

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

3/2023
2. Jahrgang

S. 131-218

Inhalt

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

Einführung zum Inhalt der aktuellen Ausgabe

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

Einführung zum Inhalt der aktuellen Ausgabe

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

131

AUFSÄTZE

Strafprozessrecht

Nemo tenetur – Ein grundrechtlicher Aufriss

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

132

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

Von Prof. Dr. Mathias Hong, Kehl

143

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

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

146

Gehalt und Reichweite des Schweigerechts im Verbandsstrafrecht

Von Prof. Dr. Ingeborg Zerbes, Wien

151

Nemo tenetur se detegere – was gilt in Italien?

Ein Grundsatz im Wandel konkurrierender Interessen

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

156

Der nemo-tenetur-Grundsatz im US-amerikanischen Recht

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

164

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

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

169

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

Von Prof. Dr. Andreas Venier, Universität Innsbruck

176

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

3/2023
2. Jahrgang

S. 131-218

Inhalt (Forts.)

AUFSÄTZE (Forts.)

Europäisches Strafrecht

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

AUFSÄTZE

Strafrecht

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

ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN

Strafanwendungsrecht

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

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

I. Schweigen über Schweigen

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

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

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

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

II. Orte des Schweigens

I. Wien

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

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

¹ VfSlg 18.927/2009.

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

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

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

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

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

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

⁸ Vgl. insbesondere VfSlg 4297/1962.

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

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

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

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

⁹ VfSlg 5295/1966.

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

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

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

¹³ Kritisch dementsprechend das einschlägige Schrifttum – dazu unten 2.

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

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

Dementsprechend gilt neben dem erzwungenen Tatbekenntnis¹⁷ auch etwa die Beschlagnahme von Unterlagen, die einem berufsmäßigen Parteienvertreter anvertraut wurden, als Geständnis im vorgenannten Sinn,¹⁸ ebenso wie insgesamt all jene Fälle, in denen „die erzwungene Erklärung angesichts der sie begleitenden Umstände den für das Vorliegen und den Nachweis eines Straftatbestandes typischerweise entscheidenden Hinweis gibt“.¹⁹ Ebendiesen entscheidenden Hinweis der Physis des Beschuldigten zu entnehmen, also ihn zu verhalten, seinen Körper zum Beweismittel gegen sich selbst einzusetzen,²⁰ trifft, dieser Betrachtung folgend, auf ähnliche Bedenken:

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

¹⁶ VfSlg 9950/1984.

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

¹⁸ VfSlg 10.291/1984.

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

²⁰ Mit umfassendem Ansatz Thienel, *Anklageprinzip und Zeugnisenstschlagsrecht*, 1991, S. 22 ff.

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

2. Straßburg

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁴ *Khakzadeh-Leiler* (Fn. 4), Art. 90 Rn. 37.

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

²⁶ Oben I.

²⁷ Vgl. VfSlg 18.164/2007 und 18.550/2008.

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

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

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

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

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

Eigentümlich war diese Karriere, weil der EGMR der so artikulierten, mit breiter Mehrheit angenommenen³³ Sichtweise eineinhalb Jahre zuvor eine Absage erteilt und ausdrücklich festgehalten hatte: „refusal to give evidence [is] an issue which in itself does not come within the ambit of Articles 10 and 11“.³⁴ Kurz war sie, weil der EGMR nur vier Monate später den zuvor skizzierten Pfad eingeschlagen hatte und eine auf Art. 6 EMRK gestützte nemo-tenetur-Judikatur begründete.³⁵

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

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

3. Karlsruhe

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁴ BVerfGE 133, 168 (201).

von Rechtsstaat und Menschenwürde verfügt der nemo-tenetur-Grundsatz gleich über zwei (und will man es mit den zahlreichen in der Literatur entwickelten Positionen halten, noch deutlich mehr)⁴⁵ Wurzeln⁴⁶: Einerseits ist „der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit [...] im Rechtsstaatsprinzip verankert und wird von dem Recht auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG umfasst“.⁴⁷ Andererseits „ist der Schutz vor einem Zwang zur Selbstbeichtigung als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG anerkannt.“⁴⁸ Was daraus erfließt, erscheint (im Mindesten strukturell) vor dem Hintergrund des bereits oben Festgehaltenen vielfach bekannt und bedarf damit im gegebenen Zusammenhang keiner erneuten Wiedergabe.⁴⁹

III. Verflechtungen und Entwirrungen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵³ BVerfGE 110, 1 (31).

⁵⁴ VfSlg 18.927/2009

⁵⁵ VfSlg 18.550/2008. 14.988/1997.

⁵⁶ VfSlg 15.600/1999.

⁵⁷ VfSlg 13790/1994.

⁵⁸ VfSlg 10.291/1984.

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

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

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

2. Worüber man besser schweigen sollte

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶⁷ VfSlg 5292/1966.

⁶⁸ BVerfGE 133, 168 (201).

3. Von der (historischen) Verortung des Schweigens

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁷⁴ *Cesare Beccaria*, *Dei Delitti e Delle Pene*, 1764, § 12.

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

⁷⁶ *Spee*, *Cautio Criminalis, Seu De Processibus Contra Sagas Liber*, 1631.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸⁷ Vgl. nur *Rogall* (Fn. 75), S. 76 ff.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. Fazit: Dimensionen des Schweigens

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

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

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

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

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

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

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

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

⁹⁶ *Köstlin* (Fn 80), S. 104.

⁹⁷ *Wiederin* (Fn. 22), § 4 Rn. 16.

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

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

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

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

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

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

All das (und mehr)¹¹³ lässt sich abwehrrechtlich denken und handhaben,¹¹⁴ schlicht deshalb, weil es um abwehrrechtliche Ansprüche geht. All das (und mehr) lässt sich aber auch verfahrensgrundrechtlich übersetzen;¹¹⁵ (auch) angelagert an andere verfahrensgrundrechtliche Gewährleistungen¹¹⁶ und samt der damit einhergehenden Implikationen, was Verbote der Verwertung bestimmter Beweismittel anlangt¹¹⁷ oder was Fragen der Bewertung des Schweigens im Verfahren insgesamt betrifft.¹¹⁸ Abwehrrecht und Verfahrensgrundrecht stehen einander bei dieser Betrachtung nicht als Gegensätze, sondern als Komplemente gegenüber, wobei Verfahrensgrundrechte dann eben vielfach als (konsequente) Fortset-

¹⁰¹ VfSlg 18.927/2009.

¹⁰² Zerbes, ZStW 129 (2017), 1035 (1039).

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

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

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

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

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

¹⁰⁸ Vgl. bereits oben II. 2.

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

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

¹¹¹ BVerfGE 47, 239 (247 ff.).

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

¹¹³ Wie insbesondere die Frage nach der Zulässigkeit von Umgehungskonstruktionen – vgl. oben II.

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

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

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

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

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

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

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

¹¹⁹ VfSlg 18.927/2009.

¹²⁰ Dazu nur *Zerbes*, ZStW 129 (2017), 1035 (1042 ff.).
