dann aber umgekehrt, dass die geltungsbegründenden Normen wenig Aufschluss über die Eigenschaften der hergeleiteten Normen versprechen. Dies muss man im Blick behalten und zwar insbesondere im Fall des nemo tenetur-Grundsatzes, dessen Herleitung treffend als „Suche nach einem Geltungs-Alibi“⁴⁴ bezeichnet wurde. Im Widerspruch zu dem Befund des Eigenlebens wird nun im Diskurs über die Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes für juristische Personen versucht, dezidierte Schlüsse aus der Herleitung des nicht geschriebenen nemo tenetur-Grundsatzes zu ziehen. Dies ist aber ein unzulässiges Vorgehen.

Nicht tragfähig ist die implizite Einordnung des nemo tenetur-Grundsatzes als materielle Gewährleistung durch diejenigen Autoren, die ihn aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und der Menschenwürde herleiten⁴⁵; ebenso wenig ist im Übrigen das spiegelbildliche gedankliche Junktim zwischen einer Einordnung von „nemo tenetur“ als Prozessgrundrecht und seiner Herleitung aus dem Rechtsstaatsprinzip⁴⁶ oder aus anderen Prozessgrundrechten wie dem Recht auf rechtliches Gehör⁴⁷ tragfähig. Allgemein formuliert darf nicht von Eigenschaften der geschriebenen Normen des Grundgesetzes, die zur Geltungsbegründung von „nemo tenetur“ herangezogen werden, auf die Eigenschaften von „nemo tenetur“, bzw. umgekehrt geschlossen werden⁴⁸. Das zeigt sich schon daran, dass

42 Möstl, in: *Isensee/Kirchhof* (Anm. 40), § 179 Rdn. 62.

43 Vgl. Möstl, in: *Isensee/Kirchhof* (Anm. 40), § 179 Rdn. 62: „hineinlesen“.

44 Kölbel, *Selbstbelastungsfreiheiten*, 2006, S. 262. Hierhin gehört auch die Beschreibung, das Bundesverfassungsgericht habe ein „Füllhorn von Verfassungssätzen“ in die Debatte geworfen; so die Formulierung bei Lorenz, *StV* 1996, 172, 173 Fn. 3.

45 So der bundesverfassungsgerichtliche Ansatz sowie *Nothhelfer* (Anm. 15), S. 77 ff., 82 f.; *Rogall* (Anm. 15), S. 144 ff.; zahlr. w. N. bei *Wolff* (Anm. 15), S. 39, siehe auch S. 194; tendenziell auch *Kleinheisterkamp* (Anm. 4), die zwar eine Mitverankerung im Rechtsstaatsprinzip annimmt (S. 252 f.), diese aber relativiert (S. 254) und ihr auch im Folgenden eher schwächere Bedeutung beimisst (S. 258 ff.).

46 Vgl. etwa *Minoggio*, *wistra* 2003, 121, 128; *Schneider* (Anm. 15), S. 49; *Weiß* (Anm. 4), S. 378 ff.; vgl. auch *Sachs*, in: *ders.*, *Grundgesetz*, 7. Aufl. 2014, Art. 20 Rdn. 163; a. A. *ders.*, in: *Kempff/Lüderssen/Volk* (Hrsg.), *Unternehmensstrafrecht*, 2012, S. 195, 198 ff.; unkritisch gegenüber diesem verbreiteten impliziten Schluss von einer Herleitung aus prozessualen Normen auf die prozessuale Einordnung der Selbstbelastungsfreiheit *Kleinheisterkamp* (Anm. 4), S. 213; *Schubert* (Anm. 4), S. 425 ff.

47 So etwa *Böse* (Anm. 4), S. 149 f., 166 ff., 181.

48 So aber der Ansatz bei *von Freier*, *ZStW* 122 (2010), S. 117, 126.

die Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG, in allen grundrechtssystematischen Wirkungsdimensionen⁴⁹ eine Rolle spielt: Die Menschenwürde erweist sich zunächst als Bedingung und Grenze der Strafverhängung in Form des Schuldgrundsatzes⁵⁰, sie setzt weiterhin in der Dimension materieller Abwehrrechte prozessualen Grundrechtseingriffen Grenzen (bspw. Kernbereichsschutz der akustischen Wohnraumüberwachung) und bestimmt zugleich als Verteidigungsrecht die Subjektstellung des Beschuldigten und determiniert so dessen prozessualen Grundstatus⁵¹. Entsprechendes gilt für Maßgaben des Art. 2 Abs. 1 GG, der grundsätzlich als materielles Grundrecht angesehen wird. Er setzt in materiell-abwehrrechtlicher Dimension prozessualen Zwangsmaßnahmen Grenzen⁵² und wird als Grundlage des allgemeinen Prozessgrundrechts – nämlich des fair trial-Grundsatzes – angesehen⁵³. Diese Erkenntnis ist an sich trivial, ist doch die Multidimensionalität der Grundrechte seit langem zum Gemeinplatz geworden⁵⁴. Die systematische Dimension der geltungsbegründenden und der hergeleiteten Normen müssen also nicht identisch sein. Eine Herleitung von „nemo tenetur“ aus einem materiellen Grundrecht spricht daher nicht für die Einordnung des nemo tenetur-Grundsatzes als materielles Grundrecht. Ebenso wenig darf die Unabwägbarkeit der nicht geschriebenen Verfassungsgewährleistungen mit der Unabwägbarkeit der Menschenwürde identifiziert werden und schon deshalb auf einen Menschenwürdekern von „nemo tenetur“ geschlossen werden (dazu sogleich 3.).

49 Vgl. die Systematisierung bei Dreier, in: *ders.*, Grundgesetz (Anm. 12), Art. 1 I Rdn. 138 ff., vgl. auch Rdn. 121 ff., 127.

50 Insoweit wirkt die Menschenwürdenorm letztlich als Schranken-Schranke des Grundrechtseingriffs, der in der staatlichen Strafe liegt; dazu Appel, Verfassung und Strafe, 1998, S. 109, 560 ff.; Brüning, in: Stern/Becker (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, 2010, Art. 103 Rdn. 9.

51 Hill, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VI, 2. Aufl. 2001, § 156 Rdn. 2: Die Subjektstellung entspringe unmittelbar der Menschenwürde. – Die Wahrung der Subjektstellung sollte der Dimension Eingriffsrechtfertigung durch Verfahren zugeordnet werden und insoweit auch als Schranken-Schranke des Grundrechtseingriffs, der in staatlicher Strafe liegt, verstanden werden.

52 So greift etwa die Anordnung der Duldung einer Gegenüberstellung in die allgemeine Handlungsfreiheit ein. Art. 2 Abs. 1 GG setzt zudem in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG als Allgemeines Persönlichkeitsrecht strafprozessualen Zwangsmaßnahmen Grenzen.

53 Starck, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Anm. 15), Art. 2 I Rdn. 128; vgl. i. V. m. dem Rechtsstaatsprinzip BVerfGE 46, 202, 209; di Fabio, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Bd. 1, Art. 2 Abs. 1 (2006), Rdn. 72 ff.

54 Vgl. Dreier, in: *ders.*, Grundgesetz (Anm. 12), Vorb. Rdn. 82 ff.; Jarass, Funktionen und Dimensionen der Grundrechte, in: Papier/Merten (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 38 Rdn. 1 ff.; vgl. dazu im strafprozessualen Kontext Böse (Anm. 4), S. 39 ff.; vgl. auch schon BVerfGE 7, 198, 215 f.

Wenn also im Rahmen der Vielzahl im Ergebnis als Verfassungsrechtssätze anerkannter, als solchen aber ungeschriebenen Garantien gegen die Strafgewalt – etwa Schuldgrundsatz, Unschuldvermutung, „in dubio pro reo“, „nemo tenetur“, „fair trial“ etc. – verfassungstextliche Grundlagen herangezogen werden, um vor dem Hintergrund des Kodifikationsanspruchs des Grundgesetzes⁵⁵ die Geltung dieser Rechtssätze als Verfassungsrechtssätze zu begründen, so erschöpft sich die Bedeutung dieser geschriebenen Grundgesetzartikel im Wesentlichen darin, Argumente für die Geltung dieser Rechtssätze trotz ihrer Ungeschriebenheit darzustellen.

Bezogen auf den nemo tenetur-Grundsatz bedeutet dies, dass es sich (in diesem Sinne) um einen ungeschriebenen Verfassungsrechtssatz handelt⁵⁶. Im Rahmen der Begründung seiner Existenz als Rechtssatz mit Verfassungsrang wird auf geschriebene Rechtssätze, insbesondere auf die Menschenwürde und das Rechtsstaatsprinzip, rekurriert. Dabei lässt sich der nemo tenetur-Grundsatz jedoch aus keiner dieser Wurzeln im engeren Sinne „ableiten“; stattdessen wird seine Existenz aus mehreren Normen „in Verbindung miteinander“ geschlossen⁵⁷. Es handelt sich also nicht um eine Deduktion des besonderen Rechtssatzes aus einer allgemeineren Norm. Der hier vorgeschlagene Ansatz geht – ohne dies hier im Einzelnen ausführen zu können – von einer systematischen und inhaltlichen Selbständigkeit dieser Rechtssätze aus und sieht die Bedeutung der verfassungstextlichen Grundlagen (Menschenwürde und Rechtsstaatsprinzip) insbesondere darin, Argumente für die Geltung des seiner Herkunft nach vorgrundgesetzlichen nemo tenetur-Grundsatzes zu bilden, auf dessen Normierung der Verfassungsgeber verzichtet hat, weil seine Geltung als selbstverständlich angesehen wurde⁵⁸. Hiervor darf man auch bei der Frage nach der Berechtigung juristischer Personen die Augen nicht verschließen.

Die Rolle der Menschenwürde und des Rechtsstaatsprinzips würden überstrapaziert, wenn man die systematische Einordnung des nemo tenetur-Grundsatzes – als materielles Abwehrrecht oder als prozessuales Verteidigungsrecht – oder seine Geltung für juristische Personen als rechtsstaatlicher Grundsatz bejahend oder als Ausprägung der Menschenwürde verneinend beantworten wollte. Vielmehr müssen diese Fragen unter Rückgriff auf anderweitige Argumente eigenständig beant-

⁵⁵ Vgl. dazu und zu den Besonderheiten der Verfassungsordnung Dreier, in: *Behrends/Sellert* (Hrsg.), *Der Kodifikationsgedanke und das Modell des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB)*, 2000, S. 119, 119 ff., 124; *Wolff* (Anm. 27), S. 347 ff.; vgl. auch *Knies*, in: *Merten/Schreckenberger* (Hrsg.), *Kodifikation gestern und heute*, 1995, 221, 225 ff.

⁵⁶ Siehe Anm. 27.

⁵⁷ *Kleinheisterkamp* (Anm. 4), 2010, S. 450, spricht insoweit von einer „Lozierung“.

⁵⁸ Siehe Anm. 72.

wortet werden. Nach hier vertretener Auffassung ist entscheidend, dass der *nemo tenetur*-Grundsatz Ausdruck und zugleich Festschreibung einer neu gefassten Rolle des Beschuldigten im reformierten Strafprozess ist (näher dazu unten III. 1.). Insoweit stellt er eine prozessuale Gewährleistung dar. „*Nemo tenetur*“ ist eine traditionsreiche und trotz ihrer Ungeschriebenheit als Verfassungsrechtssatz anerkannte rechtsstaatliche Maßgabe für den Strafprozess. „*Nemo tenetur*“ bildet eine Grenze rechtsstaatlichen Strafens unter dem Grundgesetz und ist eine strafjustizielle Garantie (näher dazu unten III. 2.). Diese systematische Einordnung hat maßgebliche Relevanz für juristische Personen: Solchen justiziellen Garantien wird eine Sonderrolle im Hinblick auf ihre Geltung für juristische Personen zugewiesen. Sie gelten nach herrschender Meinung unabhängig von der Regelung des Art. 19 Abs. 3 GG für jedermann, der Verfahrensbeteiligter sein kann. Ihnen kommt kein eigenständiger, von der Verfahrens- bzw. Sanktionsbetroffenheit zu trennender Schutzbereich zu⁵⁹. Dies läuft auf den Gedanken hinaus, dass dort, wo „Strafe“ im Sinne der die Strafgewalt bindenden Verfassungsgewährleistungen verhängt wird, diese Gewährleistungen als Grenzen der staatlichen Strafgewalt Geltung beanspruchen, und zwar unabhängig davon, ob sich die „Strafe“ gegen natürliche oder gegen juristische Personen richtet (näher dazu unten IV.).

3. Überschätzung der Menschenwürde als Grund der Unabwägbarkeit

Ein dritter Einwand richtet sich gegen die Heranziehung der Menschenwürde als vermeintlichen Grund der Unabwägbarkeit des *nemo tenetur*-Grundsatzes. Auf diese Weise wird in unzulässiger Weise der Menschenwürdebezug des *nemo tenetur*-Grundsatzes untermauert.

Auch solche Grundrechte, die dem Wortlaut des Grundgesetzes nach vorbehaltlos gewährleistet sind, können zu Gunsten anderer Rechtsgüter von Verfassungsrang durch den Gesetzgeber eingeschränkt werden. Den Gewährleistungen gegen die Strafgewalt hingegen ist eine besondere Stringenz und Unverbrüchlichkeit eigen⁶⁰. Sie können nicht gegenüber einem besonderen Interesse an einer effektiven Strafverfolgung eingeschränkt werden. In diesem Sinne sind bei-

⁵⁹ Vgl. *Appel* (Anm. 50), S. 564 f.; damit soll nicht bestritten werden, dass einzelne dieser Garantien zugleich rechtstechnisch als eigenständige Garantien ins Grundgesetz aufgenommen wurden, doch ändert dies nichts an ihrer funktionalen Wirkungsdimension, *Möstl*, in: *Isensee/Kirchhof* (Anm. 40), § 179 Rdn. 19.

⁶⁰ Vgl. *Appel* (Anm. 50), S. 24 f., 565 f.; *Brüning*, in: *Stern/Becker* (Anm. 50), Art. 103 Rdn. 126, 125, 128; *Kunig*, in: *von Münch/Kunig*, Grundgesetz, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, Art. 103 Rdn. 40; *Möstl*, in: *Isensee/Kirchhof* (Anm. 40), § 179 Rdn. 2.

spielsweise der Schuldgrundsatz, das strafrechtliche Rückwirkungsverbot oder das Doppelbestrafungsverbot unabwägbar. Diese Unabwägbarkeit ist erklärungsbedürftig.

Das Bundesverfassungsgericht hat den nemo tenetur-Grundsatz vornehmlich auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht zurückgeführt, das bekanntlich aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG hergeleitet wird. Da das Antasten der Menschenwürde ihre Verletzung bedeutet, also die Menschenwürde in unabwägbarer Weise geschützt ist⁶¹ und auch der nemo tenetur-Grundsatz nicht zu Gunsten des mit Verfassungsrang ausgestatteten Ziels einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege eingeschränkt werden kann und insoweit „unabwägbar“ ist⁶², liegt es an sich nahe, diese grundsätzliche Unabwägbarkeit des nemo tenetur-Grundsatzes mit einem Menschenwürdekern zu erklären⁶³. Hieraus wird dann teilweise gefolgert, dass der nemo tenetur-Grundsatz für juristische Personen, denen keine Menschenwürde zukommt, nicht strikt, sondern nur unter dem Vorbehalt einer Abwägung gewährleistet sei⁶⁴. Dieser Schluss erscheint aber vorschnell.

Die den strafprozessrechtsbezogenen Garantien typischerweise eigene (grundsätzliche) Unabwägbarkeit sollte nicht auf „Menschenwürdekern“⁶⁵, sondern auf eine bereits antizipiert durch die Verfassung selbst vorgenommene Abwägung dieser Garantie mit den regelmäßig kollidierenden Interessen zurückgeführt werden⁶⁶, die grundsätzlich keinen Raum für weitere Einschränkungen

61 Für die h. M. Dreier, in: *ders.*, Grundgesetz (Anm. 12), Art. 1 I Rdn. 46 m. w. N.; a. A. Baldus, AöR 136 (2011), S. 529 ff.; Herdegen, JZ 2001, 773, 774 f.; Kloepfer, JZ 2002, 417, 422 f.

62 H. M. jedenfalls für dessen Zentralgehalte, so etwa von Freier, ZStW 122 (2010), S. 117, 123; Kleinheisterkamp (Anm. 4), S. 277 f.; Böse (Anm. 4), S. 532; vgl. auch Möstl, in: *Isensee/Kirchhof* (Anm. 40), § 179 Rdn. 8. Zur Rechtsprechung des EGMR ausführlich Christoph Dannecker, ZStW 127 (2015), Heft 4, II.

63 So etwa Kleinheisterkamp (Anm. 4), S. 271; Möstl, in: *Isensee/Kirchhof* (Anm. 40), § 179 Rdn. 69; Reiter, „Nemo tenetur se ipsum prodere“ und Steuererklärungspflicht, 2007, S. 104. Spiegelbildlich wird teilweise eine Abwägbarkeit in Kollisionsfällen mit einer Verankerung im Rechtsstaatsprinzip in Verbindung gebracht, Geppert, in: *Leipziger Kommentar*, Bd. 5, 12. Aufl. 2009, § 142 Rdn. 64 Fn. 421 m. w. N.

64 So etwa Drope (Anm. 4), S. 202 ff.; Schlüter (Anm. 4), S. 124 ff.

65 Zu Recht kritisch gegenüber diesem Bild, Dreier, in: *ders.*, Grundgesetz (Anm. 12), Art. 1 I Rdn. 162 ff.; im Übrigen sind auch Wesensgehalt eines Grundrechts und dessen etwaige Bezüge zur Menschenwürde keineswegs identisch, Dreier, a. a. O., Art. 19 II Rdn. 20; so nunmehr auch BVerfGE 109, 279, 311.

66 Schulze-Fielitz, in: *Dreier*, Grundgesetz, Bd. 3, 2. Aufl. 2008, Art. 103 II Rdn. 58: „unabdingbare und unverzichtbare Kollisionsregel des Verfassungsgesetzgebers“; vgl. auch Appel, Jura 2000, 571, 577; *ders.* (Anm. 50), S. 24 ff., 488 f.; Dreier, JZ 1997, 421, 432; Möstl, in: *Isensee/Kirchhof* (Anm. 40), § 179 Rdn. 8; Nolte, in: *von Mangoldt/Klein/Starck* (Anm. 34), Art. 103 II Rdn. 169; Schmidt-Aßmann, in: *Maunz/Dürig* (Anm. 33), Art. 103 III, Rdn. 177.

durch den Gesetzgeber belässt: Die die Strafgewalt bindenden Garantien setzen der staatlichen Sanktionsgewalt unter dem Grundgesetz Grenzen. Sie stellen nicht einen verfassungsrechtlich relevanten Belang dar, den der Gesetzgeber in praktische Konkordanz (*Konrad Hesse*) mit anderen Rechtsgütern von Verfassungsrang zu bringen hätte. Sie sind vielmehr schon das Ergebnis einer antizipierten Abwägung des Grundgesetzes zwischen Strafverfolgungsinteressen und den Interessen des Beschuldigten. Sie sind Grenzen, an die der Gesetzgeber *trotz* des öffentlichen Interesses an einer funktionstüchtigen Strafverfolgung gebunden ist⁶⁷: Das Doppelbestrafungsverbot (*ne bis in idem*) beispielsweise entscheidet den Konflikt zwischen Rechtssicherheit und Vertrauensschutz einerseits und der materiellen Gerechtigkeit, die eine Bestrafung verlangen würde, andererseits – allesamt Topoi des Rechtsstaatsprinzips – einseitig zu Gunsten der ersteren⁶⁸. Entsprechendes gilt für das strikte Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG⁶⁹. Die strikten Gewährleistungen gegen die Strafgewalt setzen der Strafgewalt im Bereich dieser besonderen strafrechtlichen Gefährdungslage besondere Grenzen⁷⁰. Hierin, und nicht notwendigerweise in einem etwaigen Menschenwürdekern, liegt die Unabwägbarkeit dieser strafrechtsbezogenen Verfassungsgewährleistung begründet.

Dieser Rechtsgedanke gilt gleichermaßen für den *nemo tenetur*-Grundsatz, auch wenn dieser im Grundgesetz nicht geschrieben ist und es damit an einer ausdrücklichen Entscheidung des Verfassungsgebers fehlt⁷¹. Historisch hat sich auch „*nemo tenetur*“ – wenn auch im einfachen Recht – im beschriebenen Spannungsfeld zwischen einem Bedürfnis nach effizienter Strafverfolgung und einer Begrenzung der Strafrechtspflege entwickelt. Seinem Inhalt nach setzt der *nemo tenetur*-Grundsatz dem öffentlichen Aufklärungs- und Strafverfolgungsinteresse definitive Grenzen – als Norm des Prozessrechts unabhängig von der Schwere der jeweiligen Tat und unabhängig von etwaigen Sachaufklärungsschwierigkeiten bei komplex gelagerten Materien. Wird er trotz seiner fehlenden ausdrücklichen Normierung als Verfassungsrechtssatz anerkannt, zumal im Parlamentarischen Rat von seiner Normierung abgesehen wurde, weil seine Geltung

⁶⁷ Siehe die Nachw. in Anm. 66.

⁶⁸ *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier*, Grundgesetz (Anm. 66), Art. 103 II Rdn. 58.

⁶⁹ *Dreier*, JZ 1997, 421, 432: „[Das strikte Rückwirkungsverbot] enthält für das begrenzte Feld strafrechtlicher Sanktionierung bereits die Lösung des Konflikts zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit, nicht erst dessen Formulierung!“

⁷⁰ Vgl. *Appel* (Anm. 50), S. 24 ff., insbes. S. 29.

⁷¹ Vgl. *von Freier*, ZStW 122 (2010), S. 117, 143 Anm. 132; *Weßlau*, ZStW 110 (1998), S. 1, 9 Anm. 24; vgl. auch *Esser*, JR 2004, 98, 106, der betont, das Schweigerecht verlange nicht nur „nach einer Immunisierung gegen ‚überwiegende‘ öffentliche Interessen“, sondern sei „einer Abwägung [...] schlicht unzugänglich“.

auch ohne explizite Aufnahme als außer Frage stehend vorausgesetzt wurde⁷², so sollte seine Eigenart als unabwägbar Gewährleistung gegen die Strafgewalt nicht in Zweifel gezogen werden. Die grundsätzliche Unabwägbarkeit des nemo tenetur-Grundsatzes ist damit ohne Rückgriff auf besondere Menschenwürdebezüge begründbar. Daher sollte aus der Unabwägbarkeit nicht auf einen Menschenwürdekern geschlossen werden.

4. Geltung von „nemo tenetur“ für juristische Personen trotz seiner historischen Entwicklung im Ringen um einen humanen Strafprozess

Gegen die Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes für juristische Personen wird schließlich in Ansatz gebracht, dass aus seiner Entwicklung in Deutschland im Ringen um einen menschenwürdigen Strafprozess im 19. Jahrhundert zu schließen sei, dass diese Garantien natürlichen Personen vorbehalten sind⁷³. Ähnlich

72 Diskutiert wurde die Aufnahme der Regelung: „Jeder körperliche oder durch sonstige Mittel vor oder während eines Verhörs ausgeübte Zwang ist unzulässig. Der Beschuldigte kann sich in jeder Lage des Verfahrens des Beistandes eines Verteidigers bedienen.“ Dieser Absatz hätte zwischen die Absätze 1 und 2 des heutigen Art. 103 GG aufgenommen werden sollen. Obwohl sich diese Norm auf Ebene der Durchsetzung einer Aussagepflicht – gleichsam auf „Sekundärebene“ – bewegt und nicht unmittelbar ein verfassungsrechtliches Verbot einer Aussagepflicht selbst formuliert, dürfte dieser Norm der nemo tenetur-Grundsatz qua Interpretation zu entnehmen sein. Das Fehlen einer Aussagepflicht wurde gleichsam mitgedacht. In vergleichbarer Weise wird der nemo tenetur-Grundsatz nämlich auch auf einfachgesetzlicher Ebene in § 136 a StPO verortet, der ebenso verbotene Vernehmungsmethoden regelt. Von der Aufnahme des zitierten Absatzes in das Grundgesetz wurde nur unter der ausdrücklichen Feststellung abgesehen, dass das Grundgesetz derartigen Zwang ohnehin verbiete; auch dieser Komplex sei durch die Garantien für „Festgehaltene“ gedeckt. Der Parlamentarische Rat, Akten und Protokolle 1948–1949, Bd. 14/II, 2009, S. 1179 f. Siehe insb. auch a. a. O., S. 1304 f.: „Dr. Seebohm: Ich möchte vor allem ausgeschaltet wissen [...], daß auch während der Gerichtsverhandlungen körperliche und seelische Mißhandlungen vorkommen, um die Menschen zu bestimmten Aussagen oder zu einem bestimmten Verhalten zu bewegen. Wenn durch den Dr. von Mangoldt ausdrücklich und unwidersprochen festgestellt worden ist, daß dieser ganze Komplex durch den Begriff ‚Festgehaltene‘ gedeckt ist, dann bin ich zufrieden.“ Dies erfolgte unter Bezugnahme auf den heutigen Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG (a. a. O., S. 1306). Im Misshandlungsverbot des Art. 104 GG kommt aber der an sich naheliegende Bezug, dass Misshandlungen von Festgehaltenen insbesondere auf Aussageerpressung zielen, wie er offenbar im Parlamentarischen Rat mitgedacht wurde, nicht mehr zum Ausdruck. Vgl. die Äußerung des Ausschussvorsitzenden Carlo Schmitt: „Ich glaube kaum, daß jemand [aus der Ablehnung des Antrags] den Schluß ziehen wird, die Mitglieder des Ausschusses, die den Antrag abgelehnt haben, wollten die Folter einführen.“ (a. a. O., S. 1180).

73 Vgl. Sachs, in: *Kempff/Lüderssen/Volk* (Anm. 46), S. 195, 196 ff.; vgl. auch *Drope* (Anm. 4), S. 184 f., wengleich sie im Ergebnis die Geltung der Garantien für juristischen Personen bejaht.

argumentiert, wer die Garantien gegen die Strafgewalt als adäquate Schutzstandards für natürliche Personen ansieht und für juristische Personen allein schon aufgrund dessen abgesenkte Standards fordert, dass diese keine Menschen sind.

Es ist demgegenüber für die strafbezogenen Gewährleistungen geradezu typisch, dass sie sich historisch im Ringen um ein humanes Strafrecht und einen humanen Strafprozess entwickelt haben. Von diesem historischen Begründungszusammenhang werden sie, ebenso wie die materiellen Grundrechte, durch das Grundgesetz abstrahiert: Sämtliche Grundrechte waren im Ausgangspunkt Rechte *des Einzelnen* gegen den Staat. Gleichwohl stehen sie unter dem Grundgesetz auch juristischen Personen zu.

Wenn auf der Grundlage von Art. 19 Abs. 3 GG – auch auf der Basis der Auffassung, die eine grundrechtstypische Gefährdungslage für maßgeblich erachtet – stets nach dem Sinn der Gewährung eines Grundrechts gefragt wird, kann die historische Entwicklung der Grundrechte als „Rechte des Menschen“ nicht gegen die Geltung für juristische Personen in Ansatz gebracht werden. Art. 19 Abs. 3 GG, der Verbandsbildungen einen Eigenwert zuerkennt⁷⁴, entbindet die Grundrechtsgeltung gerade von diesem allen Grundrechten eigenen historischen Entwicklungszusammenhang. Deshalb ist eine pauschale Berufung darauf, dass die Verfassungsgarantien gegen die staatliche Strafgewalt im Hinblick auf Sanktionen gegen natürliche Personen entstanden sind, im Bereich des Kartellordnungswidrigkeitenrechts jedoch die Sanktionierung juristischer Personen im Vordergrund steht, was niedrigere Standards rechtfertigt, verfehlt. Entscheidend ist demgegenüber, ob Sanktionen gegen juristische Personen „Strafe“ im Sinne der Gewährleistungen gegen die Strafgewalt sind. Hier darf nicht vorschnell auf das Bild einer anthropozentrischen Vorstellung der Kriminalstrafe mit ihrem angeblichen „sozialethischen Unwerturteil“⁷⁵ zurückgegriffen werden. Dieses Kriterium ist schon nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur für den Strafrichtervorbehalt maßgeblich. Für die übrigen „Strafgarantien“ ist es hinreichend und charakteristisch, dass die Sanktion „auch repressiv“ legitimiert wird⁷⁶. Dies

⁷⁴ Dreier, in: *ders.*, Grundgesetz (Anm. 12), Art. 19 III Rdn. 29; vgl. auch von Mutius, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 III (1975), Rdn. 29 ff. a. A. Dürig, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, Bd. 3, Art. 19 III (1977), Rdn. 1: Auch Art. 19 Abs. 3 existiere (nur) „um des Menschen Willen“.

⁷⁵ Kritisch hierzu Appel (Anm. 50), S. 468 ff.; Böse (Anm. 4), S. 189 f.; Herzog, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, Bd. VI, Art. 92 (1971), Rdn. 50; vgl. schon Mattes, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, Bd. 2, Geltendes Recht und Kritik, 1982, S. 286 ff.

⁷⁶ So schon BVerfGE 20, 323, 331 f.: „Dem Grundsatz, daß jede Strafe – nicht nur die für kriminelles Unrecht, sondern auch die strafähnliche Sanktion für sonstiges Unrecht – Schuld voraussetze, kommt verfassungsrechtlicher Rang zu. [...] Die Strafe, auch die bloße Ordnungsstrafe, ist im Gegensatz zur reinen Präventionsmaßnahme dadurch gekennzeichnet, daß sie – wenn nicht ausschließlich, so doch auch (!) – auf Repression und Vergeltung für eine verbotenes

kann anerkanntermaßen auch bei Sanktionen gegen juristische Personen der Fall sein.

5. Zwischenfazit: Überstrapazierung der Menschenwürdebezüge für die Berechtigungsfrage juristischer Personen

Das Bundesverfassungsgericht verneint die Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes für juristische Personen unter Berufung auf dessen Bezüge zur Menschenwürde. Hier soll nicht bestritten werden, dass der nemo tenetur-Grundsatz in seiner Entwicklung Bezüge zur Menschenwürde aufweist und dass es vertretbar erscheint, die Anerkennung des nemo tenetur-Grundsatzes als Verfassungssatz auch unter Heranziehung des Menschenwürdesatzes zu begründen. Dennoch begegnet die Art und Weise, wie diese Bezüge im Rahmen der Berechtigungsfrage gegen eine Geltung für juristische Personen in Ansatz gebracht werden, durchgreifenden Bedenken. Augenfällig werden diese Unzulänglichkeiten darin, dass sie nicht mit der (zumindest grundsätzlichen) Erstreckung des Schuldgrundsatzes, der Unschuldsvermutung, des Rechts auf ein faires Verfahren und des Rechts auf rechtliches Gehör auf juristische Personen vereinbar sind, denen ebenfalls starke Bezüge zur Menschenwürde zukommen⁷⁷.

III. Die Gegenkonzeption: Der nemo tenetur-Grundsatz als prozessuale Gewährleistung

1. Die prozessuale Fundierung des nemo tenetur-Grundsatzes

Der nemo tenetur-Grundsatz in seiner heutigen Form hat historische Wurzeln, die bis zur Auseinandersetzung um die kirchliche Strafgerichtsbarkeit in England im 16. und 17. Jahrhundert zurückreichen. In der deutschen Rechtsentwicklung hat er

Verhalten abzielt [...] Besteht aber das Wesen der Bestrafung nach § 890 Abs. 1 ZPO darin, daß begangenes Unrecht geahndet wird, so gelten hierfür ungeachtet des zwangsvollstreckungsrechtlichen Einschlags strafrechtliche Grundsätze.“ (Hervorhebung C. D.); vgl. auch die Argumentation in BVerfGE 110, 1, 14 ff. – *Erweiterter Verfall*, wenngleich dort die verunklarende Terminologie „strafähnlicher“ oder „Strafe gleichkommender Nachteile“ benutzt wird; vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 19.12.2012, Az.: 1 BvL 18/11, NJW 2013, 1418, 1425 Rdn. 93f.; anders, nämlich auf „verbindlichen Vorhalt der defizitären Einstellung zur Norm und zur normsetzenden Instanz“ abstellend, allerdings ohne größere Divergenzen im Ergebnis *Appel* (Anm. 50), S. 503 ff.

⁷⁷ Vgl. hierzu zuletzt *Gaier*, wistra 2014, 161, 163 ff. m. w. N. aus der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung.

insbesondere im Ringen um den reformierten Strafprozess im 19. Jahrhundert Anerkennung erfahren und Eingang in das einfache Strafprozessrecht gefunden⁷⁸. Er ist *Ausdruck und Absicherung einer neu gefassten Rolle des Angeklagten als Prozesssubjekt* des reformierten Strafprozesses⁷⁹: Der Beschuldigte ist nicht mehr Inquisitionsobjekt und Beweismittel, das untersucht wird, sondern Gegenüber des Staates.

Insoweit weist der *nemo tenetur*-Grundsatz sehr enge Bezüge zu weiteren Gewährleistungen gegen die Strafgewalt auf⁸⁰. Ausgangspunkt ist die folgende Überlegung. Die strafprozessuale Beweislastverteilung ist als Ausfluss der Unschuldsvermutung bzw. des Schuldgrundsatzes⁸¹ in Art. 6 Abs. 2 EMRK sowie verfassungsrechtlich verankert⁸²: Dem Angeklagten kommt die Unschuldsvermutung zugute. Nur wo die Schuld des Angeklagten zweifelsfrei belegt wird und umgekehrt die Unschuldsvermutung widerlegt ist, ist eine Verurteilung möglich. Verbleibende Zweifel wirken sich zu Lasten der Anklage aus. Diese strafprozessuale Beweislastverteilung, nach der der Nachweis der Schuld des Angeklagten dem Staat obliegt, beschreibt der Rechtssatz *in dubio pro reo*⁸³. Dieser objektiven Beweislastverteilung zu Lasten des Staates⁸⁴ korrespondiert eine subjektive Ver-

78 Böse (Anm. 4), S. 150 ff., 159 ff.; Rogall (Anm. 15), S. 76; zur historischen Entwicklung des *nemo tenetur*-Grundsatzes ausführlich Bosch (Anm. 15), S. 96 ff.; Mäder (Anm. 4), S. 56 ff.; Nothelfer (Anm. 15), S. 6 f.; Reiß (Anm. 33), S. 145 ff.; Reiter (Anm. 63), S. 33 ff.

79 Vgl. Frister, ZStW 106 (1994), S. 303, 319; Pieth, Festschrift für Eser, 2005, S. 599, 607 f.; Reiß (Anm. 33), S. 145 ff., 155 ff.; Rogall (Anm. 15), S. 87 ff., 93 ff.; Weßlau, ZStW 110 (1998), S. 1, 34 f.; vgl. dazu auch Böse (Anm. 4), S. 159 ff.

80 Es ist von untergeordneter Bedeutung, ob hieraus mit Wolff (Anm. 15), S. 59 ff., 62, auf eine Herleitung des *nemo tenetur*-Grundsatzes aus dem Schuldprinzip geschlossen werden kann oder ob der *nemo tenetur*-Grundsatz enge Bezüge zu diesem aufweist und insoweit von einer „Gesamtanalogie“ ausgegangen wird, die zu einer Verankerung als rechtsstaatliches Unterprinzip führe, so Schneider (Anm. 15), S. 42.

81 Albrecht, Die vergessene Freiheit. Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte, 2003, S. 136; Gaede, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK, 2007, S. 229; Villinger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Rechtslage, 2. Aufl. 1999, Rdn. 499.

82 BVerfGE 9, 167, 170; Möstl, in: Isensee/Kirchhof (Anm. 40), § 179 Rdn. 70.

83 Zur Anbindung von „in dubio pro reo“ an den Schuldgrundsatz siehe BVerfGE 9, 167, 169.

84 Diese gilt auch für das Kartellordnungswidrigkeitenrecht, Rose/Bailey (Hrsg.), Bellamy & Child, European Union Law of Competition, Bd. 1, 7. Aufl. 2008, Rdn. 13.054; Joshua, Proof in Contested EEC Competition Cases: A Comparison with the Rules of Evidence in Common Law, European Law Review 12 (1987), S. 315, 319 ff. Selbst der EuGH, Urt. v. 18.10.1989, Rs. 374/87 – *Orkem/Kommission*, Slg. 1989, 3283, Rdn. 34, 35, erkennt an, dass „die Kommission dem Unternehmen nicht die Verpflichtung auferlegen [darf] Antworten zu erteilen, durch die es das Vorliegen einer Zuwiderhandlung eingestehen müsste, für die die Kommission den Beweis zu erbringen hat.“.

teilung der „Beweisführungslast“ und eine Rollenverteilung⁸⁵. Dies kommt plastisch in der umgangssprachlichen Formulierung zum Ausdruck: „Der Staat muss dem Beschuldigten dessen Schuld nachweisen.“⁸⁶ Diese Rollenverteilung würde konterkariert, wenn der Beschuldigte neben seiner Rolle als Beschuldigter zum Beweisgegenstand, nämlich zum Zeugen gegen sich selbst, gemacht würde⁸⁷. Es droht ein Konflikt zwischen der Rolle als handlungsfähiges Prozesssubjekt, das den Vorwurf bestreiten darf, und der Rolle als Zeuge – als Beweismittel –, der berechnete Vorwürfe in tatsächlicher Hinsicht bestätigen müsste.

Ohne den nemo tenetur-Grundsatz würde der Beschuldigte in seiner prozessualen kommunikativen Autonomie beeinträchtigt⁸⁸. Diesen Rollenkonflikt entscheidet der nemo tenetur-Grundsatz zu Gunsten der Stellung als Prozesssubjekt und sichert die Beweisführungslastverteilung gegen deren Desavouierung ab: Der Staat darf den ihm obliegenden Schuldbeweis nicht dadurch erbringen, dass er den Beschuldigten zwingt, sich selbst zu belasten⁸⁹. Dies ist gemeint, wenn ausgeführt

85 Reiß (Anm. 33), S. 177 ff.; Schneider (Anm. 15), S. 36: „Beschuldigter als nicht in Anspruch zu nehmender Gegenspieler“; vgl. auch Schlüter (Anm. 4), S. 87 ff.; vgl. zu diesem Zusammenhang auch von Freier, ZStW 122 (2010), S. 117, 131 ff.; Wolff (Anm. 15), S. 36; ders. (Anm. 27), S. 223; Cheney/Dickson/Skilbeck/Fitzpatrick/Skilbeck/Uglow, Criminal Justice and the Human Rights Act 1998, 2. Aufl. 2001, S. 127.

86 Dieser Zusammenhang wird auch in der Rechtsprechung des EGMR, Urt. v. 17.12.1996, Az.: 19187/91 – Saunders/United Kingdom, Rdn. 68, betont; dort wird insoweit von einem Zusammenhang zur „Unschuldsumutung“ gesprochen.

87 Unter Zugrundelegung eines rein formalen Verständnisses ließe sich die staatliche Beweislast auch dann wahren, wenn der staatliche Nachweis der Schuld vermittelt über eine Aussagepflicht des Beschuldigten erbracht werden könnte. Eine solche Regelung wäre aber formalistisch und würde den Rollenkonflikt nicht auflösen. Es würde unterschieden zwischen einerseits einem Schuldbekennnis als Prozesshandlung – vergleichbar dem anglo-amerikanischen guilty plea –, das die Schuldfrage dem Streit entzöge und als Prozesshandlung eine Disposition über den Verfahrensgegenstand enthält, und andererseits der Pflicht zur Schilderung der eigenen Tat als einer Wissenserklärung – vergleichbar einer Zeugenaussage. Der Angeklagte dürfte den Tatvorwurf förmlich als Prozesssubjekt prozessual bestreiten, zugleich müsste er aber in tatsächlicher Hinsicht berechnete Vorwürfe bestätigen. Diese Differenzierung erscheint insbesondere unter Geltung des Amtsermittlungsgrundsatzes formalistisch. Stattdessen ist es dem Angeklagten als Prozesssubjekt seit dem reformierten Strafprozess erlaubt, sich darauf zurückzuziehen, den Vorwurf zu bestreiten und diesen durch den Staat nachweisen zu lassen; vgl. hierzu auch Eidam, Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts, 2007, S. 134; von Freier, ZStW 122 (2010), S. 117, 124; Reiß (Anm. 33), S. 177; Roberts/Zuckerman, Criminal Evidence, 2. Aufl. 2004, S. 413; Röckl (Anm. 29), S. 114.

88 Böse (Anm. 4), S. 167; Köhler, ZStW 107 (1995), S. 10, 24, 33; Müssig, GA 1999, 119, 127; vgl. auch Wolter, ZStW 107 (1995), S. 793, 794.

89 Dieser Rollenkonflikt besteht in besonderer Weise bei kommunikativer Mitwirkung „durch Aussage“, weil dies ein Geständnis bedeutet, nicht aber in gleicher Schärfe bei sonstiger selbst-

wird, der *nemo tenetur*-Grundsatz flankiere die Unschuldsvermutung, oder wenn der *nemo tenetur*-Grundsatz aus der Unschuldsvermutung hergeleitet wird⁹⁰.

Diese prozessuale Herleitung des *nemo tenetur*-Grundsatzes aus der Rolle des Beschuldigten im reformierten Strafprozess findet auch außerhalb Deutschlands Anerkennung⁹¹. Besonders markant tritt sie im österreichischen Verfassungsrecht hervor. Dort wird der *nemo tenetur*-Grundsatz neben Art. 6 Abs. 1 EMRK, der in Österreich Verfassungsrang genießt, auch aus Art. 90 Abs. 2 BV-G hergeleitet, der lautet: „Im Strafverfahren gilt der Anklageprozess.“⁹² Mit dem Anklageprozess wird die Rolle des Beschuldigten als der Strafverfolgung gegenüberstehendes Subjekt zum Ausdruck gebracht. Dies umfasst nach Auffassung der österreichischen Lehre auch die Geltung des *nemo tenetur*-Grundsatzes. Eine ähnliche Formulierung sah § 179 Abs. 1 Paulskirchen-Verfassung von 1849 vor⁹³.

2. Vier Argumente für die Einordnung des *nemo tenetur*-Grundsatzes als prozessuale Garantie

Die vorstehend dargelegten Bezüge des *nemo tenetur*-Grundsatzes zur Unschuldsvermutung und zur Rolle des Angeklagten im reformierten Strafprozess legen es nahe, den *nemo tenetur*-Grundsatz als strafprozessuale Verfassungsgewährleistung zu begreifen, und zwar unabhängig davon, welche geschriebenen Normen des Grundgesetzes zur Begründung seiner Geltung als Verfassungsrechtssatz herangezogen werden. Dies soll im Folgenden näher erläutert werden.

belastender Mitwirkung, etwa Herausgabepflichten, wenngleich es auch in diesem Fall zu einem Konflikt mit der (subjektiven) Beweislastverteilung kommt. Dies bietet einen Ansatzpunkt dafür, den prozessual fundierten *nemo tenetur*-Grundsatz auf eine Aussagefreiheit zu beschränken; dazu *Christoph Dannecker*, ZStW 127 (2015), Heft 4, I. 3. c.

⁹⁰ *Hackethal*, Der Einsatz von Vomitivmitteln zur Beweissicherung im Strafverfahren, 2005, S. 121; *Kleinheisterkamp* (Anm. 4), S. 221 f.; EGMR, Urt. v. 17.12.1996, Az.: 19187/91 – Saunders/United Kingdom, Rdn. 67; EGMR, Urt. v. 08.04.2004, Az.: 38544/97 – Weh/Österreich, Rdn. 39; vgl. auch *Stuckenberger*, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, 1997, S. 84, Fn. 304; *Wolff* (Anm. 15), S. 36, 60 ff.; anders aber *Dingeldey*, JA 1984, 407, 409; *Guradze*, Festschrift für Loewenstein, 1971, S. 151, 160 f., 164 f., die meinen, ein als unschuldig gedachter Angeklagter dürfe nicht zu einer Aussage gezwungen werden; hiergegen zu Recht *Bosch* (Anm. 15), S. 95 f.

⁹¹ EGMR, Urt. v. 17.12.1996, Az.: 19187/91 – Saunders/United Kingdom, Rdn. 68; aus britischer Sicht *Ashworth*, Human Rights, Serious Crime and Criminal Procedure, 2002, S. 18.

⁹² VerfGH, Slg. 11829/1988; *Grabenwarter*, in: *Leitner* (Hrsg.), Finanzstrafrecht 1996–2002, 2006, S. 583, 592.

⁹³ „In Strafsachen gilt der Anklageprozeß.“

a) Der nemo tenetur-Grundsatz als Gewährleistung in der Dimension „Eingriffsrechtfertigung durch Verfahren“

Der nemo tenetur-Grundsatz stellt seiner historischen Herkunft nach eine Norm mit strafprozessualen Inhalt dar: Der Beschuldigte wird von der Vernehmung als Zeuge (gegen sich selbst) ausgenommen, indem die Strafprozessordnung ihm keine Aussageverpflichtung auferlegt⁹⁴. Als Rechtssatz des Prozessrechts formuliert „nemo tenetur“ im einfachen Recht eine normative Anforderung an das Strafverfahren; er normiert eine Bedingung (verfahrens-)rechtmäßiger Strafverhängung.

Wird der nemo tenetur-Grundsatz nun als Verfassungsrechtssatz anerkannt, also gleichsam „normhierarchisch hochgezont“, so wird dieser Verfahrensrechtssatz dadurch nicht automatisch zum materiellen Grundrecht. Eine Änderung des Regelungsgegenstandes und der Wirkungsrichtung hin zu einem materiellen Abwehrrecht wäre begründungsbedürftig. Bei unbefangener Betrachtung ändert sich lediglich der Rang der Rechtsnorm⁹⁵. Mit der Anerkennung als Verfassungsrechtssatz – gleich, welche Normen als Argumente für die Anerkennung als Verfassungsrechtssatz herangezogen werden – erfolgt zunächst nichts anderes als die Festschreibung der einfachgesetzlichen Regelung mit Verfassungskraft: Die Selbstbelastungsfreiheit kann nicht mehr durch den einfachen Gesetzgeber aufgehoben werden und Verstöße gegen den nemo tenetur-Grundsatz stellen Verfassungsverstöße dar. Sein Regelungsgegenstand und seine systematische Wirkungsrichtung – als normative verfahrensbezogene Vorgabe für die Verhängung von Strafe – bleiben unberührt; er bleibt ungeachtet der Erhebung in Verfassungsrang ein Rechtssatz des Prozessrechts⁹⁶.

Denkt man dies konsequent fort, so sollte der nemo tenetur-Grundsatz grundrechtssystematisch nicht in die materiellen Grundrechte eingereiht werden. Wie er auf einfachgesetzlicher Ebene eine Bedingung verfahrensrechtlich-mäßiger Strafverhängung ist, bildet er auch auf Verfassungsebene eine „Grenze des Strafens unter dem Grundgesetz“. Er statuiert – vergleichbar dem Schuldgrundsatz oder dem Rückwirkungsverbot – eine Anforderung, die gewahrt sein muss, damit der „Grundrechtseingriff Strafe“ verfassungsgemäß ist. Der nemo tenetur-Grundsatz

⁹⁴ Außerdem findet er Ausdruck in § 136 a StPO, der bestimmte Vernehmungsmethoden verbietet.

⁹⁵ Ähnlich schon Rieß, StraFo 1995, 94, 95 f.

⁹⁶ Vgl. für das Recht auf rechtliches Gehör, Art. 103 Abs. 1 GG: BVerfGE 70, 180, 188: „[...] Grundsatz des rechtlichen Gehörs als grundsätzlich unabdingbare[s] objektivrechtliche[s] Prinzip für ein gerichtliches Verfahren und [...] prozessuale[s] Urrecht des Menschen [...]“; 107, 395, 408: „nicht nur ein „prozessuales Urrecht des Menschen, sondern auch ein objektivrechtliches Verfahrensprinzip, [...]“.

fungiert insoweit grundrechtssystematisch als Schranken-Schranke⁹⁷ derjenigen materiellen Abwehrgrundrechte, in die durch die Bestrafung eingegriffen wird⁹⁸. Er ist der Grundrechtsdimension der *Eingriffsrechtfertigung durch Verfahren* zuzuordnen. Seine Wahrung dient der Legitimation des Grundrechtseingriffs Strafe. Dies bedeutet: Die Problematik eines Zwangs zur Selbstbelastung liegt nicht darin, dass der Beschuldigte gezwungen wird, eigene strafbare Handlungen einzuräumen. Der eigentliche Eingriff in die Rechte des Beschuldigten liegt darin, dass er auf dieser Aussage beruhend verurteilt und bestraft wird. Dies kommt darin zum Ausdruck, dass das Bundesverfassungsgericht die Verurteilung als solche, die unter Verstoß gegen den *nemo tenetur*-Grundsatz ergangen ist, als verfassungswidrig ansieht⁹⁹, so dass der Beschwerdeführer deshalb in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht – dem Grundrecht, in das durch die Strafe eingegriffen wird – verletzt ist.

b) Der *nemo tenetur*-Grundsatz als Verteidigungsrecht des Beschuldigten in Abgrenzung zu einem allgemeinen materiellen Abwehrgrundrecht

Die Vorgaben des Grundgesetzes, die für den Strafprozess relevant sind, erschöpfen sich nicht in den soeben erörterten Regelungen, die der *Rechtfertigung* des Strafeingriffs *durch Verfahren* dienen. Restriktionen unterliegt das Strafverfahren darüber hinaus auch aus ganz anderer Richtung: Namentlich die materiellen Grundrechte fungieren als Abwehrrechte, die gegenüber (einzelnen) *Eingriffen durch das Strafverfahren* (respektive Eingriffen zu Zwecken des Strafverfahrens) schützen¹⁰⁰. Klassisch ist hier der Schutz gegen strafprozessuale Zwangsmaßnahmen, etwa gegen Dursuchungen oder gegen körperliche Untersuchungen. Als

⁹⁷ Das heißt, er bestimmt eine Bedingung, nur unter deren Wahrung sich der eigentliche Grundrechtseingriff, nämlich die Bestrafung, als verfassungsgemäß erweist.

⁹⁸ Grundlegend schon *Appel* (Anm. 50), der in seinen Beispielen allerdings lediglich materiell-strafbezogene Gewährleistungen (S. 560 ff.) nennt, nicht aber strafverfahrensbezogene Garantien; letztere aber einbeziehend wohl *Möstl*, in: *Isensee/Kirchhof* (Anm. 40), § 179 Rdn. 19 bei Fn. 99 u. 102 – Vgl. mit Blick auf den Schuldgrundsatz *Brüning*, in: *Stern/Becker* (Anm. 50), Art. 103 Rdn. 9; *Schmahl*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf*, Grundgesetz, 13. Aufl., 2014, Art. 103 Rdn. 1; *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier*, Grundgesetz (Anm. 66), Art. 103 II Rdn. 15 (Gesetzlichkeitsprinzip), Art. 103 III Rdn. 14 (ne bis in idem); *Lindner*, Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, S. 287, Fn. 228. Ebenso wie die übrigen Gewährleistungen gegen die Strafgewalt fungiert „*nemo tenetur*“ zumindest *auch* als Schranken-Schranke, womit nicht ausgeschlossen ist, dass die Verletzung verfahrensbezogener Normen *auch* einen eigenständigen Verfassungsverstoß darstellt. Innerhalb der großen Debatte zum Parallelproblem des Eigenwerts und dienenden Charakters des Prozessrechts erweist sich der „zumindest *auch* dienende Charakter“ als weitestgehend konsentiert.

⁹⁹ BVerfGE 38, 105, 111; BVerfG, Beschl. v. 25.08.2014, Az.: 2 BvR 2048/13, Rdn. 18.

¹⁰⁰ Vgl. dazu und zum Folgenden *Möstl*, in: *Isensee/Kirchhof* (Anm. 40), § 179 Rdn. 30 ff., insb. Rdn. 32, 72.

Grundrechte, die diesen Maßnahmen im Strafverfahren verfassungsrechtliche Grenzen setzen¹⁰¹, fungieren insbesondere das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung, Art. 13 GG, und auf körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, sowie das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG, und nicht zuletzt die Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG, soweit der Kernbereich privater Lebensgestaltung betroffen ist.

Entgegen einer verbreiteten Auffassung, die den *nemo tenetur*-Grundsatz auf die Unzumutbarkeit des inneren Zwiespalts zwischen Selbsterhaltungstrieb und Wahrheitspflicht zurückführt, kann der *nemo tenetur*-Grundsatz nicht in diese materiellen Abwehrrechte¹⁰² eingereiht werden. Bei all diesen Grundrechten geht es – systematisch – nicht um Maßgaben, die die Eingriffsrechtfertigung des Grundrechtseingriffs „Strafe“ durch Verfahren betreffen, sondern um Abwehrrechte gegen (selbständige) Grundrechtseingriffe im Rahmen des Strafverfahrens. Diese Grundrechte sind nicht Schranken-Schranken des Grundrechtseingriffs der Bestrafung. Ihr Bezug, den sie zum Strafverfahren aufweisen, ist also distanzierter als der der strafverfahrensbezogenen Verfassungsgewährleistungen. Der Berührungspunkt dieser materiellen Grundrechte mit dem Strafverfahren besteht lediglich darin, dass der (legitime) Zweck, dem die Grundrechtseingriffe dienen, in der Durchführung und Förderung des Strafverfahrens liegen kann. Regelmäßig erfolgen solche Grundrechtseingriffe zur Beweiserhebung.

Kennzeichnend für die Wirkungsrichtung der materiellen Grundrechte ist, dass sie *nicht spezifisch strafgewaltbezogen* sind und nicht zur Legitimation der Bestrafung dienen. Vielmehr wirken die Grundrechte hier in ihrer primären und klassischen materiell-abwehrrechtlichen Dimension gegen staatliche Eingriffe. Sie richten sich gegen jedwede staatliche Eingriffe, *auch* – aber eben nicht nur – gegen solche, die zum Zweck der Förderung eines Strafverfahrens erfolgen. Diese Grundrechte stehen *auch* dem Beschuldigten zu. Es geht hier regelmäßig¹⁰³ um das Verhältnis des Staates zu einem Inhaber eines Beweisgegenstandes (Prozessobjekten), während die strafverfahrensbezogenen Verfassungsgewährleistungen – die Verteidigungsrechte – die Stellung des Staates zum Beschuldigten als Verfahrenssubjekt betreffen. Für materielle Grundrechte ist charakteristisch, dass sie *nicht spezifisch dem Beschuldigten, sondern grundsätzlich jedem* (und insoweit auch dem Beschuldigten) *zustehen*.

¹⁰¹ Vgl. hierzu *Rieß*, *StraFo* 1995, 94, 96.

¹⁰² Vgl. zu diesen *Niemöller/Schuppert*, *AöR* 107 (1982), S. 387, 408; *Rieß*, *StraFo* 1995, 94, 96 bei Fn. 22; *Tiedemann*, *Verfassungsrecht und Strafrecht*, 1991, S. 61 ff.

¹⁰³ Eine Ausnahme bildet die Untersuchungshaft, die sich gegen einen Beschuldigten richtet, ihn aber gerade als Unschuldigen in Anspruch nimmt.

Der *nemo tenetur*-Grundsatz kennzeichnet nicht einen solchen generellen Schutzbereich eines Selbstbegünstigungstrieb, der vor allen staatlichen Eingriffen, *auch* strafprozessbezogenen, schützen würde. Der *nemo tenetur*-Grundsatz schützt (sachlich) nur im Hinblick auf „Strafe“ (dazu sogleich c). Er steht nicht jedermann, sondern nur dem Strafprozesssubjekt, dem (ggf. künftig) Beschuldigten als solchem zu. Dies stützt die Einordnung des *nemo tenetur*-Grundsatzes als strafprozessbezogene Verfassungsgarantie und spricht gegen seine Einreihung in die materiellen Grundrechte.

c) Sachlicher Schutzbereich: Strafrechtsspezifischer Rollenkonflikt, nicht Gewissenskonflikt infolge menschlichen Selbsterhaltungstrieb

An den beschriebenen unmittelbaren Zusammenhang zwischen dem *nemo tenetur*-Grundsatz und dem Strafverfahren knüpft ein weiteres Argument für eine prozessuale Fundierung dieses Grundsatzes an: die spezifische Begrenzung des *nemo tenetur*-Grundsatzes auf den Sachbereich der Verhängung von „Strafen“¹⁰⁴. „*Nemo tenetur*“ gilt nicht, wo dem Aussagepflichtigen nicht-strafrechtliche Übel drohen, selbst wenn diese im konkreten Fall schwerwiegendere Nachteile als eine Kriminalstrafe mit sich bringen¹⁰⁵. Beispielsweise entbindet „*nemo tenetur*“ nicht von Mitwirkungspflichten im Hinblick auf existenzvernichtende Gewerbeentzessionsentziehungen oder aufenthaltsrechtliche Abschiebungen. Mit einer materiellrechtlichen Fundierung, gestützt auf einen menschenwürdevidrigen inneren Zwiespalt, sich entgegen einem Selbsterhaltungstrieb selbst belasten zu müssen¹⁰⁶, passt diese spezifische Begrenzung auf das Strafrecht nicht zusammen¹⁰⁷. Ginge es um den Selbsterhaltungstrieb, so müsste die Schwere eines drohenden Übels und nicht sein Strafcharakter entscheidend sein.

Nun könnte darauf ausgewichen werden, die Unzumutbarkeit der Mitwirkung an eigener strafrechtlicher Sanktionierung gerade darin zu sehen, an dem sozialetischen Unwerturteil über die eigene Person, das die Kriminalstrafe kennzeichnen soll¹⁰⁸, mitzuwirken. Jedoch darf nicht verkannt werden, dass es

104 Dieser Strafbegriff umfasst über das Kriminalstrafrecht hinaus auch die ordnungswidrigkeitenrechtliche Ahndung, wirft aber für sonstige Sanktionen schwierige Abgrenzungsfragen auf; vgl. dazu auch *Christoph Dannecker*, JZ 2013, 924, 927 ff.

105 Allgemeine Meinung, von *Freier*, ZStW 122 (2010), S. 117, 129.

106 Vgl. insbes. BVerfGE 38, 105, 114 f.; 56, 37, 41 f.; 95, 220, 241.

107 Vgl. von *Freier*, ZStW 122 (2010), S. 117, 129; *Schneider* (Anm. 15), S. 48; vgl. auch *Wolff* (Anm. 15), S. 46 f.

108 BVerfGE 25, 269, 286 – Der ordnungswidrigkeitenrechtlichen Ahndung soll es demgegenüber am Ernst staatlichen Strafens fehlen, BVerfGE 9, 167, 171. Zur durchgreifenden Kritik an diesem

auf dieses sozialetische Unwerturteil gerade nicht ankommt und der nemo tenetur-Grundsatz auch für Ordnungswidrigkeiten gilt¹⁰⁹, denen dieses gerade fehlt.

Auch auf die Ehrenrührigkeit des Einräumens eigener Schuld kann es nicht entscheidend ankommen, denn dort, wo keine Gefahr der Verwertung einer erzwungenen Aussage zur eigenen Strafverfolgung (mehr) besteht, etwa wegen eines rechtskräftigen Freispruchs oder eingetretener Verjährung, gilt der nemo tenetur-Grundsatz gerade nicht¹¹⁰. Dies zeigt, dass der Geltungsbereich der Selbstbelastungsfreiheit unmittelbar mit der drohenden Bestrafung verbunden ist. Diese Begrenzung des sachlichen Anwendungsbereich auf „Strafe“ lässt sich auf der Basis einer materiellen Fundierung schwerlich erklären¹¹¹, wohl aber auf der Grundlage einer Einordnung von „nemo tenetur“ als strafprozessuale Gewährleistung, als eine Grenze der Strafgewalt unter dem Grundgesetz, die eine besonders strikte „schützende Form“ bei der Verhängung der in besonderer Weise bedrohlichen repressiven Sanktionen darstellt.

Im Übrigen kann nicht eingewandt werden, der nemo tenetur-Grundsatz gelte insoweit auch außerhalb des Strafprozesses, als er schon im Vorfeld eines Strafprozesses bei Selbstbelastungsgefahr eingreift. Dieser Einwand schließt die prozessuale Fundierung nicht aus, und auch der eher verunklarenden Rede von einer „Vorwirkung“¹¹² des nemo tenetur-Grundsatzes bedarf es insoweit nicht: Bei einem prozessual fundierten nemo tenetur-Grundsatz, der die Rolle des Beschuldigten als Strafprozesssubjekt und die staatliche Beweisführungslast betrifft, wird dieser Grundsatz nicht durch eine (ggf. vor dem Strafverfahren ansetzende) Aussagepflicht als solche tangiert. Den Bezugspunkt zum Strafprozess bildet stets (erst) die Verwertung, bzw. Verwertbarkeit der erzwungenen Aussage im Strafprozess. Erst hierdurch wird die Rolle des Beschuldigten als Prozesssubjekt desavouiert¹¹³. Eine vorprozessuale Aussagepflicht, deren Ergebnisse, aus welchen Gründen auch immer, nicht im Strafprozess verwertet wer-

Kriterium *Achenbach*, GA 2008, 1, 1ff.; *Appel* (Anm. 50), S. 220ff., 468ff., 482ff.; *Böse* (Anm. 4), S. 189f.; *Roxin*, Festschrift für Volk, 2009, S. 601, 603ff.

109 Ganz h. M. BVerfGE 55, 154, 150 f.

110 Dies setzt das BVerfG, Beschl. v. 06.02.2002 – 2 BvR 1249/01, NJW 2002, 1411, 1412, voraus, wenn dort ein Schweigerecht nur bei drohender Verfolgung wegen nicht vom Strafklageverbrauch umfasster Taten vorgesehen wird.

111 Vgl. aber von *Freier*, ZStW 122 (2010), S. 117, 129, der insoweit eine Herleitung aus dem Schuldgrundsatz aktiviert (S. 136 ff.).

112 Vgl. statt vieler die Überschrift bei *Esser*, in: *Löwe/Rosenberg*, StPO, Bd. 11, 26. Aufl. 2012, Art. 6 EMRK Rdn. 903, auf die in der Sache freilich völlig zutreffende Ausführungen folgen.

113 Vgl. oben III. 1.

den können, verletzt, so auch die ganz herrschende Meinung, den *nemo tenetur*-Grundsatz nicht¹¹⁴.

Der Geltungsbereich des *nemo tenetur*-Grundsatzes ist also unmittelbar mit der drohenden Bestrafung verbunden. Dieser Grundsatz begrenzt damit nicht primär einen unzumutbaren Zwang, sondern beschreibt eine normative prozessbezogene Anforderung, unter deren Beachtung Strafe nur verhängt werden darf.

d) Beweisverwertungsverbot als Konsequenz einer prozessualen Einordnung des *nemo tenetur*-Grundsatzes

Die Einordnung von „*nemo tenetur*“ als prozessuale Gewährleistung gegen die Strafgewalt und nicht als materielles Grundrecht erscheint auch im Hinblick auf die Dogmatik der Beweisverwertungsverbote konsequent: Die Verletzung materieller Grundrechte – etwa eine Art. 13 GG verletzende Wohnungsdurchsuchung – zieht nicht unmittelbar die Verfassungswidrigkeit der Verurteilung nach sich, auch wenn sie auf grundrechtswidrig erhobenen Beweisergebnissen beruht¹¹⁵. Auf einfachgesetzlicher Ebene führt nicht jede rechtswidrige Beweiserhebung zu einem Beweisverwertungsverbot. Gleiches gilt für die verfassungsrechtlichen Beweisverwertungsverbote¹¹⁶.

Im Bereich des *nemo tenetur*-Grundsatzes gilt demgegenüber ein Junktim verfassungswidriger Beweiserhebung und eines verfassungskräftigen Verbots der Verwertung solcher Aussagen¹¹⁷. Wurde der Beschuldigte zur Selbstbelastung gezwungen, stellt dies nicht nur eine (selbständige) Verletzung des *nemo tenetur*-Grundsatzes dar. Vielmehr ist auch die Verurteilung, die auf einer entsprechend gewonnenen Aussage beruht, selbst verfassungswidrig und greift in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Verurteilten und ggf. weitere Grundrechte ein¹¹⁸. Diese Rechtsfolge entspricht der Einordnung des *nemo tenetur*-

114 Enger noch BVerfGE 56, 37, 52ff. – Sondervotum *Heußner*, der darüber hinaus ein Verwendungsverbot fordert.

115 BVerfGE 77, 65, 76; 80, 367, 375f.; kritisch hierzu *Hermes*, in: *Dreier*, Grundgesetz (Anm. 12), Art. 13 Rdn. 42.

116 Bemerkenswert ist auch die größtmögliche Zurückhaltung, die der EGMR insoweit übt, EGMR, Urt. v. 25.02.1993, Az.: 12661/87 – *Mialhe/France*, Rdn. 7–24, 41–45; insoweit ablehnend *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002, S. 122f.

117 BVerfGE 56, 37, 50f.; BVerfG, Beschl. v. 09.05.2004, Az.: 2 BvR 480/04, HRRS 2004 Nr. 545; BVerfG, Beschl. v. 15.10.2004, Az.: 2 BvR 1316/04, NJW 2005, 352, 353.

118 Im Fall einer Freiheitsstrafe das Recht auf Freiheit der Person, im Fall einer Geldstrafe die allgemeine Handlungsfreiheit; vgl. oben bei Anm. 97.

Grundsatzes als Schranken-Schranke des Grundrechtseingriffs Strafe, also als prozessuale Anforderung an die Verhängung des Grundrechtseingriffs „Strafe“.

e) Anklänge einer prozessualen Fundierung des nemo tenetur-Grundsatzes in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Auch in der Rechtsprechung klingt eine prozessuale Fundierung des nemo tenetur-Grundsatzes mitunter an. Dies beginnt mit der Bezeichnung des nemo tenetur-Grundsatzes als rechtsstaatlicher Grundsatz bzw. als „im Rechtsstaatsprinzip verankerter“ Grundsatz¹¹⁹ und findet in der soeben genannten Rechtsprechung Niederschlag, dass im Fall einer Verletzung des nemo tenetur-Grundsatzes stets die darauf beruhende Verurteilung selbst verfassungswidrig ist und den Verurteilten in dessen Grundrechten verletzt.

Besonderen Niederschlag findet die prozessuale Fundierung schließlich darin, dass das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf erzwingbare¹²⁰ Aufzeichnungs- und Herausgabepflichten, die nicht dem Zweck der Strafverfolgung dienen, sondern außerstrafrechtliche Zielsetzungen verfolgen (wirtschaftsrechtliche Aufzeichnungspflichten), ausführt, dass derartige „gesetzliche Aufzeichnungs- und Vorlagepflichten den Kernbereich der grundgesetzlichen Selbstbelastungsfreiheit auch dann nicht [betreffen], wenn die zu erstellenden oder vorzulegenden Unterlagen auch zur Ahndung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten verwendet werden dürfen“¹²¹. Die Differenzierung des Bundesverfassungsgerichts zwischen Auskunftspflichten und gesetzlichen Aufzeichnungspflichten zu außerstrafrechtlichen Zwecken erweist sich aus Sicht einer materiellen Fundierung des nemo tenetur-Grundsatzes als systemfremd: Wenn es um den inneren Konflikt zwischen Mitwirkungspflicht und menschlichem Selbsterhaltungstrieb ginge, wäre es völlig irrelevant, aus welchen Gründen eine Pflicht, deren Erfüllung Selbstbelastungsgefahr birgt, existiert und ob die Selbstbelastung durch kommunikative Mitwirkung oder durch schriftliche Dokumentation erfolgt¹²². Diese Rechtsprechung legt unausgesprochen und zutreffend zu Grunde, dass das pro-

119 Siehe hierzu Anm. 21 und 22.

120 Das Bestehen einer nicht erzwingbaren Auskunftspflicht soll demgegenüber für ein Eingreifen des nemo tenetur-Grundsatzes mangels Zwangslage nicht genügen, BVerfG, Beschl. v. 15.10.2004, Az.: 1316/04, NJW 2005, 352, 353, unter Berufung auf BVerfG, Beschl. v. 07.07.1995, Az.: 2 BvR 1778/94, NStZ 1995, 599, 599 f.

121 BVerfG, Beschl. v. 27.04.2010, Az.: 2 BvL 13/07, wistra 2010, 341, 344 Rdn. 56.

122 Ausführlich dazu *Christoph Dannecker*, ZStW 127 (2015), Heft 4, I. 3. c.

zessuale Schweigerecht des Beschuldigten, nicht hingegen die allgemeine Selbstbelastungsfreiheit die Mitte des nemo tenetur-Grundsatzes bildet¹²³.

f) Ergänzung des engen prozessual fundierten nemo tenetur-Grundsatzes um eine „Nachsicht gegenüber menschlicher Schwäche“

Vorstehend wurde die prozessuale Fundierung des nemo tenetur-Grundsatzes hervorgehoben und gezeigt, dass eine solche Einordnung zu konsistenten Ergebnissen führt. Auch auf Grundlage einer solchen prozessualen Fundierung kann allerdings keine umfassende und vollständige Deduktion aller Gewährleistungsgelände geleistet werden, die dem nemo tenetur-Grundsatz zugesprochen werden. Doch ist dies auch nicht überraschend, ist doch das heutige Verständnis des nemo tenetur-Grundsatzes Ergebnis einer langen historischen Entwicklung, die sich in einem politischen Ringen und nicht am Reißbrett der Strafprozessrechtssystematik vollzogen hat.

Dies gilt in mehrerlei Sachbereichen: So liegt es auf der Basis eines prozessual fundierten nemo tenetur-Grundsatzes nahe, nur die Aussagefreiheit, nicht aber die allgemeine Mitwirkungsfreiheit an der eigenen Strafverfolgung als verbürgt anzusehen, wenn auch dieser Schluss keineswegs zwingend mit einer prozessualen Konzeption verbunden ist. Hierauf wird andernorts ausführlich eingegangen¹²⁴. Nimmt man eine solche Begrenzung vor, so verbleibt Raum, um die prozessuale Aussagefreiheit durch eine materiell fundierte Selbstbelastungsfreiheit „aufzufüllen“.

Über die prozessual fundierten Gehalte hinaus – das Verbot der Desavouierung der Rolle als Prozesssubjekt, das seine Mitte im Schweigerecht findet – findet sich in der deutschen Rechtsordnung eine Tradition der Nachsicht gegenüber der menschlichen Tendenz zur Selbsterhaltung¹²⁵. Es hat sich die Überzeugung etabliert, dass es unzumutbar sei, an der eigenen Bestrafung mitzuwirken. Dies zielt auf eine allgemeine Selbstbelastungsfreiheit. Es wird nach überwiegender Auffassung eine über kommunikative Aussagefreiheit hinausreichende, eine allgemeine Mitwirkungsfreiheit angenommen¹²⁶. Ob diese Nachsicht gegenüber der menschlichen Selbsterhaltungstendenz auch durch die Menschenwürde oder

¹²³ Vgl. dazu *Christoph Dannecker*, ZStW 127 (2015), Heft 4, I. 3. c.

¹²⁴ Hierzu *Christoph Dannecker*, ZStW 127 (2015), Heft 4, I. 3. c.

¹²⁵ Vgl. schon *Schneider* (Anm. 15), S. 48 f.

¹²⁶ Jedwede Pflicht zur aktiven Mitwirkung an eigener Strafverfolgung sei verboten; BGH, Urt. v. 25.06.1970 – Az.: 4 StR 109/70, NJW 1981, 1431, 1433; *Reiß* (Anm. 33), S. 176; *Bosch* (Anm. 15), S. 277 ff. Vgl. nun aber uneindeutig und ohne nähere Begründung BVerfG, Beschl. v. 27.04.2010 – 2 BvL 13/07, wistra 2010, 341, 344 Rdn. 56.

sonst mit Verfassungsrang geboten ist oder ob vom Einzelnen doch verlangt werden kann, dass er vollverantwortlich für sein Verhalten einsteht, kann für den vorliegenden Beitrag dahinstehen. Die eigentlich entscheidende Erkenntnis ist, dass die prozessual fundierte Aussagefreiheit unabhängig von allen etwaigen ergänzenden Gehalten prozessual fundiert bleibt, auch wenn sie durch materielle Gewährleistungsgehalte aufgefüllt wird. Entgegen dem Anschein, den die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mit der Reproduktion von Art. 1 Abs. 1 GG enthaltenden Herleitungszitaten erweckt, verbürgt die prozessuale Fundierung den zentralen Gehalt des nemo tenetur-Grundsatzes. Wenn auch der Gedanke der Unzumutbarkeit bzw. eine materielle Fundierung eine allgemeine Selbstbelastungsfreiheit bewirken mag, die über ein prozessuales „nemo tenetur“ hinausgeht, vermag die Anerkennung auch dieser breiteren Schutzgehalte nicht den Schluss zu tragen, dass der Kernbereich des nemo tenetur-Grundsatzes in dessen Menschenwürdebezügeln läge.

Eine vergleichbare Ergänzung kommt in Betracht, wenn im Bereich des materiellen Strafrechts die Selbstbefreiung eines Gefangenen von der Strafbarkeit nach § 120 StGB ausgenommen ist, wenn die Aussagedelikte vor Gericht nicht für den Angeklagten gelten und dies als verfassungsgeboden angesehen wird oder wenn der nemo tenetur-Grundsatz gegen eine Strafbarkeit bestimmter Konstellationen der Fahrerflucht nach § 142 StGB in Ansatz gebracht wird¹²⁷. In all diesen Konstellationen geht es nicht um die Rolle des Beschuldigten im Strafprozess. Hier zeigt sich vielmehr die beschriebene Nachsicht gegenüber dem menschlichen Selbsterhaltungstrieb.

Ähnliches gilt für die Zeugnisverweigerungsrechte der Verwandten eines Beschuldigten. Sieht man diese als verfassungsgeboden an, dann sind sie nur mit einer staatlichen Rücksichtnahme auf die Unzumutbarkeit einer Belastung naher Angehöriger zu begründen und dienen damit dem Schutz familiärer Beziehungen¹²⁸. Auch sie sind materiell fundiert; es geht um den Schutz der Ehefrau in ihrem infolge der Ehe schutzwürdigen Wunsch, ihren Mann nicht zu belasten. Die materiellen Gedanken, die in diesen Bereichen aktiviert werden, stellen die prozessuale Fundierung der Aussagefreiheit nicht in Frage.

¹²⁷ So etwa *Dietrich*, § 142 n. F. StGB und das Verbot zwangsweiser Selbstbelastung, 1998, S. 128; *Geppert*, in: LK (Anm. 63), § 142 Rdn. 64 a. E.; *Schneider* (Anm. 15), S. 150 f.

¹²⁸ Die h. M. ordnet sie mit Recht nicht dem nemo tenetur-Grundsatz zu, *Bosch* (Anm. 15), S. 120; *Verrel*, Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren, 2001, S. 273 ff. jeweils m. w. N.; a. A. *Rogall* (Anm. 15), S. 150 f.

IV. Die Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes als prozessuale Gewährleistung bei der kartellordnungswidrigkeitenrechtlichen Ahndung juristischer Personen

Erkennt man die prozessuale Fundierung des nemo tenetur-Grundsatzes an und nimmt diese ernst, so hat dies Konsequenzen für die Geltung für juristische Personen.

Das Bundesverfassungsgericht und die herrschende Meinung gehen davon aus, dass das rechtliche Gehör und das Recht auf den gesetzlichen Richter – beides Prototypen justizieller Gewährleistungen – für sämtliche juristische Personen gelten; auch für ausländische juristische Personen und für juristische Personen des öffentlichen Rechts¹²⁹. Dies wäre auf der Basis von Art. 19 Abs. 3 GG, der nur inländischen¹³⁰ juristischen Personen Grundrechte verleiht, nicht erklärbar. Was im Einzelnen den Grund für diese personell umfassende Geltung justizieller Grundrechte bildet, ist nicht abschließend geklärt. Das Bundesverfassungsgericht hat insbesondere darauf abgestellt, dass die Prozessgrundrechte nicht nur Grundrechte, sondern zugleich rechtsstaatliche Grundsätze seien¹³¹. Hiergegen wurde eingewandt, dass diese Argumentation streng genommen nur die Geltung dieser Garantien als Rechtssätze des objektiven Rechts, nicht aber auch als subjektive Grundrechte unabhängig von Art. 19 Abs. 3 GG rechtfertigen könne¹³².

Letztlich dürften es komplexere Gründe sein, auf denen die Geltung justizieller Rechte für sämtliche Rechtssubjekte beruht, die an dieser Stelle nur angedeutet werden können: Erstens dürfte dies auf der systematischen Wirkung (zumindest auch) als Schranken-Schranke beruhen. Soweit diese Garantien als

129 BVerfGE 3, 359, 363; 6, 45, 49f.; 12, 6, 8; 13, 132, 139f.; 18, 441, 447; 21, 362, 373; vgl. hierzu statt vieler *Dreier*, in: *ders.*, Grundgesetz (Anm. 12), Art. 19 III Rdn. 40 m. w. N.

130 Auch juristischen Personen mit Sitz im EU-Gebiet kommen die Grundrechte zu; BVerfGE 129, 78, 94 ff., 99 f.; zur Zustimmung im Schrifttum sowie unterschiedlichen dogmatischen Begründungen *Dreier*, in: *ders.*, Grundgesetz (Anm. 12), Art. 19 III Rdn. 83 ff.

131 BVerfGE 12, 6, 8; 21, 362, 373; 61, 82, 104; vgl. aber auch BVerfGE 9, 89, 95 unter Verweis auf die Bedeutung der Prozessgrundrechte als Voraussetzung einer richtigen Entscheidung.

132 Vgl. *Quaritsch*, Der grundrechtliche Status der Ausländer, in: *Iseensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 2. Aufl. 2000, § 120 Rdn. 42 ff. Auch dass es sich um Grundrechte außerhalb des Grundrechtskatalogs der Art. 1 bis 19 GG (hierfür *Quaritsch*, a. a. O.) handelt, erscheint nicht tragfähig, zumal auch im Bereich der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG Anomalien zu verzeichnen sind, vgl. dazu *Dreier*, in: *ders.*, Grundgesetz (Anm. 12), Art. 19 IV Rdn. 41, 43; *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier*, Grundgesetz (Anm. 12), Art. 19 IV Rdn. 82 f., jeweils m. w. N.). Kritisch zum ganzen *Huber*, in: *von Mangoldt/Klein/Starck* (Anm. 15), Art. 19 Rdn. 325.

Schranken-Schranken materieller Grundrechte fungieren, kommt ihnen kein eigenständiger personeller Geltungsbereich gegenüber demjenigen materiellen Grundrecht zu, für dessen Beschränkung sie Maßgaben statuieren. Dies kann anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – der wohl bedeutendsten Schranken-Schranke der deutschen Verfassungsordnung – verdeutlicht werden: Es ist nicht nach dem eigenen personellen Schutzbereich des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu fragen. Vielmehr gilt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz jedenfalls dort, wo in ein Grundrecht in unverhältnismäßiger Weise eingegriffen wird. Wer Träger des Grundrechts ist, in das eingegriffen wird, dem kommt auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zugute. Vergleichbar gelten die Gewährleistungen, die die strafrechtliche Strafgewalt binden, für denjenigen, in dessen materielle Grundrechte die Bestrafung eingreift.

Dieser Grund erklärt noch nicht, dass diese Garantien auch ausländischen juristischen Personen zuzusprechen sind, denn ausländische juristische Personen sind nach herrschender Auffassung nicht Träger der materiellen Abwehrgrundrechte gegen staatliche Strafe (allgemeines Persönlichkeitsrecht, allgemeine Handlungsfreiheit, etc.). Es bedarf also eines weiteren Grundes. Zweitens dürfte die Zuerkennung der die Strafgewalt bindenden Gewährleistungen an alle der Strafgewalt unterworfenen Rechtssubjekte darauf beruhen, dass die straf- und strafverfahrensbezogenen Verfassungsgarantien rechtsstaatliche Überzeugungen zum Ausdruck bringen, wie Strafe unter dem Grundgesetz zu verhängen ist. Sie sind Normen für einen bestimmten Sachbereich; sie bilden das *Strafverfassungsrecht*¹³³. Über den Charakter objektiven Rechts hinaus werden diese Garantien zu subjektiven Verteidigungsrechten und damit als prozessual wehrfähige Rechte anerkannt. Dies ist angesichts der besonderen Gewaltunterworfenheit im Bereich staatlichen Strafens konsequent. Die Erhebung vom bloßen objektiven Rechtssatz zum subjektiven Recht sollte nicht dazu führen, dass sie nun den in Art. 19 Abs. 3 GG genannten Rechtssubjekten vorbehalten werden. Bezogen auf die hier in Rede stehenden Garantien gegen die staatliche Strafgewalt handelt es sich um grundgesetzliche Konkretisierungen, wie rechtsstaatliche Strafverhängung unter dem Grundgesetz auszusehen hat. Sie gelten überall dort, wo „Strafe“ (im Sinne dieser Gewährleistungen) verhängt wird. Sie stehen dann aber auch jedem sanktionsfähigen Rechtssubjekt zu.

Wenn all dies vorliegend auch nicht vertieft werden kann, so ist für den hier zu behandelnden Zusammenhang doch festzuhalten, dass die umfassende Geltung prozessualer Gewährleistungen im Ergebnis weitgehend außer Streit steht.

133 Dieser Begriff ist kaum geläufig, analoge Begriffsbildungen, etwa das Wehrverfassungs- oder das Finanzverfassungsrecht, sind hingegen Allgemeingut.

Dementsprechend ist nun zu fragen, ob die Verhängung von Kartellgeldbußen „Strafe“ im Sinne des *nemo tenetur*-Grundsatzes darstellt. Hieran wird aus Gründen der „Rechtsnatur“ der Unternehmensgeldbuße im Kartellordnungswidrigkeitenrecht gezweifelt (1.); zudem wird erwogen, juristischen Personen einen generell niedrigeren Schutzstandard zuzusprechen (2.). Derartige Überlegungen sind aber fragwürdig. Stattdessen sollte versucht werden, spezifische Bereiche zu konturieren, in denen ein prozessual fundierter *nemo tenetur*-Grundsatz gegenüber dem umfassend anerkannten *nemo tenetur*-Grundsatz natürlicher Personen in inhaltlicher Hinsicht zurückbleiben kann¹³⁴.

1. Kartellordnungswidrigkeitenrechtliche Ahndung juristischer Personen als Strafe im Sinne der Gewährleistungen gegen die Strafgewalt

Die Geltung der Garantien gegen die Strafgewalt auch im Bereich des Kartellordnungswidrigkeitenrechts wird mitunter bezweifelt, weil es sich bei Kartellgeldbußen um eine ordnungswidrigkeitenrechtliche Ahndung und nicht um Kriminalstrafen handelt oder weil kartellrechtliche Sanktionen als wirtschaftsrechtliche Sanktionen *sui generis*¹³⁵ auch auf eine präventive Abschreckung zielen, und zwar dadurch, dass die Verbandsgeldbuße eine gewinnabschöpfende Funktion übernehme¹³⁶.

Dass es sich lediglich um eine ordnungswidrigkeitenrechtliche Ahndung, nicht um Kriminalstrafe handelt, spricht nicht gegen die Geltung des *nemo tenetur*-Grundsatzes. Das Bundesverfassungsgericht hat für natürliche Personen festgestellt, dass der *nemo tenetur*-Grundsatz auch bei der ordnungswidrigkeitenrechtlichen Ahndung gilt¹³⁷. Dass es sich um „bloße“ ordnungswidrigkeitenrechtliche Ahndung ohne sozialetisches oder autoritatives Unwerturteil handele, nämlich eine bloße nachdrückliche Pflichtenmahnung, stellt die Geltung des *nemo tenetur*-Grundsatzes nicht in Frage. Für die ordnungswidrigkeitenrechtliche Ahndung natürlicher Personen anerkennt man derartige Einschränkungen nicht. Nichts anderes kann für diese Frage des sachlichen Schutzbereichs bei

¹³⁴ Hierzu ausführlich *Christoph Dannecker*, ZStW 127 (2015), Heft 4, I.

¹³⁵ Dies wird insbesondere für die europäischen Kartellgeldbußen diskutiert; ausführlich dazu *Schubert* (Anm. 4), S. 76 ff. m. w. N.

¹³⁶ von *Freier*, ZStW 122 (2010), S. 117, 125 m. Anm. 38; siehe dazu aber Anm. 23. *Kluszczewski*, Festschrift für Seebode, 2008, 179, 189 ff.; vgl. auch *Ackermann*, NZKart, 2015, 17, 21 f., der Kartellgeldbußen als nicht-repressive „Maßnahme externer Corporate Governance“ einordnet, weil sie gegenüber direkten Eingriffen in die Unternehmensstruktur ein milderes Mittel darstellten.

¹³⁷ Siehe insb. BVerfGE 55, 144, 150 f.

juristischen Personen gelten. Das zweifelhafte Kriterium des sozialetischen Unwerturteils ist schon nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur für den Strafrichtervorbehalt entscheidend. Für die Garantien gegen die Strafgewalt ist es stets hinreichend, dass die Maßnahme zumindest auch repressiver Natur ist¹³⁸.

Auch der Verweis auf die besondere Funktion kartellordnungswidrigkeitenrechtlicher Ahndung, dass die kartellordnungswidrigkeitenrechtliche Geldbuße präventive und gewinnabschöpfende Zielsetzungen verfolgt, kann sie der Begrenzung der Verteidigungsrechte in keiner Weise entheben. Eine Einordnung heutiger Kartellgeldbußen als *bloße Gewinnabschöpfung*¹³⁹ ist angesichts deren Ahndungsanteils nicht mehr haltbar¹⁴⁰. Wo die Sanktionsbemessung auch auf die Schwere des Verstoßes, also den Unrechtsgehalt, abstellt, wird der (auch) repressive Charakter der Ahndung greifbar¹⁴¹. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Garantien des Grundgesetzes schon dort gelten müssen, wo Sanktionen „auch repressiven“ Charakter haben, dort, wo ein auferlegtes Übel (auch) unter Rückgriff auf den besonderen retributiven Zusammenhang legitimiert wird, dass ein Rechtsverstoß begangen wurde¹⁴². Auch formulierte das Bundesverfassungsgericht unlängst mit bemerkenswerter Selbstverständlichkeit, dass „*auch natürliche Personen nicht anders als juristische Personen oder Personenvereinigungen kartellrechtliche Ordnungswidrigkeiten begehen können [...]*“¹⁴³. Dort hat das Gericht kürzlich wieder die Unschuldsvermutung, Art. 103 Abs. 2 GG sowie den strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz bei Kartellbußen gegen juristische Per-

138 Siehe oben Anm. 76.

139 So aber das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf die ordnungswidrigkeitenrechtliche Ahndung nach § 30 OWiG, BVerfGE 95, 220, 242: „Begeht ein Organwalter unter Verletzung von Pflichten der juristischen Person eine solche Tat, so ist allein er Täter. Gegen die juristische Person kann lediglich gemäß § 30 OWiG eine Geldbuße festgesetzt werden, die aber weder einen Schuldvorwurf noch eine ethische Mißbilligung enthält, sondern einen Ausgleich für die aus der Tat gezogenen Vorteile schaffen soll.“

140 Siehe Anm. 23; vgl. auch *Hassemer/Dallmeyer*, Gesetzliche Orientierung im deutschen Recht der Kartellgeldbußen und das Grundgesetz, 2010, S. 59, die bezweifeln, dass das Bundesverfassungsgericht die Ablehnung der Selbstbelastungsfreiheit heute noch in dieser Konsequenz aufrecht erhalten würde.

141 § 81 Abs. 3 Satz 6 GWB; vgl. *Achenbach*, ZIS 2012, 178, 179 f.; *Möschel*, WuW 2010, 869, 874 f.; *Hassemer/Dallmeyer* (Anm. 140), S. 31 ff.; 59 ff.; im Hinblick auf § 30 OWiG auch außerhalb des Kartellrechts, *Rogall*, Karlsruher Kommentar zum OWiG, 4. Aufl. 2014, § 30 OWiG Rdn. 16 m. w. N.; für europäische Kartellbußen *Böse*, Strafen und Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1996, S. 145 ff.; *Vocke* (Anm. 4), S. 100 ff. m. w. N.

142 Zur Bedenklichkeit der Argumentation mit „auch“ oder „schwerpunktmäßig“ nicht-strafrechtlichen Zwecken *Christoph Dannecker*, JZ 2013, 924, 928 f., 930 mit Fn. 58.

143 BVerfG, Beschl. v. 19.12.2012, Az.: 1 BvL 18/11, NJW 2013, 1418, 1420, Rdn. 49.

sonen für anwendbar erklärt¹⁴⁴. Auch der EGMR hat entschieden, dass sich juristische Personen im Kartellordnungswidrigkeitenverfahren auf die Garantie eines fairen Verfahrens gem. Art. 6 Abs. 1 EMRK berufen können¹⁴⁵, so dass er den sachlichen Schutzbereich der strafbezogenen Garantien für eröffnet hält.

Schließlich ist die Ahndung oder Bestrafung juristischer Personen nicht per se etwas grundlegend anderes als eine Sanktionsverhängung gegen einen Menschen, so dass die Ahndung juristischer Personen schon deshalb den grundgesetzlichen Strafgarantien entzogen wäre. Vielmehr hat der Gesetzgeber Verbände der ordnungswidrigkeitenrechtlichen Ahndung unterstellt und mit dieser Gleichsetzung einen hinreichenden (wohlgemerkt keinen notwendigen) Grund für den Sanktionscharakter der Unternehmensgeldbuße geschaffen.

2. Kein generell reduziertes Schutzniveau bei kartellordnungswidrigkeitenrechtlicher Ahndung oder Betroffenheit juristischer Personen

Die genannten Überlegungen zum Ordnungswidrigkeitenrecht werden verbreitet dafür herangezogen, zumindest eine Absenkung der Schutzstandards für juristische Personen zu fordern. Dass die Herkunft der Gewährleistungen als Rechte des Einzelnen, die historisch im Ringen um einen menschenwürdigen Strafprozess erkämpft wurden, kein überzeugendes Argument für relativierte Schutzstandards bildet, wurde bereits ausgeführt (II. 4.). Auch soweit man Relativierungen des Schutzniveaus mit Blick auf den vermeintlichen Bagatelldarakter von Ordnungswidrigkeiten zulässt¹⁴⁶, verfährt dieser Gedanke für das Kartellordnungswidrigkeitenrecht nicht – die Höhe der verhängten Geldbußen (bis zu 10 % des Jahres-

144 BVerfG Beschl. v. 19.12.2012, Az. 1 BVL 18/11, NJW 2013, 1418, 1424f., Rdn. 90, 92, 95. Es prüfte diese Garantien, wenn diese im Ergebnis auch für nicht verletzt erklärt wurden; so auch *Gaier*, wistra 2014, 161, 163.

145 EGMR, Urt. v. 27.09.2011, Az. 43509/08 – Menarini Diagnostics S.R.L./Italy, Rdn. 45.

146 So möglicherweise im Ansatz der EGMR, Urt. v. 23.11.2006, Az. 73053/01 – Jussila/Finland, Rdn. 43: „Tax surcharges differ from the hard core of criminal law; consequently, the criminal-head guarantees will not necessarily apply with their full stringency (see Bendenoun and Janosevic, § 46 and § 81 respectively, where it was found compatible with Article 6 § 1 for criminal penalties to be imposed, in the first instance, by an administrative or non-judicial body, and, a contrario, Findlay, cited above).“ Bezeichnenderweise beziehen sich die zitierten Vorentscheidungen auf Relativierungen des Richtervorbehalts bzw. der hiermit verbundenen Garantie eines adversarischen Verfahrens, nicht aber auf andere strafrechtliche Garantien. Der Richtervorbehalt begrenzt sich auch nach der in Deutschland vorherrschenden Meinung auf das Kriminalstrafrecht, während die übrigen Garantien auch für Strafen im weiteren Sinne, allen voran für Ordnungswidrigkeiten, gelten.

umsatzes der wirtschaftlichen Einheit) widerlegt das Vorliegen von Bagatellen eindrucksvoll¹⁴⁷. Auch die wirtschaftslenkende und präventive Wirkung des Kartellordnungswidrigkeitenrechts sollte nicht Anlass für Relativierungen des Schutzniveaus bieten. Wollte der Gesetzgeber die Garantien gegen die Strafgewalt vermeiden, müsste er repressive Legitimationsmuster, die die Kartellgeldbuße aufweist, vollständig verlassen. Ein Sanktionsrecht *sui generis* wäre hier durchaus denkbar. Mit einer solchen Konzeption würde aber korrespondieren, dass der Gesetzgeber auf den streng präventiven Legitimationszusammenhang zugreifen müsste und die dann vorgesehenen Maßnahmen konkret geeignet, erforderlich und angemessen sein müssten. Derartige Maßnahmen wären vom sanktionsrechtlichen Denkmuster freizuhalten. Aspekte der Verhaltenssteuerung durch Abschreckung aller Normadressaten (negative Generalprävention) dürften als Reflex solcher Steuerungsmaßnahmen *sui generis* in Kauf genommen werden, nicht aber zur Legitimation herangezogen werden¹⁴⁸.

Eine Absenkung der Schutzintensität des *nemo tenetur*-Grundsatzes begegnet schließlich noch dem Problem, dass reduzierte Schutzniveaus oder eine Abwägungsdogmatik mit der grundsätzlich strikten Geltung von Verfahrensgarantien im Sinne „schützender Formen“ schwerlich vereinbar sind. Eine solche Zumutbarkeitsdogmatik mag im Fall einer materiellen Fundierung des *nemo tenetur*-Grundsatzes, die das Bundesverfassungsgericht in den Vordergrund rückt, eher passen, aber mit der Vorstellung prozessualer Standards, die einander zu einem System schützender Formen im Bereich der besonderen Gefährdungslage staatlichen Strafens ergänzen, ist eine solche Zumutbarkeitsdogmatik nicht kompatibel.

Juristischen Personen sollte daher nicht nur ein abgewogener, quantitativ hinter dem Schutz natürlicher Personen zurückbleibender Kernbereichsschutz oder ein auf Evidenzfälle begrenzter Schutz zugedacht werden. Wenn man sich darauf einlässt, dass es sich bei dem *nemo tenetur*-Grundsatz nicht um eine einheitliche Gewährleistung handelt, die umfassend auch für juristische Personen gilt, sollte versucht werden, die prozessuale Fundierung herauszuarbeiten. Auf diese Weise kann ein prozessual fundierter *nemo tenetur*-Grundsatz konturiert werden, der auch juristischen Personen zugute kommt, anstatt auf eine allgemeine Abwägungsdogmatik auszuweichen.

147 Möschel, WuW 2010, 869, 870: „Etikett der Ordnungswidrigkeit [...] als Lebenslüge“; *Hassmer/Dallmeyer* (Anm. 140), S. 31 ff.; a. A. *Ackermann*, NZKart, 2014, 17, 24: „bilanzielle Delle“.

148 *Christoph Dannecker*, JZ 2013, 924, 929 f. m. w. N.; vgl. auch BVerfGE 110, 1, 19 f.; für den Aspekt der Vergeltung vgl. auch *Sachs*, Ziele eines Unternehmensstrafrechts und die Frage seiner Vereinbarkeit mit dem Verfassungsrecht, in: *Kempff/Lüderssen/Volk* (Anm. 46), S. 195, 202 ff.

3. Zusammenfassung zur Geltung von „nemo tenetur“ im Kartellordnungswidrigkeitenrecht

Soweit die Geltung der grundgesetzlichen Garantien gegen die Strafgewalt für die kartellordnungswidrigkeitenrechtliche Ahndung juristischer Personen abgelehnt oder relativiert wird, wird dies regelmäßig durch die kumulative Heranziehung von Besonderheiten begründet, die, jede für sich, eine Schwächung des Schutzstandards nicht rechtfertigen könnte. Weder die Betroffenheit juristischer Personen noch angebliche Besonderheiten der kartellordnungswidrigkeitenrechtlichen Ahndung rechtfertigen per se abgesenkte Schutzstandards. Auch in Verbindung miteinander rechtfertigen es diese Ansätze nicht, den nemo tenetur-Grundsatz in einer allgemeinen Abwägungs- und Zumutbarkeitsdogmatik aufgehen zu lassen, die seinem Charakter als förmliche Sicherung nicht gerecht wird.

V. Fazit: Die Geltung eines prozessual fundierten nemo tenetur-Grundsatzes für juristische Personen

1. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die implizit eine materiellrechtliche Fundierung von „nemo tenetur“ zu Grunde legt, wird weder der Entwicklung des nemo tenetur-Grundsatzes in der Auseinandersetzung um die Rolle des Beschuldigten im reformierten Strafprozess noch der systematischen Stellung dieses Grundsatzes im Gefüge der Garantien gegen die Strafgewalt gerecht. Darüber hinaus gehen die beiden zentralen Argumente der Leitentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, mit denen die Nichtgeltung von „nemo tenetur“ für juristische Personen begründet wurde, fehl: Die Betonung, Selbstbelastungszwang sei vor allem aus Gründen der Menschenwürde zu gewähren, steht in Spannung zu neueren Urteilen dieses Gerichts, nach denen der nemo tenetur-Grundsatz „im Rechtsstaatsprinzip verankert“ ist; zudem ist die Einordnung von Unternehmensgeldbußen als nicht-repressives Instrument der Vorteilsabschöpfung angesichts der heutigen Gesetzeslage nicht (mehr) haltbar.

2. Die Frage nach der Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes für juristische Personen hängt stattdessen davon ab, ob man ihn als materielles Grundrecht oder als prozessuale Garantie ansieht. Dies ist unabhängig davon zu beantworten, welche Normen des Grundgesetzes zur Herleitung des nemo tenetur-Grundsatzes herangezogen werden.

3. Der nemo tenetur-Grundsatz ist in seinen Zentralgehalten prozessual fundiert, wie dies auch der EGMR seiner Rechtsprechung zutreffend zu Grunde legt. Dieser Grundsatz sichert die Rolle des Beschuldigten als Prozesssubjekt gegen

ihre Desavouierung ab: Müsste der Beschuldigte als aussagepflichtiger „Zeuge gegen sich selbst“ Vorwürfe in tatsächlicher Hinsicht einräumen, so wäre er nicht mehr frei, sich zu verteidigen und den Vorwurf zu bestreiten. Nur eine solche prozessuale Einordnung entspricht der historischen Entwicklung von „nemo tenetur“, seiner systematischen Funktion im Gefüge der grundgesetzlichen Garantien gegen die Strafgewalt, und nur auf diese Weise kann die ausschließliche Bezogenheit von nemo tenetur-Grundsatzes auf „strafrechtliche“ Übel erklärt werden.

4. Allerdings wird die prozessuale Fundierung um materielle Gehalte ergänzt, die einer Rücksichtnahme gegenüber einem allgemeinen Selbsterhaltungstrieb natürlicher Personen geschuldet sind. Die Anerkennung dieser umfassenderen Selbstbelastungsfreiheitsgehalte, die auf dem Gedanken der Unzumutbarkeit eines inneren Zwiespalts des Menschen beruhen, können „nemo tenetur“ im deutschen Recht „abrunden“; ihre Anerkennung (für natürliche Personen) stellt aber den prozessualen Ausgangspunkt von „nemo tenetur“ nicht in Frage.

5. Daher gilt: Bei der Verhängung von kartellordnungswidrigkeitenrechtlichen Sanktionen kommt juristischen Personen entgegen der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts ein prozessual fundierter nemo tenetur-Grundsatz zugute.

6. Damit besteht die Notwendigkeit, Sachbereiche innerhalb des nemo tenetur-Grundsatzes abzuschichten, die prozessual fundiert sind und daher auch für juristische Personen gelten. Sie müssen von den ausschließlich auf Zumutbarkeitserwägungen beruhenden materiellen Gehalten, die juristischen Personen vorenthalten bleiben, abgegrenzt werden. Auf diese Weise ist ein adäquater Schutzzumfang der Selbstbelastungsfreiheit für juristische Personen zu konturieren¹⁴⁹.

Anmerkung: Der Beitrag beruht auf einem Vortrag des Verfassers beim Bundeskartellamt in der 3. Sitzung des Expertenkreises Kartellsanktionenrecht am 24.02.2014. Er umfasst Zwischenergebnisse des an der Universität Würzburg verfolgten Dissertationsvorhabens: „Das System der Verfassungsgarantien gegen die Strafgewalt und ihre Geltung für juristische Personen“.

¹⁴⁹ Dieser Frage geht der Beitrag *Christoph Dannecker*, Konturierung prozessualer Gewährleistungsgehalte des nemo tenetur-Grundsatzes anhand der Rechtsprechung des EGMR, ZStW 127 (2015), Heft 4, nach.