

**Strafrechtliche Abhandlungen**

---

Neue Folge · Band 130

# **Nachtatverhalten und Nemo tenetur**

**Eine Untersuchung über die Grenzen  
„zulässiger Verteidigung“ und die Relevanz  
des Nemo-tenetur-Prinzips bei der Strafzumessung  
selbstbegünstigenden Nachtatverhaltens  
gem. § 46 Abs. 2 StGB**

**Von**

**Ronald Torka**



**Duncker & Humblot · Berlin**

RONALD TORKA

Nachtatverhalten und Nemo tenetur

# **Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge**

**Herausgegeben von Dr. Eberhard Schmidhäuser**

em. ord. Professor der Rechte an der Universität Hamburg

**und Dr. Dr. h. c. (Breslau) Friedrich-Christian Schroeder**

ord. Professor der Rechte an der Universität Regensburg

**in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten**

**Band 130**

# Nachtatverhalten und Nemo tenetur

Eine Untersuchung über die Grenzen  
„zulässiger Verteidigung“ und die Relevanz  
des Nemo-tenetur-Prinzips bei der Strafzumessung  
selbstbegünstigenden Nachtatverhaltens  
gem. § 46 Abs. 2 StGB

Von  
Ronald Torka



Duncker & Humblot · Berlin

Zur Aufnahme in die Reihe empfohlen von  
Professor Dr. Werner Beulke, Passau

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Torka, Ronald:**

Nachtatverhalten und Nemo tenetur : eine Untersuchung über die Grenzen  
„zulässiger Verteidigung“ und die Relevanz des Nemo-tenetur-Prinzips bei der  
Strafzumessung selbstbegünstigenden Nachtatverhaltens gem. § 46 Abs. 2 StGB /  
von Ronald Torka. – Berlin : Duncker und Humblot, 2000

(Strafrechtliche Abhandlungen ; N.F., Bd. 130)

Zugl.: Passau, Univ., Diss., 1998/99

ISBN 3-428-10056-5

D 739

Alle Rechte vorbehalten

© 2000 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fremddatenübernahme und Druck:  
Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin  
Printed in Germany

ISSN 0720-7271

ISBN 3-428-10056-5

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

*Meiner Mutter, meinem Vater*



## Vorwort

Zuallererst möchte ich *meinen Eltern* danken: Ohne ihr beinahe grenzenloses Vertrauen in mich wäre es nicht zur Beendigung der vorliegenden Arbeit gekommen. Natürlich ist die Arbeit *ihnen* gewidmet.

Gleich an zweiter Stelle gebührt Dank meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Werner Beulke: Dank für seine hervorragenden Vorlesungen, u. a. aus denen sich meine Vorliebe für das Strafrecht entwickelt hat; Dank auch für die Anregung zu diesem Thema sowie für die wissenschaftliche Freiheit, die er mir bei dessen Bearbeitung gewährt hat, um »en cas de malheur« sogleich mit präzisem Urteil zur Stelle zu sein.

Herrn Prof. Dr. Bernhard Haffke, der das Zweitgutachten erstellt hat, danke ich v.a. für die besonders rege Aufnahme meiner (gewagten) Thesen.

Nicht unerwähnt bleiben darf das überaus freundliche und fachkundige Team der Bibliothek des BGH in Karlsruhe, allen voran deren Leiter, Herr LdtRegDir Pannier, sowie dessen Stellvertreter, Herr BiblOR Dr. Obert. Die Recherchen im sprichwörtlich unerschöpflichen Fundus dieser Bibliothek waren mir ein besonderer Genuß. Dank dafür!

Herr Dr. Arne Ott hat es auf sich genommen, die Arbeit korrekturlesen; dabei ist es freilich nicht geblieben – auch für seine vielfältigen Anregungen und Hinweise bin ich ihm sehr dankbar.

Ein Dank geht nicht zuletzt an Herrn Dr. Christian B. Heyers, Herrn und Frau Carsten und Susanne Wulff-Kuckelsberg, Herrn Michael Sanden und Herrn Dr. Martin Osterkorn, deren aufbauender Zuspruch mir viel geholfen hat.

Die vorliegende Arbeit ist im Wintersemester 1998/99 von der Juristischen Fakultät der Universität Passau als Dissertation angenommen worden; Literatur und Rechtsprechung sind auf dem Stand von Dezember 1998.

Passau, im September 1999

*Ronald Torka*



„Sagen Sie einfach die Wahrheit!«

Ich sage zum Richter, weil ich schon merke, auf was er hinaus will, sage ich, selbst wenn ich die Wahrheit sage, also mal angenommen, woher weiß ich, daß es auch so war, wie ich es gesehen habe ...

... und wenn es tatsächlich eine hundertprozentige Übereinstimmung mit dem gibt, was ich gesehen habe, und dem, wie es war, also wenn das ›an sich‹ mit dem ›für sich‹ eins wird, wie kann ich dann sicher sein, daß das, was ich Ihnen sage, auch von Ihnen so verstanden wird, wie ich's meine?

Da hat er geschaut, wie a Singerl, wenn's blitzt.“

*Bruno Jonas*  
Passauer Kabarettist

„One criminal lawyer I know, who charges \$ 50,000 for a criminal trial, says that \$ 5,000 of the fee is for preparing and trying the case; the remaining \$ 45,000 is for advising at the close of the prosecution's case whether to take the witness stand.“

*Alan M. Dershowitz*  
US-amerikanischer Juraprofessor und Strafverteidiger



# Inhaltsverzeichnis

<b>Problemstellung</b> .....	21
------------------------------	----

## *Erster Teil*

### **Schuldstrafrecht, Strafzumessung und Nemo tenetur de interpretatione lata**

A. Schuld und Strafe .....	25
I. Zweck des Strafrechts / des Strafens .....	25
1. Normen als Verhaltensregeln .....	25
2. Sinn der Verhaltensregeln .....	26
3. Rechtsgüterschutz durch das Strafrecht .....	27
4. *Strafzwecke .....	30
II. Schuld als Strafbarkeitsvoraussetzung .....	30
III. „Schuld“ als Grundlage für die Strafzumessung .....	32
1. Individuelle Strafzumessungsschuld .....	32
2. Ermittlung der Strafzumessungsschuld .....	33
IV. Indizmethode .....	35
1. Allgemeines .....	35
2. Das Nachtatverhalten .....	38
a) Terminologische Klarstellung .....	38
b) Kritik .....	38
(1) Jahn .....	39
(2) Tröndle .....	41
3. Indiz vs. Motivation .....	42
B. Die Freiheit vom Zwang zur Selbstbelastung – Nemo tenetur de interpretatione lata	43
I. Das Nemo-tenetur-Konzept von <i>Rogall</i> .....	44
1. Die Thesen .....	44
a) Einfachgesetzliche Herleitung der Nemo-tenetur-Idee .....	44

b) Verfassungsrechtliche Verortung des Prinzips .....	45
c) Nemo tenetur und die Unterlassungsdelikte .....	47
2. Stellungnahme .....	48
a) Gefahren der „induktiven“ Methode .....	48
b) Menschenwürde als Sedes rationis .....	49
(1) Menschenwürde keine widerlegbare Vermutung .....	50
(2) Gebot der »intrapersonalen Orientierung« des Rechts .....	50
(3) »Selbstbegünstigungstrieb« .....	54
c) „Sonderopfer“ Rechtstreuer? .....	54
d) Selbstbelastung durch Passivität .....	55
e) *Der Beschuldigte als Beweismittel .....	57
3. Erstes Zwischenfazit .....	57
II. <i>Schneider</i> : Grund und Grenzen des Selbstbegünstigungsprivilegs .....	58
1. Die Thesen .....	58
a) Nemo tenetur als Justizgrundrecht .....	58
b) Nemo tenetur als Recht auf Passivität .....	59
c) Privilegierung „illegitimer“ Selbstbegünstigung als „Rechtswohltat“ ...	60
d) „Basishandlungen“ Flucht und Lüge: »Kompensationstheorie« .....	61
2. Stellungnahme .....	62
a) Zur verfassungsrechtlichen Verortung .....	62
b) Zur Kategorisierung in Aktivität / Passivität .....	62
c) Zur Unschuldsvermutung .....	64
d) Zur Kategorisierung in „legitim“ / „illegitim“ .....	68
e) Zur »Kompensationstheorie« .....	69
(1) Effektivitätsgrundsatz; Norminternalisierungsfähigkeit .....	69
(2) Abwesenheit von Kriterien zur Handhabung der Theorie .....	70
(3) Sinn der Beschuldigteneinlassung .....	71
3. Exkurs: Lügeverbot – de lege ferenda verfassungsgemäß? .....	72
a) Herkömmliche Erklärungsansätze: Parallelen zwischen Schweigen und Leugnen .....	72
(1) Motivatorische Parallele .....	72
(2) Inhaltliche Parallele .....	73
(3) Strukturelle Parallele .....	75
b) Neuer Ansatz: Wahrheitspflicht de lege ferenda verfassungsgemäß? ...	77
(1) Unvermeidbarkeit von Fehlerteilen .....	77
(2) Schuldgrundsatz: Gebot der quantitativen und qualitativen Mini- mierung der Eingriffsintensität des Fehlerteils .....	80
(3) »Nagelprobe«: Wahrheitspflicht des Zeugen / Sachverständigen ...	82
4. Zweites Zwischenfazit .....	84

Inhaltsverzeichnis	13
III. <i>Wolff</i> : Einbringung des Schuldgrundsatzes .....	85
1. Die Thesen .....	85
a) Plädoyer zugunsten der Menschenwürderelevanz im Selbstbegünstigungskontext .....	85
b) Schuldgrundsatz als Sedes materiae der Nemo-tenetur-Idee .....	85
2. Stellungnahme .....	87
3. Drittes Zwischenfazit .....	88
IV. »Theorien vom unmittelbaren Zwang« .....	88
1. <i>Grünwald</i> : Vermeidung des inneren Konflikts .....	88
a) These .....	88
b) Stellungnahme .....	89
2. <i>Reiß</i> : Der Beschuldigte als Wissensträger .....	89
a) These .....	89
b) Stellungnahme .....	90
3. Viertes Zwischenfazit .....	90
V. <i>Hoffmann</i> : Das Recht auf freie Selbstverteidigung .....	91
1. Die Thesen .....	91
2. Stellungnahme .....	92
3. Fünftes Zwischenfazit .....	94
VI. Das Selbstbegünstigungskonzept der Rechtsprechung .....	94
1. Auffassung des BVerfG .....	94
a) Drei ausgewählte Entscheidungen .....	94
b) Stellungnahme .....	95
2. Auffassung der Revisionsgerichte .....	98
a) Zu Nemo tenetur im besonderen .....	98
b) Zur Selbstbegünstigung im allgemeinen .....	98
(1) Das „zulässige / angemessene Verteidigungsverhalten“ .....	99
(2) Orientierung der Argumentation am Leugnen .....	100
(3) Latente Zugrundelegung der Nemo-tenetur-Idee .....	101
(4) System zweier korrelierender Grundsätze .....	101
(5) »Salvatorische Formel« .....	102
(6) Uneinigkeit bei der Bewertung vorausgeplanten Nachtatverhaltens .....	103

c) Stellungnahme .....	105
(1) Aktivität/Passivität keine taugliche »Primärkategorie« .....	105
(2) Keine taugliche Definition der „Verteidigungsfreiheit“ .....	105
(3) Überschneidungen von Nemo tenetur und der „Verteidigungsfreiheit“ .....	108
(4) Mißbrauchsgefahr bei »salvatorischer Formel« .....	109
3. Sechstes Zwischenfazit .....	109
VII. <i>Bosch</i> : Nemo tenetur als Recht zur freien Selbstdarstellung .....	110
1. Die Thesen .....	110
a) Notwendigkeit der Anpassung von Nemo tenetur an die Verfahrenswirklichkeit .....	110
b) Ratio: Innere Annahme des Urteils .....	111
c) Recht zur freien Selbstdarstellung .....	112
2. Stellungnahme .....	114
3. Siebtes Zwischenfazit .....	117
VIII. Gesamtfazit des Ersten Teils .....	117

### *Zweiter Teil*

#### **Verfassungsrechtliche Verortung des Nemo-tenetur-Prinzips und dessen Interpretatio ferenda**

A. Analyse der Strafverfolgungssituation .....	119
I. Die beteiligten Interessen .....	119
1. Interessen des Strafverfolgten .....	119
2. Interessen der Rechtsgemeinschaft .....	120
3. Interessenkonflikt doppelter Intensität .....	120
II. Die verfassungsrechtlichen Prämissen .....	121
1. Gebot der Achtung der Menschenwürde .....	121
2. Rechtsstaatsprinzip .....	121
a) Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege .....	121
b) Kritik .....	122
(1) Grünwald .....	122
(2) Hassemer .....	123
c) Stellungnahme .....	124
3. „Praktische Konkordanz“ .....	125
4. Idee der Gerechtigkeit; Rechtssicherheit .....	126

B. Nemo tenetur – de interpretatione ferenda .....	127
I. Nemo tenetur vs. Duldungspflicht .....	127
1. Die beiden Prinzipien als ausbalancierte »Antagonisten« .....	127
2. Erläuterung zu Nemo tenetur .....	128
a) Verfassungsrechtliche Verortung .....	128
b) Keine »Fremdbelastung«! .....	129
3. Erläuterungen zur Duldungspflicht .....	131
a) Konkretisierte Duldungspflicht .....	131
b) Potentielle Duldungspflicht .....	132
c) *Allgemeine Duldungspflicht .....	132
II. Das Schweigerecht .....	133
1. »Verdichtungsthese« .....	133
2. *Einwand gegen ein Schweige-„Recht“ .....	133
III. Die Beschuldigtenlüge .....	134
1. Verfassungsrechtliches Gebot der Lügefreiheit .....	134
2. »Fusion« von Lügefreiheit und Nemo tenetur .....	135
3. Vorschlag zur Terminologie .....	137
4. Hat der Beschuldigte ein „Recht zur Lüge“? .....	138
IV. Flucht .....	140
V. Prozeßverhalten des Angeklagten: Ein Sonderproblem? .....	141
VI. Zusammenfassung .....	144
C. Konkretisierung der Neuinterpretation .....	144
I. (Prüf-)Schema .....	144
1. Selbstbegünstigungsrelevanz .....	145
a) Verhaltensweisen <i>ohne</i> Selbstbegünstigungsrelevanz .....	145
b) »Selbstbegünstigendes Minimum« als Maßstab? .....	146
(1) Bezüglich nonverbaler Selbstbegünstigung .....	146
(2) Bezüglich der Einlassung des Beschuldigten .....	148
(3) Ergebnis .....	149
2. Selbstbegünstigungsmotivation .....	149
a) Verhaltensweisen <i>ohne</i> Selbstbegünstigungsmotivation .....	149
b) Ansonsten: Gesamtwürdigung .....	150
c) In dubio pro reo .....	152
3. Rechtsgüterschutz des StGB als absolute Grenze? .....	153

II. Rechtsgüterschutz vs. Lügef়reeheit .....	156
1. »Zeugen-Variante« des § 164 StGB .....	156
a) Lösungsansätze .....	156
b) Stellungnahme .....	157
2. »Verdachts-Variante« des § 164 StGB .....	158
a) Lösungsansätze .....	158
b) Stellungnahme .....	159
3. § 145d Abs. 2 Nr. 1 StGB .....	160
a) Lösungsansätze .....	160
b) Stellungnahme .....	162
4. § 187 StGB .....	163
a) Lösungsansätze .....	163
b) Stellungnahme .....	164
5. Zwischenfazit .....	164
6. Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens .....	165
a) Als allgemeiner übergesetzlicher Entschuldigungsgrund? .....	166
b) Als spezieller übergesetzlicher Entschuldigungsgrund? .....	168
c) Vorschlag: Spezieller Entschuldigungsgrund der Unzumutbarkeit norm-	
gemäßen Verhaltens zur Sicherung der verfassungsrechtlich garantier-	
ten Lügef়reeheit .....	171
(1) Systematisch bedingte Skrupel; Rückgriff auf § 35 (Abs. 1 S. 1)	
StGB .....	172
(2) Sonstige mögliche Einwände .....	178
(3) Irrtum des Selbstbegünstigungstäters (entsprechend § 35 Abs. 2	
StGB) .....	179
(4) Zusammenfassung .....	183
d) Anwendung auf die problematisierten Konstellationen .....	183
(1) § 164 StGB .....	186
(2) § 145d Abs. 2 Nr. 1 StGB .....	188
(3) § 187 StGB .....	190
III. Rechtsgüterschutz vs. Bezichtigungsfreiheit .....	191
1. § 145d Abs. 2 Nr. 1 StGB .....	191
2. §§ 303, 274 StGB .....	193
3. Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens .....	193
a) Fallvarianten .....	194
b) Absolute Grenze (entsprechend dem normativen Korrektiv des § 35	
Abs. 1 S. 2 StGB) .....	197

IV. Der Beschuldigte und die Aussagedelikte (§§ 153 ff. StGB) .....	201
1. Benennung eines unerkannten Mittäters als Entlastungszeuge .....	201
a) »Tatsächliche Benennung« als Anknüpfungspunkt .....	204
b) Beschuldigter als möglicher Teilnehmer an den Aussagedelikten .....	206
c) Psychische Anstiftung .....	209
d) Keine Entschuldigung wegen Unzumutbarkeit .....	216
2. Benennung sonstiger Entlastungszeugen .....	216
a) Rechtsgutsbezug der Garantenstellung .....	217
b) Keine Garantenstellung durch Benennung .....	218
3. Benennung nach Anstiftung .....	221
4. Beschuldigter „veranlaßt“ Zeugenaussage .....	221
V. Die <i>vorausgeplante</i> Selbstbegünstigung .....	222
D. Beginn der „Nachtat“-Phase .....	224
E. Fazit des Zweiten Teils .....	226

*Dritter Teil*

**Fallgruppenweise, die beiden Interpretationen vergleichende Analyse**

A. Schweigen/ Teilschweigen .....	229
I. Vollumfängliches Schweigen .....	229
1. „Schweigen“ als Schweigen zur Sache .....	229
2. Schlüsse aus dem Schweigen .....	230
3. *Mehrere Taten im prozessualen Sinn .....	232
II. Teilschweigen .....	233
1. Horizontales Teilschweigen .....	234
2. Vertikales Teilschweigen .....	234
3. »Technisches« vertikales Teilschweigen .....	239
4. *Der unbegründete Widerruf des Geständnisses .....	243
B. Leugnen .....	244
I. „Basishandlung“ Lüge .....	245
1. Argumente .....	245
2. »Salvatorische Formel« .....	248

3. Behauptung eines Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrundes .....	251
4. *Abzielen auf Strafmilderung .....	252
II. Lüge mit Fremdbezug .....	252
1. Substantiiertes Leugnen »betrifft« den Zeugen .....	252
2. Substantiiertes Leugnen »betrifft« das Opfer .....	255
3. Substantiiertes Leugnen »betrifft« (den) Mitangeklagte(n) .....	259
4. Verdacht wird auf andere gelenkt .....	260
III. Sonderproblem: Falschaussage des Entlastungszeugen .....	263
1. Leugnen „veranlaßt“ Zeugenaussage .....	264
2. Der Beschuldigte benennt einen Entlastungszeugen .....	264
a) Ohne Kenntnis von dessen Bereitschaft zur Falschaussage .....	264
b) In Kenntnis der Bereitschaft zur Falschaussage .....	265
c) Benennung eines bislang unentdeckten Mittäters als Entlastungszeuge .....	266
3. *Veranlassung durch Dritte; in dubio pro reo .....	267
IV. »Faktische Lüge« .....	267
V. Sonstiges .....	269
1. Folgeentscheidungen / Nebenentscheidungen .....	269
2. *Überlange Verfahrensdauer .....	270
C. Konsequentes Folgerverhalten .....	272
I. Fehlende Reue / Schuldeinsicht .....	272
1. Argumente .....	272
2. »Salvatorische Formel« .....	275
3. Folgeentscheidungen .....	275
II. Fehlendes Mitleid / fehlende Betroffenheit .....	276
1. Argumente .....	276
2. *Fehlen eines Milderungsgrundes als Strafschärfungsgrund? .....	277
III. Fehlende Schadenswiedergutmachung .....	278
1. Vorüberlegungen .....	278
2. Argumente .....	279

Inhaltsverzeichnis		19
D. Spurenbeseitigung .....		281
I. Spurenbeseitigung im allgemeinen .....		282
II. Beutesicherung .....		287
III. »Behandlung« der Leiche .....		289
1. Fallübersicht .....		289
2. Argumente .....		292
E. *Flucht .....		297
F. *Unterlassene Hilfeleistung, § 323c StGB .....		297
G. Fazit des Dritten Teils .....		298
<b>Gesamtergebnis .....</b>		<b>300</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>		<b>304</b>
<b>Sachwortverzeichnis .....</b>		<b>315</b>



## Problemstellung

§ 46 Abs. 1 S. 1 StGB<sup>1\*</sup> bestimmt, daß die *Schuld des Täters Grundlage für die Strafzumessung* ist. Abs. 2 der Vorschrift benennt als Umstand, der für oder gegen den Täter sprechen und bei der Strafzumessung berücksichtigt werden kann, sein *Verhalten nach der Tat*. Das wirft die Frage auf, ob hiermit jegliches Nachtatverhalten, also letztlich die gesamte Lebensführung des Täters gemeint ist (Nachtatverhalten i.w.S.) oder nur solches Verhalten, das sich auf die vorangegangene und zur Aburteilung stehende Straftat bezieht (Nachtatverhalten i.e.S.). Schon auf den ersten Blick weckt die weite Auffassung Bedenken. Jeder Mensch verhält sich einmal »unmoralisch«<sup>2\*</sup> oder »unsozial«, bewegt sich gelegentlich »außerhalb der üblichen Bahnen«. Warum sollte dem Täter aus Anlaß seiner Straftat zur Last gelegt werden, was ansonsten in strafrechtlicher Hinsicht unbeanstandet bleibt? Und an welchem Maßstab sollte sich der strafzumessende Richter orientieren? Die Berufung auf einen allgemeinen Verhaltenskodex reichte nicht aus, schließlich bestimmt Art. 103 Abs. 2 GG, daß *keine Strafe ohne Gesetz* verhängt werden darf. Angesichts der eingangs zitierten Vorschrift laufen diese Bedenken auf die Frage hinaus:

- Was ist „Schuld“ i.S. von § 46 Abs. 1 S. 1 StGB?

Dies wird man nicht beantworten können, ohne zuvor die logischen Vorfragen geklärt zu haben:

- Wozu dient Strafe bzw. was ist der Zweck des Strafrechts?

Die Auffassung, der zufolge nur das Nachtatverhalten i.e.S. bei der Strafzumessung gem. § 46 StGB berücksichtigt werden darf, birgt weitere Unklarheiten in sich. Zumeist wird das auf die Tat bezogene Nachtatverhalten – z. B. das Verwischen von Spuren, das Verstecken der Beute, das Erfinden eines Alibis u.s.w. – dazu dienen, sich der Strafe zu entziehen. Auch hierin liegt aber auf den ersten Blick nichts Täterspezifisches, ist doch jedem Menschen der Drang zu eigen, Negatives – im aktuellen Zusammenhang also: eine Strafe – von sich fernzuhalten. Dem Täter dies aus Anlaß der Straftat vorzuwerfen, müßte als ungerecht empfunden

---

<sup>1</sup> Die in dieser Untersuchung verwendeten Abkürzungen orientieren sich an *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis, passim. – Mit einem Stern („\*“) gekennzeichnete Fußnoten enthalten (u. a.) Erläuterungen zur äußeren Form der Untersuchung.

<sup>2</sup> Nur wörtlich Übernommenes wird im folgenden unter Verwendung der üblichen „Gänsefüßchen“ zitiert; die sog. »Deutschen Anführungszeichen« kennzeichnen sonstige (ggf. im Verlauf dieser Untersuchung entwickelte) Schlagwörter bzw. bildhaft oder pointierend verwendete Ausdrücke.

den werden. Zudem bestimmt Art. 14 Abs. 3 Buchst. g des Internationalen Pakts über staatsbürgerliche und politische Rechte<sup>3</sup>, der lt. Bekanntmachung v. 14. 6. 1976<sup>4</sup> in der BR Deutschland als einfaches Bundesrecht am 23. 3. 1976 in Kraft getreten ist: „[Der wegen einer strafbaren Handlung Angeklagte] darf nicht gezwungen werden, gegen sich selbst als Zeuge auszusagen oder sich schuldig zu bekennen.“ Diese Vorschrift korrespondiert mit dem strafprozessualen, durch entsprechende Belehrungspflichten<sup>5</sup> abgesicherten Schweigerecht des Beschuldigten bzw. Angeklagten, welches allgemein<sup>6</sup> aus dem Grundsatz des *Nemo tenetur se ipsum prodere*<sup>7</sup> hergeleitet wird. Grob übersetzt lautet dieses Postulat: Niemand ist gezwungen, sich selbst »ans Messer zu liefern«<sup>8</sup>. Gälte diese Bezeichnungsfreiheit uneingeschränkt, wäre die Möglichkeit der Berücksichtigung eines auf die Tat bezogenen Nachtatverhaltens, das ja zumeist dem Ziel der Selbstbegünstigung dient, praktisch obsolet. Im übrigen sieht das StGB in einigen Vorschriften<sup>9</sup> sogar eine Strafschärfung für den Fall vor, daß die Tatbestandsverwirklichung um einer Selbstbegünstigung willen geschehen ist. Damit stellen sich folgende Fragen:

- Welche Normqualität (Verfassungsrechtssatz oder einfaches strafprozessuales Recht) kommt dem Nemo-tenetur-Satz<sup>10\*</sup> zu?
- Welche Ratio liegt dem Nemo-tenetur-Satz zugrunde?
- In welchem Verhältnis steht der Nemo-tenetur-Satz zu den Vorschriften des StGB im allgemeinen und zu § 46 StGB im besonderen?

<sup>3</sup> Text in: BGBl. II (1973), S. 1533 – 1555.

<sup>4</sup> In: BGBl. II (1976), S. 1068.

<sup>5</sup> In den §§ 115 Abs. 3 S. 1, 128 Abs. 1 S. 2, 136 Abs. 1 S. 2, 163a Abs. 3 S. 2 und Abs. 4 S. 2, 243 Abs. 4 S. 1 StPO.

<sup>6</sup> M.v.N.: Rogall, in: SK, Vor § 133, Rn. 66; aus dem älteren Schrittm: Kohler, in: AcP, Bd. 60 (1913), S. 213 (212)\*; vgl. auch Beulke, Strafprozeßrecht, § 7 IV 6 (S. 53 bei Rn. 125) sowie Paeffgen, in: SK, Vor § 112, Rn. 31.

<sup>7</sup> In der Wahl dieser Formulierung liegt freilich schon einen gewisser Vorgriff, wird der Grundsatz doch auch, ja: öfter mit dem Verbum „accusare“ zitiert (so z. B. in der Rechtsprechung des BVerfG – siehe dazu das Zitat unten B VI 1 a – und des BGH sowie bei Rogall, in: SK, Vor § 133, Rn. 66); schon ein grober Übersetzungsversuch fördert den (bedeutsamen) Unterschied zutage: Ein „accusare“ setzt gedanklich eine entdeckte (und damit gem. §§ 152 Abs. 2, 160 Abs. 1 StPO verfolgte) Straftat voraus, während „prodere“ auch das zeitliche Vorfeld umfaßt, in dem nur der Täter – und nicht einmal unbedingt das Opfer, man denke etwa an Betrugsdelikte – von der Straftat positive Kenntnis hat; wie hier auch Jahn, in: StV 1998, S. 656 (652).

<sup>8</sup> Vgl. Peters, in: ZStW, Bd. 91 (1979), S. 123 (121).

<sup>9</sup> §§ 211 Abs. 2 (3. Gruppe), 306b Abs. 2 Nr. 2, 315 Abs. 3 Nr. 1 Buchst. b, 315b Abs. 3 StGB.

<sup>10</sup> Die Groß- bzw. Kleinschreibung lateinischer Ausdrücke orientiert sich im folgenden an deren grammatikalischer Funktion im deutschen Satz.

\* In Abweichung zur üblichen Zitierweise wird im folgenden zuerst die Seite, auf der die entsprechende Aussage zu finden ist, und danach in Klammern die Anfangsseite des betreffenden Textes angegeben.

Bei einem Blick in die Entscheidungen der Revisionsgerichte fällt auf, daß diese im Kontext selbstbegünstigenden Nachtatverhaltens nicht mit *Nemo tenetur*, sondern mit den Begriffen der „zulässigen/ angemessenen Verteidigung“, des „Rechts auf Verteidigung“ oder der „Verteidigungsfreiheit“ operieren. Dementsprechend erweitert sich der Fragenkatalog:

- Welche Normqualität (und welche Ratio) kommt der „Verteidigungsfreiheit“ zu?
- In welchem Verhältnis stehen die „Verteidigungsfreiheit“ und *Nemo-tenetur*-Satz zueinander?

Man könnte meinen, daß die Bewertung des Nachtatverhaltens als eine im Rahmen der Strafzumessung gem. § 46 StGB regelmäßig auftauchende Frage zur Genüge geklärt ist. Indes vergeht kein halbes Jahr, in dem nicht ein paar Revisionsentscheidungen veröffentlicht werden, die sich diesem Problem widmen.<sup>11</sup> Das läßt auf eine große Verunsicherung der Instanzgerichte in diesem Bereich der Rechtsanwendung schließen. Allerdings wird sich im Verlauf des *Ersten Teils* dieser Untersuchung herausstellen, daß auf die Fragen nach *Nemo tenetur* und der „Verteidigungsfreiheit“ noch keine jeweils vollständig überzeugenden Antworten vorliegen, was die Flut der Urteile und Beschlüsse zur Strafschärfungsrelevanz selbstbegünstigenden Nachtatverhaltens erklärt. Im *Zweiten Teil* sollen die bis dahin gleichwohl gewonnenen Erkenntnisse herangezogen werden, um die beiden benannten Grundsätze im Wege einer Neuinterpretation des *Nemo-tenetur*-Satzes zusammenzuführen. Zudem gilt es dort das Folgeproblem des Verhältnisses von *Nemo tenetur* zu den Vorschriften des StGB zu klären. Im *Dritten Teil* wird die bisherige Rechtsprechung zur Berücksichtigung des Nachtatverhaltens bei der Strafzumessung, geordnet nach Fallgruppen, referiert und im Licht des neuen *Nemo-tenetur*-Satzes analysiert.

Wer sich mit der strafrechtlichen Relevanz der Selbstbegünstigung des Beschuldigten beschäftigt, stößt früher oder später auf die äußerst umstrittene<sup>12</sup> Vorschrift des § 142 StGB. Jedes nähere Eingehen auf die Problematik der sog. „Verkehrsunfallflucht“<sup>13</sup> hätte indes bedeutet, daß neben das gerade beschriebene Ziel der Arbeit ein zumindest gleichgewichtiger weiterer Schwerpunkt getreten wäre, worunter unweigerlich Stringenz und Übersichtlichkeit der Untersuchung gelitten hätten. Da andererseits jedes gleichsam nur »häppchenweise« Anbringen des § 142 StGB den (wahrscheinlich gar berechtigten) Vorwurf selektiver Wahrnehmung

<sup>11</sup> Siehe die regelmäßige Rechtsprechungsübersicht in der NStZ (1981, S. 133/134; 1982, S. 151/152; 1983, S. 493; 1985, S. 160/161; 1986, S. 157/158; 1987, S. 165 und 459; 1989, S. 175 und 468; 1990, S. 221/222 und 485/486; 1991, S. 275 und 477; 1993, S. 178 und 475; 1994, S. 176 und 475; 1995, S. 171 und 488; 1996, S. 184 und 426; 1997, S. 176 und 477/448; 1998, S. 184 und 503; 1999, S. 121.

<sup>12</sup> Siehe dazu nur die umfangreichen Literaturangaben zu Beginn der jeweiligen Kommentierung.

<sup>13</sup> So *Tröndle* (§ 142, Rn. 5) zufolge die frühere Überschrift des § 142 StGB.