

oraussetzungen für die Annahme eines Anfangsverdachts für eine Geldwäschetat wie folgt beschrieben:

»Dass eine Vortat aus dem Katalog des § 261 Abs. 1 S. 2 StGB begangen wurde, ist ein wesentliches Merkmal der Strafbarkeit der Geldwäsche. In § 261 Abs. 1 und Abs. 2 StGB werden zahlreiche Verhaltensweisen umschrieben, die als Tathandlungen in Betracht kommen. Insbes. der sog. Isolierungstatbestand (§ 261 Abs. 2 StGB) sanktioniert über typische und zentrale Geldwäschehandlungen hinaus das bloße Verschaffen, Verwahren oder Verwenden bemakelter Gegenstände, womit die Strafbarkeit auf Handlungen des täglichen Lebens ausgeweitet wird (vgl. BeckOK-StGB/Ruhmannseder, 42. Edition, Stand: 01.05.2019, § 261 Rn. 5). Erst die Vortat versieht das Geld oder den sonstigen Gegenstand, mit dem der Geldwäschetäter umgeht, mit dem Makel, der einer neutralen, sozialtypischen Handlung wie bspw. einer Geldzahlung das Unwerturteil der Strafbarkeit zuweist (vgl. BVerfG, Beschl. der 3. Kammer des Zweiten Senats v. 04.07.2006 – 2 BvR 950/05 –, Rn. 16 [= StV 2006, 505]).

Nicht ausreichend für die Annahme eines Anfangsverdachts ist es demnach, wenn keine über bloße Vermutungen hinausgehenden tatsächlichen Anhaltspunkte für eine Vortat bestehen. Auch Anhaltspunkte für die Annahme, das betroffene Geld oder der betroffene Vermögensgegenstand rührten aus irgendeiner Straftat her, genügen nicht, um Strafverfolgungsmaßnahmen auszulösen (vgl. LG Marburg, Beschl. v. 15.11.2002 – 4 Qs 136/02, StV 2003, 67 [68]).«

Hier sind nach bald fünf Jahren der Ermittlungen noch immer keine hinreichend konkreten Anhaltspunkte für eine Vortat ersichtlich. Wenn im Rahmen der Begründung für

den angefochtenen Beschl. diesbzgl. lediglich auf die Ergebnisse der Finanzermittlungen sowie auf die Umstände, unter denen die Goldmünzen aufgefunden wurden, verwiesen wird, so ist dies im Hinblick auf die zitierte Rspr. des BVerfG unzureichend. Es reicht hiernach gerade nicht aus, dass – wie im vorliegenden Fall geschehen – pauschal darauf verwiesen wird, dass die 36 Goldmünzen »aus einer oder mehreren noch zu ermittelnden Straftaten i.S.d. § 261 Abs. 1 S. 2 StGB« herrühren. Hierbei handelt es sich um eine bloße Vermutung hinsichtlich des Vorliegens einer derzeit nicht näher spezifizierbaren Straftat.

Es ist bislang noch nicht gelungen, den Geschädigten hinsichtlich der ggf. abhanden gekommenen Goldmünzen zu ermitteln. Daher lässt sich derzeit auch noch nicht im Ansatz bestimmen, welche Art von Straftat als geldwäschetaugliche Vortat hier überhaupt in Betracht kommt.

Es bleibt festzuhalten, dass die mit dem Beschl. angeordneten Maßnahmen – mangels Vorliegens eines die Ermittlungen rechtfertigenden Anfangsverdachts hinsichtlich einer Geldwäschetat durch den Besch. R. – nicht angeordnet werden durften. Insofern ist der Beschl. bereits aus diesem Grund aufzuheben. [...]

Mitgeteilt von RA Armin von Döllen, Bremen.

Anm. d. Red.: Siehe auch BVerfG, 3. Kammer, StV 2020, 729 (in diesem Heft).

Aufsätze

Unternehmen als Beschuldigte – nemo tenetur?

Rechtsanwalt Prof. Dr. Gerson Trüg, Freiburg i.Br.

In einem künftigen Unternehmensstrafverfahren (oder Verbandssanktionsverfahren) ist der strafprozessuale Schutz des Unternehmens von zentraler Bedeutung sowohl – offenkundig – für den Verband selbst, aber auch – vergleichbar gewichtig – für die Strafrechtskultur. Damit sind Verfahrensgrundsätze angesprochen wie die Unschuldsvermutung, der Anspruch auf rechtliches Gehör, das Recht auf einen Verteidiger und auf effektive Verteidigung und auch das Recht, nicht zu den Vorwürfen aussagen zu müssen, sich also schweigend zu verteidigen (*nemo tenetur se ipsum accusare*). In Deutschland lehnt das BVerfG die verfassungsrechtliche Verankerung von *nemo tenetur* für juristische Personen (bisher) ab, hat sich dabei aber mit den aufgeworfenen Fragestellungen nur in knappen Sätzen befasst. Im aktuellen Regierungsentwurf der Bundesregierung zu einem Verbandssanktionengesetz wird diese verfassungsgerichtliche Sichtweise angesprochen, gleichwohl aber einfachgesetz-

lich ein grundsätzliches Schweigerecht für Verbände eingeräumt, das aber durch eine Auskunftspflicht eingeschränkt ist, wenn die Verhängung einer Verbandsgeldsanktion in Betracht kommt, weil der Verband dann auf Verlangen der Strafjustiz Auskunft erteilen muss über seinen Jahresumsatz der letzten drei Geschäftsjahre und entsprechende Unterlagen herauszugeben hat. Der vorliegende Beitrag beleuchtet vor diesem Hintergrund die Geltung und Ausübung von *nemo tenetur* in einem repressiven Sanktionsverfahren (gleich ob Straf-, Ordnungswidrigkeiten- oder Verbandssanktionsverfahren) gegen Unternehmen.¹ Da-

¹ Stark erweiterte und u.a. um den Regierungsentwurf eines Verbandssanktionengesetzes (VerSanG-RegE, Stand: 16.06.2020) aktualisierte Fassung des Vortrags auf dem Symposium Economy, Criminal Law and Ethics – ECLE X im November 2019. Den hiesigen Ausführungen ist ein *Rechtsträgermodell* zugrunde gelegt. Eine weitere Ausdifferenzierung danach, wer neben dem Rechtsträger noch (und darüber hinausgehend) »Unternehmen« sein kann, erfolgt aus Platzgründen nicht.

bei wird zuerst auf die generelle Geltung eingegangen und anschließend werden Überlegungen zur persönlichen Reichweite angestellt.

A. Geltung des *nemo tenetur*-Schutzkonzeptes auch für Unternehmen?

Die grundsätzliche Frage der Geltung des *nemo tenetur*-Grundsatzes, der zu den fundamentalen Garantien eines rechtsstaatlich-liberalen Strafprozessrechtsmodells zählt,² für Verbände³ ist umstritten.⁴ Auch die internationale Betrachtung macht deutlich, dass diese Frage unterschiedlich beantwortet wird.

I. Heterogenes Bild in internationaler Perspektive

1. Schweiz und Österreich

In der Schweiz und in Österreich erstreckt sich das Schutzkonzept von *nemo tenetur* auch auf Unternehmen. Im österreichischen Strafverfahren gegen juristische Personen kann das verbandsbezogene Schweigerecht von sämtlichen Entscheidungsträgern⁵ (und Bezugsmitarbeitern) geltend gemacht werden (§ 17 Abs. 2 östVbV).⁶ In der Schweiz besteht keine Aussagepflicht des (potentiellen) Vertreters des beschuldigten Verbandes (Art. 180, 178 lit. g StPO).⁷

2. USA

Gegenteilig hat der *US Supreme Court* entschieden, Amendment V zur US Constitution (*privilege against self-incrimination*) sei wesensmäßig auf natürliche Personen beschränkt. Die juristische Person als normatives Gebilde unterliege strengerer staatlicher Regulierung.⁸ Dabei folgt das *Gericht* der sog. *collective entity rule*, wonach die Anwendung des *privilege against self-incrimination* auf überindividuelle Verbände ausgeschlossen ist.⁹ Die Argumentation des *Gerichtshofs* verbindet die Frage des Schweigens mit derjenigen der Herausgabe von Unterlagen und erscheint daher bereits im Ansatz wenig stringent:¹⁰ Der Staat müsse prüfen können, ob sich juristische Personen als geschaffene, künstliche Gebilde rechtmäßig verhielten; der Staat sei ferner erheblich eingeschränkt, seine Gesetzgebung effektiv durchzusetzen, wenn sich juristische Personen nicht selbst belasten müssten und namentlich die Offenlegung ihrer Bücher verweigern könnten; die *self incrimination clause* sei ein persönliches, für Menschen konzipiertes Recht, das eng mit der Würde verknüpft sei. Gerade *Menschen* sollten vor dem *Zwiespalt* bewahrt werden, sich entweder selbst belasten zu müssen, eine unwahre (in den USA dann strafbare) Falschaussage zu begeben oder sich durch Verweigerung der Aussage selbst insoweit strafbar zu machen.

Organen und sonstigen Mitarbeitern gesteht der *U.S. Supreme Court* im Strafverfahren gegen das Unternehmen ein eigenes (individuelles) Schweigerecht zu und ferner, ebenfalls gestützt auf die *privilege against self incrimination clause*, das Recht, die Herausgabe persönlicher, nicht aber geschäftlicher Unterlagen zu verweigern.¹¹ Geschäftliche Unterlagen müssen auch dann herausgegeben werden, wenn dies zur unmittelbaren Selbstbelastung des betroffenen Mitarbeiters führt.¹² Dabei argumentiert das *Gericht* auch insoweit, die *privilege*-Garantie diene dem Schutz von Individuen, der lediglich deren *personal capacity* umfasse. Die fehlende Geltung der *self incrimination clause* für Verbände würde ausgehöhlt, wenn die Mitarbeiter sich bei Tätigkeit für den Verband auf diesen Schutz berufen und damit die Herausgabe von Geschäftsunterlagen verweigern könnten.

2. Deutschland

Nimmt man die Rechtsprechung des *BVerfG*, des *EuGH* sowie des *EGMR* zu *nemo tenetur* in den Blick, zeigen sich unterschiedliche Konzeptionen.

a) BVerfG

Das *BVerfG* etwa lehnt die verfassungsrechtliche Geltung von *nemo tenetur* für juristische Personen ab und stützt diese Sichtweise auf die Herleitung des *nemo tenetur*-Grundsatzes (*vor allem*) aus der Menschenwürde, genauer gesagt ordnet das *Gericht nemo tenetur* dem sachlichen Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip zu,¹³ wenngleich in der Spruchpraxis überwiegend der materielle Gehalt angesprochen ist (Schutz des Beschuldigten vor einem inneren Konflikt).¹⁴ Die juristische Person könne sich »als bloßes Zweckgebilde der Rechtsordnung«¹⁵ nicht auf die Menschenwürde berufen (Art. 19 Abs. 3 GG). Eine verfassungsrechtliche Garantie des im Verfahren über die Verhängung einer Verbandsgebühre gewährleiteten *nemo tenetur*-Grundsatzes (vgl. § 444 Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 433 Abs. 1 S. 1 bzw. § 432 Abs. 2 i.V.m. §§ 163a Abs. 4 S. 1, 136 Abs. 1 S. 2 StPO) bestehe nicht. Dies gelte trotz der auch durch das *BVerfG* in anderen Entscheidungen anerkannten Bezügen des *nemo tenetur*-Grund-

2 F. Meyer, in: Lehmkuhl/Wohlers (Hrsg.), Unternehmensstrafrecht, 2020, S. 331 (333).

3 Differenzierungen nach der Rechtsform der Unternehmen, klammere ich aus Platzgründen aus und beziehe juristische Personen, Personenhandelsgesellschaften, Personengesellschaften und Ein-Mann-Gesellschaften gleichermaßen in die Überlegungen ein.

4 Arzt JZ 2003, 456; Böse, Wirtschaftsaufsicht und Strafverfolgung, 2005, S. 195 ff.; G. Dannecker FS Welsch, 2010, S. 179 ff.; Drope, Strafprozessuale Probleme bei der Einführung einer Verbandsstrafe, 2002; Eidam, Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts, 2007, S. 5 ff.; Queck, Die Geltung des *nemo tenetur*-Grundsatzes zu Gunsten von juristischen Unternehmen, 2005; C. Dannecker ZStW 127 (2015), 370; ders. ZStW 127 (2015), 991.

5 Nicht aber von sonstigen Mitarbeitern, vgl. § 17 Abs. 1 öVBVG.

6 Vgl. jüngst Öner JSt 2019, 501 (506).

7 Wenngleich zu sehen ist, dass das *BG* durchaus den Gedanken erwägt, ob das strafprozessuale Selbstbelastungsprivileg bei juristischen Personen Einschränkungen unterliegen könnte: »Es braucht nicht zusätzlich geprüft zu werden, ob und inwiefern das strafprozessuale Selbstbelastungsprivileg (bzw. der »*nemo tenetur*«-Grundsatz) bei beschuldigten juristischen Personen, denen ein sogenanntes »Organisationsverschulden« (gemäss Art. 102 Abs. 2 StGB) vorgeworfen wird, im Vergleich zu beschuldigten natürlichen Personen noch weiteren Einschränkungen zu unterwerfen wäre (Selbstbelastungsprivileg als Ausfluss der Menschenwürde bzw. der Unschuldvermutung).«, BGE 142 IV 207 (225 f., sub 9.5); ferner BGE 140 II 384 (393): »Bildet der *nemo-tenetur*-Grundsatz bei natürlichen Personen (auch) einen Ausfluss aus der Menschenwürde, fehlt dieser – spezifisch grundrechtliche – Aspekt bei gesetzlichen Herausgabepflichten von juristischen Personen und Unternehmen.« In beiden in Rede stehenden Entscheidungen des *Bundesgerichts* ging es freilich um die Herausgabe von außerstrafrechtlich erstellten Unterlagen und außerstrafrechtlichen Herausgabepflichten. Das *Bundesgericht* hat also den Menschenwürdebezug nicht dergestalt herangezogen, dass dieser gegen ein – in der Schweiz überdies gesetzlich vorgesehenes – Schweigerecht des Verbandes sprechen würde.

8 *Hale v. Henkel* 201 U.S. 43 (69 ff.) (1906); v. *Freier* ZStW 122 (2010), 117 (122).

9 *Braswell v. United States* 487 U.S. 99 (1988); nicht erfasst sind dagegen Ein-Personen-Gesellschaften, vgl. *Bellis v. United States* 417 U.S. 85 (1974); vgl. auch *Baldegger*, Menschenrechtsschutz für juristische Personen in Deutschland, der Schweiz und den Vereinigten Staaten, 2017, S. 613.

10 *Hale v. Henkel* 201 U.S. 43 (1906); *Wilson v. United States* 221 U.S. 361 (1911); *United States v. White* 322 U.S. 694 (1944); *Bellis v. United States* 417 U.S. 85 (1974); *Braswell v. United States* 487 U.S. 99 (1988).

11 *Wilson v. United States* 221 U.S. 361 (1911), S. 377 ff.

12 Krit. daher *Baldegger* (Fn. 9), S. 616.

13 F. Meyer, in: Lehmkuhl/Wohlers (Fn. 3), S. 331 (338).

14 *BVerfG* NJW 1981, 1431 (1432) = StV 1981, 213; NJW 1997, 1841 (1844).

15 *BVerfG* NJW 1997, 1841 (1843).

satzes zum Rechtsstaatsprinzip.¹⁶ Vor dem Hintergrund dieser verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung hat der nationale Gesetzgeber mit der 8. GWB-Novelle für das Kartellordnungswidrigkeitenverfahren bekanntlich eine Auskunftspflicht juristischer Personen eingeführt, um die Ermittlung der für die Bußgeldzumessung benötigten Umsatzzahlen zu vereinfachen (§ 81b GWB).¹⁷ An diese Regelung knüpft der aktuelle Regierungsentwurf der Bundesregierung (Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft vom 16.06.2020) für ein Gesetz zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten – *Verbandssanktionengesetz* mit dem dortigen § 49 Abs. 1 VerSanG-RegE an, wenn dort der Verband der Verfolgungsbehörde oder dem Gericht auf Verlangen Auskunft erteilen muss über seinen Jahresumsatz der letzten drei Geschäftsjahre und entsprechende Unterlagen herauszugeben hat, falls die Verhängung einer Verbandsgeldsanktion in Betracht kommt. Soweit die Auskunftspflicht reicht, kann sich der Verband nicht auf seine Stellung als Beschuldigter und sein Schweigerecht berufen.¹⁸ Daher soll der Vertreter des Verbandes als *Zeuge* vernommen werden (§ 49 Abs. 2 VerSanG-RegE; mit den Folgen möglicher Ordnungsmittel, §§ 51, 70 StPO, bzw. einer strafbaren Falschaussage, § 153 StGB).

b) EGMR

Der *materielle* Ansatz des BVerfG steht in einem Spannungsverhältnis zur Rechtsprechung des EGMR. Der EGMR versteht den *nemo tenetur*-Grundsatz als *prozessuales* Verteidigungsrecht und verortet dieses in Art. 6 Abs. 1 EMRK. Freilich lässt der EGMR in jüngerer Zeit eine Abwägung mit Blick auf ein besonderes Aufklärungs- und Strafverfolgungsinteresse auch hinsichtlich des *nemo tenetur*-Grundsatzes zu, mit der Folge, dass eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK nur dann gegeben sein soll, wenn das Verfahren insgesamt nicht mehr als fair erscheine.¹⁹ In Abgrenzung dazu hatte der EGMR noch im Jahre 2009 in Anlehnung an zwei frühere Entscheidungen judiziert, dass öffentliche Interessen für sich gesehen Einschränkungen des *nemo tenetur*-Grundsatzes nicht rechtfertigen könnten.²⁰ Die Reichweite von *nemo tenetur* in der Rechtsprechung des EGMR ist daher namentlich in Wirtschaftsstraf- und Kartellordnungswidrigkeitenverfahren nicht hinreichend klar.

c) EuGH

Die Judikatur des EuGH erteilt einem umfassenden Schweigerecht von Unternehmen insbesondere *in zeitlicher Hinsicht* eine Absage, dies in einem Voruntersuchungsverfahren wegen des Verdachts einer verbotenen Kartellabsprache nach Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag unter Androhung von Zwangsgeld, und damit *vor* der Mitteilung der Beschwerdepunkte durch die Kommission. Der EuGH reduziert den Grundsatz daher auf ein »*Recht auf Nichtgeständnis*« und anerkennt die Aussagefreiheit in *streitigen Verfahren*, d.h. nach dem Voruntersuchungsverfahren.²¹

II. Materielles oder prozessuales Schutzkonzept?

Die hier interessierende Frage der *zwingenden* Geltung des *nemo tenetur*-Grundsatzes für Unternehmen hängt bei alledem zunächst von der Frage ab, ob es sich im Schwerpunkt um ein *materielles* oder ein *prozessuales* Schutzkonzept handelt und ferner davon, ob man im Falle außerstrafrechtlicher Auskunftspflichten ein *Beweisverwertungs-* oder *verwen-*

*dungs*verbot in parallelen oder nachgelagerten Strafverfahren annehmen will.²²

- Verortet man dieses Schutzkonzept im materiellen Recht im Sinne eines materiellen Grundrechts mit zentralen Menschenwürdenbezügen (wie dies das BVerfG unternimmt und wie dies auch der U.S. Supreme Court vertritt), so ist fernliegend, den juristischen Personen ein *zwingendes* Schweigerecht zuzuerkennen.
- Verortet man indes den *nemo tenetur*-Grundsatz im *Verfahrensrecht* (wie der EGMR und Teile des Schrifttums und bei eher funktionaler Betrachtung wohl auch das Schweizer BG, auch wenn dieses davon ausgeht, dass die Geltung von *nemo tenetur* bei juristischen Personen restriktiv ausgelegt werden müsse und dies begründet mit deren aufsichtsrechtlichen Pflichten und unter Hinweis auf deren fehlende Menschenwürde²³) und versteht man dieses Recht als prozessuales Schutzkonzept, so ist dessen Geltung auch für juristische Personen naheliegende Konsequenz.²⁴

Der Menschenwürdetopos greift für unsere Frage in doppelter Hinsicht »zu kurz«. Denn die Frage nach der Geltung von *nemo tenetur* für Verbände stellt sich zum einen nur dann, wenn man die Handlungsfähigkeit, die Schuld- oder jedenfalls Verantwortlichkeitsfähigkeit und die Straf- oder Sanktionsfähigkeit von Verbänden bejaht. Dafür bedarf es im Falle von Verbänden einer Abkehr vom *sozialethischen* Schuld- oder Verantwortlichkeitsverständnis und eine Hinwendung zu einem eher sozialen Verständnis dieser grundlegenden Kategorien. Geht man diesen Schritt, dann erscheint inkonsequent, auf der (gedanklich nachgelagerten) Ebene des Prozessrechts dem Verband das auf natürliche Personen zugeschnittene Verständnis des inneren Konfliktes (zwischen Wahrheitspflicht und Selbsterhaltung²⁵) vorzuhalten und den Verband dadurch *a priori* schlechter zu stellen. Wer also die repressive Sanktionsfähigkeit von Verbänden bejaht, der trifft damit eine Aussage für eine »staatlich vermittelte und [zumindest] limitierte) rechtliche Personalität« des Verbandes. Dieser hat (dann) ein »rechtlich geschaffenes Selbst«. Dies bedeutet, dass ein Strafrechtsmodell oder ein sonstiges repressives Sanktionsmodell, welches auch gegen Verbände wirken soll, gegenüber dem Staat wirkende Restriktionen nach sich zieht, welche insbesondere aktive

16 Vgl. BVerfGE 38, 105 (113); 55, 144 (150 f.); 56, 37 (43) = StV 1981, 213; 95, 220 (242); 110, 1 (31).

17 BT-Drs. 17/9852, S. 35; Kempff/Lüderssen/Volk, Unternehmensstrafrecht, 2012, S. 347 (351).

18 VerSanG-RegE, www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Staerkung_Integritaet_Wirtschaft.html (zuletzt abgerufen am 01.07.2020), S. 123 f.

19 EGMR, Urt. v. 11.07.2006, *Jalloh vs. Deutschland* Rn. 95 ff.; zum Ganzen näher C. Dannecker ZStW 127 (2015), 991 (992 ff.).

20 EGMR, Urt. v. 21.04.2009, *Martinen vs. Finnland* Rn. 74 unter Bezugnahme auf EGMR, Urt. v. 17.12.1996, *Sanders vs. United Kingdom* Rn. 74; EGMR, Urt. v. 25.02.1993, *Funke vs. Frankreich*.

21 EuGH, Urt. v. 18.10.1989, *Orkem* Rn. 34; vgl. auch Kempff/Lüderssen/Volk (Fn. 17), S. 347 (349 ff.).

22 Dazu grdlg. BVerfGE 55, 37 (50 f.).

23 BGE 140 II, 384; auch wenn sich die Entscheidung auf Art. 6 Abs. 1 EMRK bezieht, wird angenommen, dass sich die Erwägungen auch auf das in Art. 32 BV etablierte *nemo tenetur*-Prinzip übertragen lasse, vgl. Baldegger (Fn. 9), S. 591.

24 C. Dannecker ZStW 127 (2015), 370 (372 ff.); Böse ZStW 126 (2014), 132 (163).

25 Rogall, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, 1977, S. 145 f.

26 F. Meyer, in: Lehmkühl/Wohlens (Fn. 3), S. 331 (346).

Mitwirkungspflichten in diesem Verfahren hinsichtlich solcher Beweismittel ausschließt, welche im repressiven Verfahren erst entstehen oder gezielt für dieses Verfahren angefertigt wurden. Auch Unternehmen dürfen daher durch die Strafverfolgungsbehörden nicht zur Produktion neuer Beweisinhalt gedrängt werden (außerstrafrechtlicher Mitwirkungspflichten fallen hingegen nicht in die dargestellte geschützte Sphäre im repressiven Sanktionsverfahren).

Zum anderen gibt der Menschenwürdetopos keine schlüssige Antwort auf die Frage, weshalb, die Richtigkeit der Position unterstellt, die zahlreichen außerstrafrechtlichen Auskunftspflichten und Mitwirkungspflichten, welche *natürliche* Personen treffen, nicht unmittelbar wegen Verstoßes gegen die Menschenwürde verfassungswidrig sind. Denn der Menschenwürdeschutz gilt bekanntlich auch außerhalb von Strafverfahren. Warum, so ist zu fragen, gilt *nemo tenetur* für natürliche Personen auch im strafrechtlichen Bagatellbereich, nicht aber (jedenfalls nicht durchgängig), wenn es um existenzvernichtende Rechtsfolgen im außerstrafrechtlichen Bereich geht, etwa bei einem lebenslangen Berufsverbot, bei Verlust des Versicherungsschutzes oder im Ausländerrecht bei Fragen der Abschiebung etc.? Und schließlich: weshalb steht der Menschenwürdetopos nicht einer Regelung wie § 393 Abs. 2 S. 2 AO²⁷ als absolute verfassungsrechtliche Grenze entgegen?

Die Antwort auf diese aufgeworfenen Fragen lautet: Weil es sich bei *nemo tenetur* jedenfalls auch und richtigerweise in *erster Linie* um ein prozessuales Schutzkonzept handelt, dort, wo Strafrecht wirkt. Deshalb begründet *nemo tenetur* im Strafverfahren einen absoluten Schutz, gilt also im unteren Bagatellbereich ebenso wie bei schwersten Straftaten.

In dieser prozessualen Perspektive kann der *nemo tenetur*-Grundsatz, der seinen Ursprung im kanonischen Recht hat,²⁸ als Teil eines umfassenden verfahrensrechtlichen Schutzkonzeptes verstanden werden, welches ergänzt wird durch die Unschuldsvermutung,²⁹ den Schuldgrundsatz und die Beweispflicht und Beweisführungslast des Staates verbunden mit dem Rechtssatz in dubio pro reo. Als Teil dieses Schutzkonzeptes begründet der *nemo tenetur*-Grundsatz eine »strafprozessuale Verfassungsgewährleistung«, unabhängig von der Frage, »welche geschriebenen Normen des Grundgesetzes zur Begründung seiner Geltung als Verfassungsrechtssatz herangezogen werden.«³⁰ Die verfassungsrechtliche Verankerung von *nemo tenetur* – in Art. 2 Abs. 1 i. V. m. 1 Abs. 1 GG oder in Art. 20 Abs. 3 GG, oder in den Justizgrundrechten oder (einfachrechtlich) in Art. 6 EMRK³¹ – ist für unsere Frage *nicht entscheidend*, weil sich betroffene Verbände hinsichtlich aller erwähnter prozessualer Garantien in einer grundrechtsspezifischen Gefährdungslage befinden, die sich (insoweit) von derjenigen bei natürlichen Personen nicht nennenswert unterscheidet.³² Weil der *nemo tenetur*-Grundsatz insoweit Teil eines prozessualen Schutzkonzeptes gegen Strafgewalt darstellt, findet er immer dann Anwendung, wenn Strafgewalt auftritt, also in einem *Strafverfahren im weiten Sinne* mit der Androhung einer repressiven Sanktion (Umfang und Reichweite von »Strafrecht« sind hier weit zu verstehen im Sinne der sogenannten *Engel-Kriterien* des EGMR³³).³⁴ Im jüngeren Schrifttum wurde zutreffend herausgearbeitet, dass die Anerkennung des *nemo tenetur*-Schutzes eine Antwort gibt auf tiefgehende Fragen

des Verhältnisses zwischen Staat und Bürger (individuell gewendet) bzw. der Fairness gegenüber dem Adressaten des Strafverfahrens als einer »potenziell folgenschweren staatlichen Untersuchung«.³⁵ Entschließt sich der einfache Gesetzgeber zur Einführung einer Unternehmensstrafe, so ist die Anwendung des *nemo tenetur*-Grundsatzes damit vorgezeichnet.³⁶

Weil es sich im Kern um ein *im* Strafverfahren wirkendes, also *dort* effektives prozessuales Recht handelt, ist der Gesetzgeber frei, außerstrafrechtliche Auskunftspflichten zu regeln, die auch im Falle der Selbstbelastung Geltung beanspruchen, wie dies die geltende Rechtsordnung allenthalben realisiert hat. Deshalb haben Mitarbeiter in Interviews im Rahmen von verbandsinternen Untersuchungen dort zumindest nach h.M. kein Schweigerecht, mag dies auch der VerSanG-RegE der Bundesregierung im Wege problematischer Vermischung von Rechten und Pflichten im Arbeitsrecht und Gesellschaftsrecht einerseits und der Rechtsstellung eines Beschuldigten im Strafverfahren andererseits (§ 17 Abs. 1 Nr. 5 lit. c VerSanG-RegE) anders regeln wollen.

Teilt man diese Sichtweise, dann sind Regelungen wie § 81b GWB bzw. § 49 VerSanG-RegE *dann* problematisch, *wenn* es sich dabei um strafrechtliche Regelungen handelt. Dafür spricht bereits die Verortung der beiden Regelungen. Auch inhaltlich ist dies der Fall, jedenfalls wenn die Auskünfte über die Umsatzzahlen eine Doppelrelevanz aufweisen dergestalt, dass die Höhe der Umsatzzahlen einen unmittelbaren Bezug hat zu den zu klärenden Tatvorwürfen. Deshalb wäre mit Blick auf den RegE-Verbandssanktionengesetz der Bundesregierung sachgerecht, die Auskunftspflicht über den Jahresumsatz des Unternehmens zur Bemessung der Verbandsgeldsanktion in § 49 VerSanG-RegE (vor allem auch dessen Abs. 2), also eine Verfahrensvorschrift, zu streichen. Allerdings handelt es sich bei dem Jahresumsatz des Unternehmens um einen Aspekt, der im Unternehmen als Unternehmenskennzahl ohne Weiteres dokumentiert ist. Es handelt sich also um eine beschlagnahmefähige Information. Der Unternehmensumsatz kann daher von der Verteidigung

27 § 393 Abs. 2 AO lautet: »Soweit der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht in einem Strafverfahren aus den Steuerakten Tatsachen oder Beweismittel bekannt werden, die der Steuerpflichtige der Finanzbehörde vor Einleitung des Strafverfahrens oder in Unkenntnis der Einleitung des Strafverfahrens in Erfüllung steuerrechtlicher Pflichten offenbart hat, dürfen diese Kenntnisse gegen ihn nicht für die Verfolgung einer Tat verwendet werden, die keine Steuerstraftat ist. Dies gilt nicht für Straftaten, an deren Verfolgung ein zwingendes öffentliches Interesse (§ 30 Abs. 4 Nr. 5) besteht.«

28 F. Meyer, in: Lehmkuhl/Wohlers (Fn. 3), S. 331 (333).

29 Vgl. SK-StPO/F. Meyer, 6. Aufl. 2019, Art. 6 EMRK Rn. 179 ff.

30 C. Dannecker ZStW 127 (2015), 370 (392).

31 Sämtliche Anknüpfungspunkte sind im Schrifttum vertreten, vergleiche vertiefend bei Böse, Wirtschaftsaufsicht und Strafverfolgung, 2005, S. 166.

32 C. Dannecker ZStW 127 (2015), 370 (377 ff.).

33 EGMR EuGRZ 1976, 221 Nr. 80 ff. (Engel); vgl. auch EGMR NJW 1985, 1273 (Öztiirk).

34 Vgl. BVerfGE 55, 144 (150 f.), wonach der *nemo-tenetur*-Grundsatz auch bei ordnungswidrigkeitenrechtlicher Ahndung gegen natürliche Personen gelte; aus den Ausführungen im obigen Text folgt, dass nichts anderes für juristische Personen gelten kann; wie hier C. Dannecker ZStW 127 (2015) 370 (404).

35 F. Meyer, in: Lehmkuhl/Wohlers (Fn. 3), S. 331 (334).

36 Insbesondere vermag auch der Hinweis auf eine angebliche besondere Funktion kartellordnungswidrigkeitenrechtlicher Ahndung im Sinne bloßer Gewinnabschöpfungsgerecht offensichtlich nicht zu tragen, sieht dieses Instrument doch einen Ahndungsteil vor. Dies zeigt, dass es sich bei Unternehmensgeldbußen um ein repressives Instrument, also eine Sanktion im materiellen Sinne, handelt, Böse (Fn. 4), S. 196 f.; G. Dannecker ZStW 111 (1999), 256; Kleiberkamp, Kreditwesengesetz und Strafverfahren, 2010, S. 436 ff.

gegen die Tatvorwürfe getrennt werden, sodass sachgerecht erscheint, eine ergänzende Regelung in § 9 VerSanG-RegE bei der Höhe der Verbandsgeldsanktion dahingehend aufzunehmen, dass auf ein strafjustizielles Herausgabeverlangen der Unternehmensumsatz mitzuteilen ist. Das ist nicht lediglich ein Glasperlenspiel, sondern führt dazu, dass das Schweigerecht des beschuldigten Verbands *uneingeschränkt* gilt.³⁷

Selbst wenn man die hiesige verfassungsrechtliche Verankerung ablehnt, ist bedeutsam, dass alle aktuellen deutschen Entwürfe zu einem Unternehmensstrafrecht (im weiteren Sinne) ein Schweigerecht für den Verband vorsehen (NRW-Entwurf 2013, Kölner Entwurf, Münchener Entwurf, VerSanG-Regierungsentwurf der Bundesregierung, »Frankfurter Thesen zur Unternehmensverantwortung für Unternehmenskriminalität«³⁸). Man male sich die gegenteilige Regelung – eine Auskunftspflicht des Verbandes im Sanktionsverfahren – einmal aus: Derjenige Repräsentant, welcher den Verband im Strafverfahren vertritt, müsste dann wohl Fragen nicht nur zum Tatvorwurf beantworten, sondern auch Fragen zur Vorbereitung des Verbandes auf eine Hauptverhandlung, ferner zu Inhalten von Besprechungen mit dem Unternehmensanwalt, zur Frage, ob an diesen Besprechungen weitere Teilnehmer anwesend waren und was dort und durch wen erörtert wurde. Wer dem Verband hinsichtlich solcher Fragen dann doch durch einen Verweis auf § 148 StPO zur Seite springen möchte, gerät schnell in unlösbare Abgrenzungsfragen. Denn der Vertreter des Verbandes müsste jedenfalls neben den unmittelbaren Fragen zum Tatvorwurf beantworten, ob er den Tatvorwurf immer schon so eingeschätzt hat wie nunmehr, im Zeitpunkt seiner Befragung, oder ob sie seine Sichtweise geändert hat und falls ja, weshalb. Ein fehlendes Schweigerecht des Verbandes würde also einen tiefen Eingriff in das Verteidigungsverhältnis des Verbandes und damit in dessen Subjektstellung nach sich ziehen. Die Geltung von *nemo tenetur* auch für Verbände ist daher bei alledem auch ein Beitrag zur (Straf-)Rechtskultur.

Berücksichtigt man weiter, dass etwa der VerSanG-Regierungsentwurf ein denkbar weites Verständnis des Merkmals »Verband« vorsieht (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-RegE), wonach auch kleine Verbände in den Sog des Verbandssanktionengesetzes geraten, dann würden durch ein fehlendes Schweigerecht für den Verband im Kontext kleinere Verbände auch unweigerlich die Individualrechte der beschuldigten natürlichen Personen unterminiert. Diese Gefahr der Entwertung von Individualrechten besteht aber auch über kleinere Verbände hinaus bei einem fehlenden Schweigerecht von großen Entitäten. Denn gerade, aber nicht beschränkt auf solche Konstellationen, in denen sich zunächst der strafprozessuale Verdacht nur gegen das Unternehmen richtet, laufen betroffene Mitarbeiter die Gefahr, auch in Ansehung von § 55 StPO, sich durch Aussagen oder sonstige aktive Mitwirkung an den Ermittlungen durch die Strafverfolgungsbehörden gegen die juristische Person zumindest mittelbar selbst zu belasten. Und auch im Falle paralleler Ermittlungen gegen den Verband und gegen einzelne Mitarbeiter droht eine unmittelbare Entwertung des individuellen Schweigerechts, wenn der Verband etwa gerade auch stets zu der Tätigkeit dieses Mitarbeiters aussagen müsste.

Es versteht sich nach dem Gesagten von selbst, dass sich an dieser verfassungsrechtlichen, oder jedenfalls einfachgesetzlich-strafprozessualen Perspektive nichts dadurch ändert, dass in der gegenwärtigen wirtschaftspolitischen Diskussion eine zunehmende Sozialbindung von Unternehmen und von normativ als wünschenswert erachteten Unternehmenszielen namentlich für börsennotierte, stark in der öffentlichen Wahrnehmung stehende Unternehmen in den Blick gerät. Beispiele für solche Forderungen sind neben dem Ziel der Nachhaltigkeit, der *Corporate Social Responsibility* mittlerweile auch die Klima- bzw. CO₂-Neutralität, der Begriff *Purpose* (gesellschaftliche Legitimation) und die Unternehmensdemokratisierung. Begründet dieser Zielpluralismus schon für sich gesehen nicht selten einen Zielkonflikt mit dem betriebswirtschaftlich verstandenen Unternehmensinteresse, ist diese Diskussion vor allem ohne Aussagekraft für die Rechtsstellung des Verbandes im Strafverfahren. Es ist nicht zu erkennen, dass allfällige Legitimationserwartungen der Gesellschaft an ein rechtsstaatliches Verfahren gegen Verbände einen radikalen Einschnitt in Gestalt einer strafprozessualen Auskunftspflicht fordern würden. Kurzum: *nemo tenetur* kann nicht gegen das (wie auch immer formulierte) gesellschaftliche Interesse ausgespielt werden.³⁹ Ebenso wenig wie außerstrafrechtlicher Auskunfts- und Mitwirkungspflichten, welche *natürliche* Personen treffen, deren Subjektstellung im Strafverfahren tangieren.

III. »Firewall« hin zum Strafverfahren – Verwendungsverbot

Daraus folgt weiter, dass qua Selbstbelastung erlangte Beweismittel aus Verwaltungs- und Voruntersuchungsverfahren in Folge außerstrafrechtlicher Selbstbelastungspflichten in *diesen* Verfahren sachgerecht sein können. Zu gewährleisten ist dann aber eine effektive *Firewall* im Verhältnis zum Strafverfahren, die einen Beweistransfer nach dorthin und damit eine Aushöhlung des *nemo tenetur*-Schutzes verhindert.

B. Personeller Bezug des *nemo tenetur*-Schutzes

Hinsichtlich des personellen Anwendungsbereichs von *nemo tenetur* im Unternehmenskontext ist zu klären, welche Entscheidungsträger, Repräsentanten oder sonstige Unternehmensmitarbeiter sich auf die Selbstbelastungsfreiheit konkret berufen können. Diese Überlegung ist notwendig, um ein Unterlaufen des Schweigerechts zu verhindern.⁴⁰ Der Regierungsentwurf der Bundesregierung gibt eine sehr knappe Antwort, indem er »dem gesetzlichen Vertreter des Verbandes« ein Schweigerecht einräumt (§ 33 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 VerSanG-RegE). Weitere Überlegungen in personeller Hinsicht finden sich in der Entwurfsbegründung nicht.

Im Kontext eines Unternehmensstrafverfahrens sollte jedoch weiter darüber nachgedacht werden, ob die Selbstbelastungsfreiheit des Verbandes auch solche Repräsentanten treffen soll, die zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt noch ihre

37 Anders VerSanG-RegE der Bundesregierung, S. 110.

38 *Jahn/Schmitt-Leonardyl/Schoop* wistra 2018, 27 (30) unter expliziter Ablehnung von BVerfGE 95, 220 (241 ff.) und BT-Drs. 17/9852, S. 35 (vgl. oben I.2.a): »*Nemo tenetur* ist ein Verfahrensgrundrecht auf Verteidigung. Das Unternehmen darf deshalb nicht gezwungen sein, eine Sanktionierung durch eigene Angaben herbeizuführen«.

39 *F. Meyer*, in: Lehmkühl/Wohlers (Fn. 3), S. 331 (349).

40 *F. Meyer*, in: Lehmkühl/Wohlers (Fn. 3), S. 331 (332 f.).

Leitungsfunktion innehatten, zum Zeitpunkt des Strafverfahrens gegen den Verband indes ausgeschieden sind. Jedenfalls sollte man sehen, dass bei Verbänden im Verhältnis Tatzeitpunkt und Durchführung des Verfahrens eine fehlende personale Identität der Organe nicht unwahrscheinlich ist, wohingegen bei natürlichen Personen ein solches Auseinanderfallen offensichtlich ausscheidet. Umgekehrt muss entschieden werden, ob sich solche Entscheidungsträger auf die Selbstbelastungsfreiheit des Verbandes berufen können, die zum Tatzeitpunkt ihre Stellung noch nicht innehatten, dem Verband aber zum Zeitpunkt des Strafverfahrens zugehören. Gesteht man dem Verband ein *eigenständiges* Schweigerecht zu, dann erscheint es konsequent, dass sich darauf auch all jene Entscheidungsträger berufen können, die erst zum Zeitpunkt des Strafverfahrens, nicht jedoch schon zum Zeitpunkt der vorgeworfenen Taten dem Unternehmen angehören. Dasselbe gilt dann grundsätzlich auch in Rechtsnachfolgekonstellationen.⁴¹ Das Schweigerecht realisiert sich als prozessualer Schutz gerade erst im Strafverfahren.

Weiter ist in personaler Hinsicht zu fragen, ob sich auch untergeordnete Unternehmensmitarbeiter auf das Schweigerecht der juristischen Person stützen können, etwa ein Vertriebsmitarbeiter, der an den korruptiven Handlungen beteiligt gewesen sein soll, dessen individuelles Strafverfahren indes bereits gem. § 153a StPO bestandskräftig wurde, der sich also nicht mehr auf ein eigenes Auskunftsverweigerungsrecht gem. § 55 StPO berufen kann, wenn er im Verfahren gegen den Verband als Zeuge geladen wird. Hier mag zunächst der Einwand naheliegender erscheinen, ein dem Verband zustehendes Schweigerecht könnte dieser Unternehmensmitarbeiter nicht geltend machen, die Konstellation sei vergleichbar damit, dass bei natürlichen Personen als Mitäter der eine, nach bestandskräftigem Abschluss seines Verfahrens gem. §§ 153a StPO, gegen den anderen Angaben machen müsse. Diese Sichtweise würde indes möglicherweise verkennen, dass der Unternehmensmitarbeiter eben gerade eine Doppelrolle ausübt, weil er als natürliche Person Subjekt seines eigenen individuellen Strafverfahrens ist/war, als Unternehmensmitarbeiter aber eben auch »für« das Unternehmen spricht.

Dieser Umstand wird im Schweizer Strafverfahren gegen Unternehmen partiell berücksichtigt. Dort sind »Auskunftspersonen« nicht zur Aussage verpflichtet (Art. 180 Abs. 1 schwStPO). Gemäß Art. 178 lit. g. schwStPO wird

»als Auskunftsperson« einvernommen, wer in einem gegen ein Unternehmen gerichteten Strafverfahren als Vertreterin oder Vertreter des Unternehmens bezeichnet worden ist oder bezeichnet werden könnte, sowie ihre oder seine Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter.⁴²

Die Regelung stellt eine hochinteressante Vorschrift dar. Im Kern geht es darum, dass das Unternehmen als Prozesssubjekt mit einer Stimme sprechen und seine Verteidigung autonom konturieren können soll. Es soll dadurch einer Auslöschung des Schweigerechts sowie des Grundrechts auf effektive Verteidigung vorgebeugt werden dadurch, dass man der Strafverfolgung den Zugriff auf potentielle Vertreter und deren Sphäre als Zeugen versperrt. Konsequent ist dann auch die restriktive Auslegung des Begriffs der »Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter«. Es muss sich um Personen handeln, die für eine gewisse Zeit direkt oder persönlich mit dem Organ zusammenarbeiten. Den direkten Mitarbeitern der be-

stellten und potentiellen Unternehmensvertretern, insbesondere Sekretärinnen, Assistenten, Protokollführern oder auch Datensachverständigen, wird deshalb ein Schweigerecht zuerkannt, damit die Aussagefreiheit der Unternehmensvertreter nicht de facto wirkungslos bleibt.⁴³ Um einen effektiven Schutz des Schweigerechts des Verbandes zu gewährleisten, erscheint sachgerecht, wenn die betroffenen Repräsentanten das Schweigerecht des Verbandes auch in Verfahren gegen Dritte zusteht.⁴⁴ Alternativ wäre zu überlegen, ob der Unternehmensmitarbeiter in seiner Zeugenvernehmung im Unternehmensstrafverfahren als Teil des Unternehmens spricht, sodass ihm § 55 StPO zu Gute kommt, weil die Beantwortung von Fragen »ihm selbst [...] die Gefahr zuziehen würde, wegen einer Straftat [...] verfolgt zu werden«.

Schließlich bleibt zu klären, wie mit Konstellationen umzugehen ist, in denen der Unternehmensvertreter im Strafverfahren trotz eindeutigen Vorstandbeschlusses dessen Umsetzung missachtet und den Verband belastende Angaben trifft.⁴⁵ Eine solche potentielle Konstellation ist deshalb bedeutsam, weil Unternehmen eine Vielzahl von Personen unter ihrem »Dach« beherbergen, die unterschiedliche Interessen haben und unterschiedliche Funktionen wahrnehmen und deren Verhältnis zum Unternehmen sich jeweils ebenfalls disparat sein darstellen mag. Kann hier von einem wirkungsvollen prozessualen Verzicht auf den *nemo tenetur*-Schutz durch den Verband gesprochen werden oder müsste mit einem Beweisverwertungsverbot reagiert werden, weil der Verband durch den Vorstandsbeschluss zum Ausdruck gebracht hat, keine Angaben machen zu wollen?

C. Fazit und Ausblick

Bei aller Meinungsvielfalt: Einigkeit bestehen sollte jedenfalls insoweit, als die mitunter auch in diesem Kontext gegen ein Schweigerecht bemühte Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege, also ein Effizienzargument, jeglicher Überzeugungskraft entbehrt. Denn der *nemo tenetur*-Schutz begründet keine *allgemeine Selbstbelastungsfreiheit*, sondern lediglich ein *Schweigerecht*. Die in Unternehmen erfolgte Dokumentation (*pre-existing documents*) bleibt auch bei einem Schweigerecht des Verbandes – ohne Weiteres beschlagnahmefähig. Auch der Personalbeweis bleibt dem Grunde nach erhalten, selbst dann, wenn man die personale Reichweite von *nemo tenetur* weiter fasst als dies dem deutschen Gesetzgeber vorschwebt und eine konsistente Regelung etabliert, wie dies etwa mit der Rechtsfigur der Auskunftsperson im schweizerischen Strafverfahrensrecht gelungen ist.

41 Dazu Schlüter, Die Strafbarkeit von Unternehmen in einer prozessualen Betrachtung, 2000, S. 270.

42 Vgl. auch Niggli/Maeder, in: Ackermann/Heine (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht in der Schweiz, 2013, § 8 Rn. 106.

43 Basler Kommentar-schwStPO/Kerner, 2. Aufl. 2014, Art. 178 Rn. 13; schwStPO/Goldschmid/Mawer/Sollberger, 2008, S. 171; schwStPO/Donatschl Hansjakob/Lieber, 2. Aufl. 2014, Art. 178 Rn. 44.

44 Vgl. auch Zerbes ZStW 2017, 1035 (2049).

45 Dazu schon Arzt SZW 2004, 357.