

B u c h r e z e n s i o n

Luna Rösinger, Die Freiheit des Beschuldigten vom Zwang zur Selbstbelastung. Über den Begründungszusammenhang von Mitwirkungsfreiheit und Strafverfahreingriff, Mohr Siebeck, Tübingen 2019, 335 S., € 94.

I. In Ihrer Kölner, unter Betreuung von *Thomas Weigend* entstandenen Dissertation greift *Luna Rösinger* das bereits intensiv bearbeitete Thema der Mitwirkungsfreiheit des Beschuldigten im Strafverfahren in innovativer Weise auf, indem sie – wie schon der Untertitel der Arbeit andeutet – nach den Rechtfertigungsbedingungen des Strafverfahrens fragt: „[W]ann [ist] der Eingriff des *Strafverfahrens*, d.h. des auf eine mögliche *Strafe* gerichteten Verfahrens, dem Beschuldigten gegenüber zu rechtfertigen“? Erst nach Klärung dieser Vorfrage ließen sich „Grund und Reichweite“ der Mitwirkungsfreiheit angemessen bestimmen (S. 1). Dabei beschränkt sich *Rösinger* nicht auf eine Untersuchung des geltenden Rechts, sondern strebt eine rechtsprinzipielle Behandlung der Mitwirkungsfreiheit an. Ziel der Arbeit „ist es, die Frage nach der Möglichkeit von Mitwirkungspflichten im Strafverfahren vom Ausgangspunkt der Freiheit des Bürgers aus zu beantworten“ (S. 2). Anhand dieser grundlegenden Zielsetzung wird schon deutlich, dass die Arbeit gewissermaßen erst in zweiter Linie von den einzelnen strafverfahrensrechtlichen Ausprägungen der Mitwirkungsfreiheit handelt. Denn zuvor gilt es nach *Rösinger*, das Konzept der Mitwirkungsfreiheit rechtstheoretisch präzise zu bestimmen und auf die rechtsphilosophische Begründungsfrage nach dem im Strafverfahren virulent werdenden Zusammenhang von Freiheit und Pflicht im Staat-Bürger-Verhältnis zurückzuführen (S. 2): „Aus welchen Gründen kann der Einzelne gegenüber der Gemeinschaft verpflichtet werden?“

II. Die Arbeit gliedert sich – sieht man von Einleitung und Schlussbetrachtung ab – in fünf Teile. Dabei entwickelt *Rösinger* im zweiten und dritten Kapitel zunächst den spezifischen Ansatz ihrer Untersuchung. Dieser besteht letztlich darin, zunächst die Rechtfertigungsbedürftigkeit des Strafprozesses als Eingriffsverfahren herauszustellen, anstatt dessen Legitimität vorauszusetzen, was das Regel-Ausnahme-Verhältnis mit Blick auf die Mitwirkungsfreiheit umkehrt. Hierzu skizziert sie in Kapitel 2 als Kontrastfolie zunächst das in Rechtsprechung und Literatur vorherrschende Paradigma, innerhalb dessen die (Ausprägungen der) Mitwirkungsfreiheit des Beschuldigten und seine Rechtsstellung im Strafverfahren diskutiert werden (S. 3 ff.). Die Rechtsprechungsentwicklung des BGH – gerade auch in Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 Abs. 1 EMRK – instruktiv nachzeichnend, macht sie plausibel, dass die Mitwirkungsfreiheit vordringlich als Selbstbelastungsfreiheit verstanden wird und sich als „Bündel aus situationsbezogenen Verboten bestimmter Eingriffsmittel wie Zwang und (partiell) Täuschung“ (S. 27) darstellt, welche als Konkretionen eines umfassenden Rechtssatzes, des Nemo-tenetur-Grundsatzes, begriffen werden. Dies sieht *Rösinger* in zweierlei Hinsicht kritisch (S. 27 ff.): Zum einen verstelle die Reduzierung der Mitwirkungsfreiheit auf eine Freiheit vom

Zwang zur Selbstbelastung den Blick auf eine ebenso mögliche, von der selbstbelastenden Wirkung bestimmter Beschuldigtenhandlungen gänzlich unabhängige Begründung der Mitwirkungsfreiheit. Statt implizit vorauszusetzen, „was [...] erst begründet werden sollte: dass eine Zwangs- bzw. Pflichtenfreiheit besteht, damit es nicht zu einer Selbstbelastung kommt“, dürfe man nur davon ausgehen, „dass eine Person grundsätzlich frei ist und Mitwirkungspflichten gerechtfertigt werden müssen“. So gesehen erscheine die Mitwirkungsfreiheit „als bloßer Schutzreflex“, der eigentlich zu verhandelnden Frage, „inwieweit der Beschuldigte eine Mitwirkung am Fortgang des Strafverfahrens [...] verweigern kann“ (S. 29 f.).

Zum anderen wendet sich *Rösinger* kritisch gegen die (insbesondere in der Literatur zu beobachtende) Methodik, die Gewährleistungen der Mitwirkungsfreiheit aus dem „vermeintlich im geltenden Recht etablierte[n] Nemo-tenetur-Grundsatz“ deduktiv abzuleiten (S. 30 ff.). Überzeugend stellt sie den Rechtssatzcharakter dieses Grundsatzes in Abrede, da dieser positiv-rechtlich nicht klar bestimmbar sei. Infolgedessen werde in verfassungsorientierten Bestimmungsansätzen das „Ergebnis [...] weniger aus der Betrachtung der Verfassungsnormen entwickelt, als ihnen vielmehr untergeschoben“ (S. 32). Ebenso wenig könne es überzeugen, den Nemo-tenetur-Grundsatz als Verfassungsgewohnheitsrecht oder als im Rechtsstaatsprinzip verankerte Verfassungstradition aufzufassen, da es insoweit keine einheitliche längere Übung und konsenterte Rechtsüberzeugung gebe (S. 35 ff.). Die in Rechtsprechung und Literatur zu beobachtende Berufung auf den Nemo-tenetur-Grundsatz suggeriere somit eine hinter der Mitwirkungsfreiheit stehende einheitliche ratio, die bei alleiniger Betrachtung des positiven Rechts nicht existiere. Daher bedürfe es für eine prinzipielle Begründung der Mitwirkungsfreiheit „einer materialen Theorie über das Verhältnis des Einzelnen zum Staat. Die wesentliche Begründungsarbeit liegt damit aber im vorpositiven Bereich“ (S. 42).

Dieses Verhältnis sei – wie hieran anknüpfend in Kapitel 3 herausgestellt wird (S. 47 ff.) – durch die grundsätzliche Freiheit des Bürgers gekennzeichnet, in welche die staatliche „Befugnis zur Durchführung eines Strafverfahrens [...] wie auch einzelne Pflichten [...] begründungsbedürftige Eingriffe“ darstellten (S. 48 f.). Dabei sei die Freiheit des Einzelnen eine originäre, d.h. „nicht erst durch den Staat gewährte, sondern von ihm gewährleistete Freiheit“ (S. 49), sodass das Strafverfahrensverhältnis zwischen Bürger und Staat nur ausgehend von einer vorpositiven „Theorie davon, was Strafe und damit Strafverfahren bedeuten“ (S. 61) begründet werden könne. Gleichwohl biete die etablierte Verfassungsdogmatik zur Eingriffsrechtfertigung ein hilfreiches Schema, an dem sich diese Theoriebildung vollziehen könne. Inhaltlich müsse jedoch stets eine Rückbindung an den „Gedanke[n] rechtlicher Freiheit“ (S. 60) stattfinden, da anderenfalls – wie *Rösinger* am Beispiel der Angemessenheitsprüfung eines verfahrensrechtlichen Eingriffs zeigt (S. 56 ff.) – eine aus ihrer Sicht freischwebende Abwägung zwischen beeinträchtigtem Individual- und überwiegendem Eingriffsinteresse weder

erklären könne, „warum abgewogen werden darf“, noch „wie genau man abwägen [...] soll“ (S. 59).

Mit dieser Exposition ihres Untersuchungsansatzes ist Rösinger zweifelsohne ein innovativer Zugriff auf die Mitwirkungsfreiheit des Beschuldigten gelungen. Und die Berechtigung, einen neuen, jenseits der gewohnten Argumentationsbahnen verlaufenden Ansatz zu wählen, lässt sich nicht von der Hand weisen, da Rösinger durchaus plausibel und (nicht nur verfassungsrechtlich, sondern auch [straf-]rechtsgeschichtlich) fundiert Defizite rein verfassungsorientierter Begründungsansätze identifiziert. Insbesondere überzeugt Rösingers Kritik, dass der Anspruch, sämtliche Aspekte der Mitwirkungsfreiheit aus einem umfassenden, verfassungsrechtlichen Rechtssatz abzuleiten, de lege lata verfassungsrechtlich (mangels hinreichender Bestimmbarkeit des Nemo-tenetur-Grundsatzes) nicht eingehalten werden kann. Freilich lässt sich fragen, ob ein solcher Anspruch denn auch eingehalten werden muss. Funktional betrachtet mag es nämlich ausreichen, dass – wie auch Rösingers Rechtsprechungsüberblick zeigt – ein relativ weitgehender Konsens über die verschiedenen Gewährleistungen der Selbstbelastungsfreiheit herrscht und diese in der Summe verfassungsrechtlich begründbar sind, selbst wenn die Begründungen dieser Gewährleistungen im Einzelnen divergieren bzw. auf ein Konglomerat verfassungsrechtlicher Bestimmungen gestützt werden (diskutiert werden etwa Art. 1; 4; 2 Abs. 1, 1 Abs. 1; 5; 20 Abs. 3 oder 103 Abs. 1 GG).

Freilich ändert dies nichts daran, dass Unschärfen in der Bedeutungsperipherie dieses zentralen Verfahrensprinzips und das Fehlen einer einheitlichen Begründung nicht nur unbefriedigend, sondern – wie Rösinger zutreffend herausstellt (S. 43 f.) – rechtsstaatlich bedenklich sind, da dort, wo die Selbstbelastungsfreiheit nicht greift, den Beschuldigten belastende Maßnahmen für zulässig erachtet werden. Vor allem aber beklagt Rösinger zu Recht, dass die Frage nach der grundsätzlichen Legitimität des Strafverfahrens oftmals überhaupt nicht mehr gestellt wird. Es verdient daher Beifall, dass Rösinger genau dies tut und dabei nicht nur das Verhältnis von Staat und Bürger in einem freiheitlichen Strafverfahrensverhältnis untersucht, sondern die Bedeutung rechtstheoretischer und rechtsphilosophischer Begründungsarbeit aufzeigt.

Gleichwohl fordert gerade dies natürlich die methodenkritische Gegenfrage heraus, inwiefern eine jenseits des „bloßen Nachvollzug[s] des geltenden Rechts“ (S. 31) verlaufende, letztlich vorpositive Begründung der Mitwirkungsfreiheit vor dem Hintergrund der heutigen pluralistischen und dem Demokratieprinzip verpflichteten Gesellschaft dem Anspruch nach legitim und allgemeinverbindlich sein kann. Denn soweit Rösinger – die sich im Fortgang weitgehend als Anhängerin der Wolff-Schule erweist (dazu sogleich) – das gesetzgebungskritische Potential ihres Ansatzes auf ein vorpositives (Vernunft-)Recht stützt, droht dies – jenseits der damit verbundenen, nicht unproblematischen philosophischen Vorannahmen – die Definitionsmacht des demokratisch legitimierten und nur verfassungsrechtlich gebundenen Gesetzgebers zu unterlaufen. Rösinger könnte darauf sicherlich antworten, dass die von ihr entwickelten vorpositiven Maßstäbe auf eine

Positivierung hindrängen, um so als allgemeingültiges Rechtsverhältnis konstituiert zu werden (so lassen sich ihre Ausführungen auf S. 88 f. und 92 ff. verstehen). Gleichwohl bezieht Rösinger die Verbindlichkeit ihres kritischen Maßstabs für die gesetzliche Ausgestaltung des Strafverfahrensverhältnis damit weiterhin nicht aus dem positiven Recht als Akt demokratischer Willensbildung, sondern aus einer voraussetzungsreichen, überpositiven Vernunftrechtskonzeption, die diesen Akt anleiten soll. Dies soll – und das sei ausdrücklich betont – Rösingers Ansatz nicht als per se unbegründbar zurückweisen, gerade auch weil die Gewährsfragen und -männer Rösingers (Wolff, Zaczyk, Köhler, Gierhake, Murmann u.a.) pointierte Antworten auf solche (positivistischen) Vorwürfe rein verfassungsorientierter Lehren vorbringen. Jedoch hätte man sich an dieser Stelle eine etwas (selbst-)kritischere und nicht nur punktuell in den Fußnoten stattfindende Reflexion der philosophischen Vorannahmen und geltungstheoretischen Rechtfertigungsprobleme des eigenen Ansatz gewünscht, zumal Rösinger ihrerseits bei verfassungsorientierten Ansätzen die fehlende kritische Reflexion der eigenen Methode moniert (vgl. nur S. 42, 46 oder 61).

Die von Rösinger geforderte Fundierung des Strafverfahrensverhältnisses in einem letztlich nur vorpositiv bestimmbar rechtlichen Freiheitsverhältnis erfolgt sodann in Kapitel 4 (S. 63 ff.). Ihrem Untersuchungsansatz und dem verfassungsdogmatischen Schema der Eingriffsprüfung entsprechend, widmet sich Rösinger zunächst der Frage, ob das von ihr als freiheitsbeschränkender Eingriff verstandene staatliche Strafverfahren (sie spricht insoweit auch vom „Strafverfahrenseingriff“) überhaupt einem legitimen Ziel diene. Da – im Falle verwirklichten Kriminalunrechts – das Strafverfahren als solches der „Rechtsverwirklichung“ (S. 64) und zwar durch Strafe diene, sei diese Frage letztlich zunächst nichts anderes als „die Frage nach der Legitimität von staatlicher Strafe“ (S. 66). Ob letztere legitim ist, beantwortet Rösinger im Zuge einer kritischen Auseinandersetzung mit retributiven und präventiven Straftheorien (S. 66 ff.). Weder negativ- (S. 72 ff.) noch positiv-generalpräventive Ansätze (S. 75 ff.) könnten überzeugen, da sie den Personenstatus des Täters ausdrücklich oder faktisch relativierten und das Erfordernis einer tat- und schuldangemessenen Strafe nicht erklären könnten. Letzteres treffe auch auf spezialpräventive Ansätze zu (S. 78 ff.). Dem stellt Rösinger in der Folge (85 ff.) eine „freiheitsgesetzlich-retributive Theorie“ gegenüber, welche „den Straftäter ernst [nehme], indem sie in der Lage ist zu erklären, warum er Strafe auf sich nehmen muss [...]. Dies ist nur möglich, wenn ein innerer Zusammenhang zwischen Recht und Person gefunden werden kann.“ (S. 85)

Ausgangspunkt ihres Strafverständnisses ist der Ansatz der bereits erwähnten Wolff-Schule, wonach sich Kriminalunrecht nur als Verletzung eines vorgängigen Rechtsverhältnisses verstehen lasse. Dieses Rechtsverhältnis sei nicht positiv-rechtlich gesetzt, sondern – wie letztlich im Rekurs auf Kant und Fichte begründet wird – Ausdruck einer gemeinschaftlichen Vernunftleistung, wonach die Rechtssubjekte selbst als praktisch-vernünftige Wesen das Recht als „interpersonale[s] Verhältni[s] der Anerkennung des jeweils anderen und seiner äußeren Freiheitssphäre“ konstituierten, wel-

ches „auf der Ebene des Staates durch die Allgemeinheit des Gesetzes zusätzliche Befestigung“ erfahre (S. 88 f.). Entsprechend fundamental setzt auch *Rösingers* korrespondierende Bestimmung von Kriminalunrecht an, welches dieses „Grundverhältnis der Beteiligten“ dadurch zerstöre, dass „der Täter seinen Freiheitsraum“ derart erweitere, dass „der Angegriffene daneben nicht als anerkannter Gleicher bestehen bleiben kann“ (S. 90). Strafe hat nach dieser materiellen Unrechtslehre die Funktion, das rechtliche Anerkennungsverhältnis dadurch wiederherzustellen, dass der unberechtigt erlangte Rechtsstatus des Täters verkürzt und hierdurch eine funktionierende intersubjektive Rechtsbeziehung wiederhergestellt werde (S. 93 ff.). Nur so lasse sich Strafe gegenüber dem Täter rechtfertigen, da diese dann für den Täter kein „fremder Zweck, sondern sein eigener“ sei, insoweit die Strafbegründung durch „Rückbezug auf den Täter durch seine Tat“ erfolge (S. 95 f.). In der Folge (S. 100 ff.) zeigt *Rösinger* in kritischer Auseinandersetzung mit der häufig bemühten Rechtsfriedensfunktion des Strafverfahrens auf, dass dieser Begründungszusammenhang von vorpositivem Rechtsverhältnis, materiellem Unrechtsbegriff und Straflegitimation auch auf die im Strafverfahren staatlicherseits erstrebte „Rechtsverwirklichung“ durchgreife, insoweit auch hier „Recht als gegenseitiges Anerkennungsverhältnis verstanden“ und somit begründend auf die Prozessbeteiligten als Mitkonstituenten des Rechts zurückgeführt werde (S. 104). Damit sei „das Interesse an der Durchführung eines Strafverfahrens [...] ein legitimes“ (S. 105). Die Besonderheit des Strafverfahrens bestehe lediglich darin, dass es unter „Unsicherheit über die Schuld des Beschuldigten“ (S. 100) stattfinde, sodass Rechtsverwirklichung nicht nur im Wege der Bestrafung, sondern bei Ausräumung des Tatverdachts auch in Form der Bestätigung eines intakten Rechtsverhältnisses erfolgen könne.

Nachdem *Rösinger* die grundsätzliche Legitimität des mit dem Strafverfahrenseingriff verfolgten Ziels (des Strafverfolgungsinteresses) herausgestellt hat, widmet sie sich in Kapitel 5 und 6 den weiteren Anforderungen einer Eingriffsrechtfertigung. Überzeugend legt sie dar, dass hierfür zunächst ein präzises Verständnis davon erforderlich ist, welche Rechtspositionen dabei auf Seiten des Beschuldigten überhaupt in Rede stehen. Dazu greift sie in Kapitel 5 die die gegenwärtige rechts- und moralphilosophische Diskussion um subjektive Rechte strukturierende Begriffsanalyse Hohfelds auf (S. 107 ff.). Dieser habe zutreffend herausgestellt, dass – entgegen der gängigen Vorstellung, alle juristischen Beziehungen auf Rechte und Pflichten zurückführen zu können – Anspruchsrechte von Freiheitsrechten zu unterscheiden seien. Während Anspruchsrechten stets die Pflicht eines anderen korreliere, gewährten Freiheiten lediglich eine Befugnis zum eigenen Handeln, ohne dass dem eine Pflicht anderer korrespondiere, diese Freiheitsausübung nicht zu beeinträchtigen. *Rösinger* legt überzeugend dar, dass diese begriffliche Differenzierung auch auf Verfahrensrechte anwendbar sei (S. 112 ff.) und dass folglich staatlichen Eingriffsbefugnissen eine (Duldungs-)Pflicht des Betroffenen korrespondieren könne, aber nicht notwendig müsse (S. 116 f.). Entsprechend differenziert sei die Eingriffsrechtfertigung, insbesondere auf Stufe der

Angemessenheit, zu betrachten (S. 118 ff.): Auch wenn das Eingriffsinteresse das Beschuldigteninteresse überwiege, folge daraus keine korrespondierende Mitwirkungspflicht. Vielmehr könne einer begründbaren „staatlichen Eingriffsbefugnis [...] eine konkurrierende Freiheit des Beschuldigten gegenüberstehen“, sodass „sich beide Seiten durch die Ausübung ihrer Befugnisse gegenseitig beeinträchtigen“ (S. 121).

Im sechsten Kapitel füllt *Rösinger* diese Struktur sodann inhaltlich aus, indem sie die Begründungsansätze für ein in eine Angemessenheitsprüfung einzustellendes schützenswertes Interesse an der Mitwirkungsfreiheit untersucht. Dabei werden zunächst an partikularen Individualinteressen orientierte Begründungsansätze zurückgewiesen (S. 123 ff.). Insofern überzeugt insbesondere *Rösingers* Kritik an der h.M., welche zur Begründung der Mitwirkungsfreiheit auf eine „dem natürlichen Selbsterhaltungstrieb“ zuwiderlaufende „Unzumutbarkeit einer Mitwirkung im Falle einer selbstbelastenden Wirkung verweis[t]“ (S. 123). Zu Recht stellt sie die hierbei vorausgesetzte normative Relevanz eines bloß psychologisch empfundenen Konflikts und die damit verbundene Einengung der Mitwirkungsfreiheit auf den Schutz vor dem „bewusst erlebten Konflikt“ (S. 127) in Frage. Vor allem ist ihr darin beizupflichten, dass die h.M. nicht plausibel erklären könne, warum nach ihr Zwang zur aktiven Mitwirkung unzulässig, passive Duldungspflichten mit gleicher Wirkung hingegen zulässig sein sollen, wo sich doch die vom Betroffenen erlebte Konfliktlage nicht signifikant unterscheidet (S. 127 ff.). Auch verfahrensspezifische Erklärungen der Mitwirkungsfreiheit werden zurückgewiesen, welche diese mit dem Erfordernis einer gerechten Verfahrensteilhabe (S. 141 ff.), der gesetzgeberischen „Abkehr vom Inquisitionsprozess als solcher“ (S. 146 ff.) oder der Verfahrensstabilisierung durch Absorption etwaiger Proteste des Beschuldigten gegen das Verfahrensergebnis (S. 150 ff.) begründen. Hierbei ist – angesichts ihres materiellen Unrechtsbegriffs erwartbar – *Rösingers* Hauptkritikpunkt, dass diese Ansätze begründungstheoretisch ohne Bezug zur Person des Beschuldigten blieben. Wohlwollender steht *Rösinger* daher Ansätzen gegenüber, nach denen der Nemo-tenetur-Grundsatz ein in der Menschenwürde und dem sie tragenden Autonomieprinzip begründetes Instrumentalisierungsverbot enthalte (S. 132 ff.). Allerdings sei das Autonomiekonzept zur Begründung der Mitwirkungsfreiheit „in Hinblick auf den konkreten Verwendungsbereich“ zu unbestimmt und stelle „keinen Bezug gerade zum Beschuldigten“ (etwa im Unterschied zum ebenso in seiner Autonomie betroffenen Zeugen) „und zu der Besonderheit seiner Lage in einem auf Strafe gerichteten Verfahren her“ (S. 137).

Dieser Sonderstellung werde man nur gerecht, wenn man dem besonderen Distanzinteresse des Beschuldigten Rechnung trage (S. 155 ff.). Schon die Belastung mit einer Beschuldigung im Strafverfahren (ungeachtet konkret belastender Ermittlungsmaßnahmen) stelle ein „normatives Übel“ dar (S. 158), da es hierdurch zu einer „partielle[n] Ausgrenzung aus dem Gleichheitsverhältnis“ und einer Infragestellung des „Rechtsstatus des Betroffenen“ komme, „sodass seine Rechtsstellung schon im Strafverfahren unsicher wird“ (S. 157). Dieses normative Übel müsse – was *Rösinger* als

Forderung aus der Unschuldsvermutung ausweist – auch gegenüber dem Unschuldigen (falsch Beschuldigten) gerechtfertigt werden können (S. 158 ff.). Weitgehend überzeugend legt *Rösinger* dar, dass eine solche Rechtfertigung nicht aus dem Verdacht selbst bzw. einer Verhaltensverantwortlichkeit des Beschuldigten für den Verdacht entnommen werden könne, da dies der Unschuldsvermutung widersprechend bereits die Annahme einer Unrechtsverantwortung des Beschuldigten impliziere (S. 161 ff.). Letzterem dürfe daher „nur der Pflichtenkreis eines Tat- und Verdachtsunzuständigen auferlegt werden [...] – er ist Nichtstörer“ (S. 171). Dann aber komme eine Rechtfertigung des Strafverfahrengingriffs nur noch aus dem Aufopferungs- bzw. Teilhabegedanken in Betracht (S. 171 ff.), wobei das Aufopferungsprinzip – entsprechend *Rösingers* vorpositivem Rechtsverständnis – „seinen Grund und seine Grenze in der Teilhabe am geschützten Rechtsverhältnis“ (S. 176) habe und so begründend auf den Beschuldigten selbst zurückgeführt werde. Eine „Grundsolidaritätspflicht“ und „[s]olidarische Haftung“ aller sei nämlich „Voraussetzung für die Freiheit aller“ (S. 172 f.).

In kenntnisreicher Auseinandersetzung mit der Literatur legt sie dar, dass diese Teilhabehaftung aber nur unter bestimmten Bedingungen verhältnismäßig sei: Das staatliche Eingriffsinteresse, dessen grundsätzliche Legitimität *Rösinger* bereits herausgestellt hatte, müsse – wie sie unter Rekurs auf den Notstandsgedanken zeigt – das Interesse an der Verschonung vor dem Eingriff wesentlich überwiegen (S. 176 ff.). Es müsse ein immanenter Ausgleich für das vom Beschuldigten erbrachte Sonderopfer bestehen, was durch die Aussicht auf eine mögliche „Aufhebung der Verdächtigung und das Verbot an den Staat, den Betroffenen je wieder in der gleichen Sache zu verdächtigen“, geschehe (S. 180 ff.). Und schließlich müsse die Opfergrenze eingehalten werden (S. 184 ff.). Diese Opfergrenze sei durch „[d]ie fortdauernde Teilhabe am allgemeinen Rechtsverhältnis“ (S. 185) bestimmt. Jedoch trage es der eingangs von ihr festgestellten, besonderen Verfahrenssituation des Beschuldigten nicht hinreichend Rechnung, diese Grenze – wie in kritischer Auseinandersetzung mit Ansätzen Köhlers und von Freiers ausgeführt wird – bei der Aufrechterhaltung substantieller Bedingungen der Teilhabe (insbesondere autonomer Selbstverständigung und Kommunikation) zu setzen. Die Wahrung substantieller Teilhabe markiere nur eine allgemeine, etwa auch für Zeugen geltende und „auch außerhalb des Strafverfahrens zu beachtende [...] absolute Opfergrenze“ (S. 189). Der Strafverfahrengingriff sei jedoch durch eine „vorübergehende, grundlose Ausgrenzung aus dem Gleichheitsverhältnis aller unbescholtenen Bürger“ gekennzeichnet, d.h. durch einen „dissoziierenden Vorstoß“ seitens des Staates, der „die Teilhabe am allgemeinen Rechtsverhältnis als solche in Frage“ stelle. Daher bestehe ein besonderes „Distanzinteresse“, das „die Seite der Beschuldigteninteressen [verstärkt]. Der Staat kann folglich seine Eingriffe [...] nur noch auf eine erheblich [...] geschwächte Solidaritätshaftung stützen“ (S. 190 f.).

Genau an dieser Stelle greifen nun die zuvor entwickelte formale Rechtsposition der Freiheit (Kapitel 5) und deren inhaltliche Rechtfertigung ineinander (S. 193 ff.): Weil der Beschuldigte angesichts der Infragestellung als freier und

gleicher Mitkonstituent des Rechts ein legitimes Distanzinteresse habe, könnten Mitwirkungspflichten nur aus einer Verhaltensverantwortlichkeit (Störerhaftung), aber nicht mehr „aus dem Aufopferungsgedanken“ gerechtfertigt werden, da hierdurch „die Distanzierungsmöglichkeit des Beschuldigten [...] völlig aufgehoben [würde]“ (S. 199). Eine praktische Konkordanz von Eingriffs- und Beschuldigteninteresse lasse sich folglich nur bei einer grundsätzlichen Pflichtenfreiheit des Beschuldigten erreichen, der die Befugnis habe, sich „der gemeinsamen Sache [...] [zu] verweigern“ (S. 197). Da der so verstandenen Mitwirkungsfreiheit des Beschuldigten staatlicherseits gegenläufige Freiheiten, d.h. Eingriffsbefugnisse (so sie denn im Übrigen begründbar sind) entgegenstehen könnten („ein Gegenüber von Erlaubnissen“, S. 213), spricht *Rösinger* unter Rekurs auf Hegel anschaulich von einem im Strafverfahren stattfindenden „Kampf um Anerkennung“, der aber jeweils auf „Wiederherstellung des Anerkennungsverhältnisses“ ausgerichtet sei (S. 196). Dieses eigene Verständnis der Mitwirkungsfreiheit – das *Rösinger* noch gegenüber ähnlich klingenden Ansätzen abgrenzt (S. 199 ff.) – liefert ihr die konzeptuelle Blaupause, welche den im Folgenden (Kapitel 7) entwickelten rechtspraktischen Umsetzungsvorschlägen zugrunde liegt.

Rösinger gelingt damit eine wohl durchdachte Kritik der gegenwärtig diskutierten Begründungsansätze der Selbstbelastungsfreiheit. Sicherlich lässt sich an verschiedener Stelle im Argumentationsgang nachfragen, ob und wie die von *Rösinger* jeweils kritisierten Positionen verteidigt werden könnten, doch im Rahmen dieser Rezension sei die beachtliche eigene Theoriebildung *Rösingers* genauer in den Blick genommen. Diese beeindruckt schon insoweit, als innerhalb des verfassungsdogmatischen Schemas der Eingriffsprüfung (Kapitel 3) ein rechtsphilosophisch und straftheoretisch fundiertes Strafverfahrensverständnis (Kapitel 4) mit der analytischen Rechtslehre (Kapitel 5) verknüpft wird und es so gelingt, ein Konzept der Mitwirkungsfreiheit vorzulegen, das das eingangs festgestellte Forschungsdesiderat beantwortet. Denn *Rösinger* kann hiermit die verschiedenen Ausprägungen der Mitwirkungsfreiheit auf ein Prinzip zurückzuführen und damit den Nemo-tenetur-Grundsatz auf ein (zuvor im positiven Recht vergeblich gesuchtes) einheitliches Fundament stellen. Maßgeblich hierfür ist das von ihr herausgearbeitete Distanzinteresse des Beschuldigten, mit dem eine umfassende Pflichtenfreiheit des Beschuldigten einhergeht, was sich rechtstheoretisch als Freiheit, gegen das staatliche Strafverfolgungsverlangen zu opponieren, darstellt. Fraglich erscheint jedoch, ob es *Rösinger* tatsächlich gelingt, die Legitimität dieses Distanzinteresses überzeugend zu begründen. Diese stützt *Rösinger* auf das mit dem Strafverfahrengingriff verbundene „faktisch ausgrenzend[e] Vorgehen“ gegen den Beschuldigten, welches angesichts der bei einer Verurteilung drohenden Rechtsstatusverkürzung „die Teilhabe am allgemeinen Rechtsverhältnis als solche in Frage“ (S. 190) bzw. „unter Vorbehalt“ (S. 199) stelle. Doch hat die Beschuldigung tatsächlich diese Wirkung? Und warum sollte dies eine umfassende Pflichtenfreiheit rechtfertigen?

Zugestanden, dass Strafe zu einer Rechtsstatusverkürzung führt, lässt sich zunächst bezweifeln, dass dies schon im

Verfahren auf den Rechtsstatus des Beschuldigten zurückwirkt. Dagegen spricht bereits die Unschuldsvermutung, insoweit sie auch ein subjektives Recht des Beschuldigten und damit eine verfahrenskonstitutive Statuszuweisung darstellt. Danach wird dem Beschuldigten der ungeschmälerete Status eines gleichberechtigten Mitglieds der Rechtsgemeinschaft zugewiesen, dessen Anerkennung er auch beanspruchen kann. Eine von der Strafsanktion her gedachte Infragestellung des Rechtsstatus liefe dem zuwider (nach *Rösinger* modifiziert die Unschuldsvermutung lediglich die Anforderungen an die Eingriffsrechtfertigung, S. 205 f., weshalb sie diesen Einwand zurückweist, S. 199, Fn. 429). Vor allem aber lässt sich das Strafverfahren selbst nicht anders als eine Praxis rechtlicher Statusaffirmation verstehen, was *Rösinger* meiner Ansicht nach nur unzureichend reflektiert, wenn sie immerhin davon spricht, dass der Kampf um Anerkennung „im Anerkennungsverhältnis stattfindet“ (S. 196) und der Beschuldigte „noch Teil“ des allgemeinen Rechtsverhältnisses sei (S. 199). Denn um jemanden zu beschuldigen, d.h. ihm verbunden mit einem Rechtfertigungsverlangen eine Straftat vorzuwerfen, müssen wir ihn bereits als gleiches Rechtssubjekt adressieren und respektieren. Wir müssen implizit annehmen, dass der Beschuldigte normativ ansprechbare Rechtsperson ist (er ist, um Schopenhauers Bild aufzugreifen, kein „Raubthier“, dem „ein Maulkorb“ zu verpassen ist). Und da Beschuldigung *ceteris paribus* jeden treffen kann, weil sie Regeln unterliegt, die reziprok für alle Rechtssubjekte gelten, adressieren wir den Beschuldigten auch im Strafverfahren als freien und gleichen Akteur der Rechtsgemeinschaft. (Vermutete/Infrage gestellte) Normtreue selbst ist keine statuskonstitutive Eigenschaft, sondern weil man den Status einer Rechtsperson hat, kann man sich allererst normtreu oder -untreu verhalten. Folglich stellt auch der Vorwurf einer Straftat gerade keinen „dissoziierende[n] Vorstoß“ (S. 190) des Staates dar, sondern ist Ausdruck davon, dass wir den Beschuldigten als ebenbürtigen, freiverantwortlichen Mitkonstituenten des Rechts ernst nehmen. Beschuldigung ist somit eine Form der Anerkennung, sie ist nicht Infragestellung, sondern Bestätigung des Rechtsstatus.

Doch selbst wenn man annimmt, die Beschuldigung stelle den Rechtsstatus des Beschuldigten infrage, lässt sich bezweifeln, ob *Rösingers* Konklusion (das Bestehen einer auf ein legitimes Distanzinteresse gegründeten verfahrensrechtlichen Pflichtenfreiheit) ohne Begründungsfriktionen mit ihren Prämissen (dem Bestehen eines vorpositiven rechtlichen Anerkennungsverhältnisses) vereinbar ist. Denn aus dem vorpositiven rechtlichen Anerkennungsverhältnis kann eine solche Pflichtenfreiheit ersichtlich nicht unmittelbar abgeleitet werden, soweit man dieses – wie es *Rösinger* im Anschluss an die bereits erwähnte Wolff-Schule tut – im Wesentlichen unmittelbar auf einen an Kant und Fichte orientierten Rechtsbegriff gründet. Danach ist nämlich das rechtliche Anerkennungsverhältnis durch reziproke Anspruchsrechte und korrespondierende Pflichten bezogen auf ein System gleicher Handlungssphären gekennzeichnet. In Hohfeldscher Terminologie ausgedrückt: Die Freiheit, innerhalb der eigenen Sphäre zu handeln, ist bewehrt durch ein Anspruchsrecht darauf, dass andere sich nicht dadurch einmischen, dass sie

außerhalb ihrer Sphäre in die eigene eindringen. Anders gesagt und auf *Rösingers* vorpositives Rechtsverständnis gewandt: Ich habe gegenüber anderen ein Anspruchsrecht auf Anerkennung als gleiches Rechtssubjekt und diese anderen haben mir gegenüber eine korrespondierende Pflicht, diese Anerkennung zu leisten, indem sie meine Freiheitssphäre respektieren.

Ist nun der Staat laut *Rösinger* nichts anderes als der von den Rechtssubjekten geschaffene Garant dieses freiheitlichen Rechtsverhältnisses unter Gleichen (so S. 88 ff.) und ist das Strafverfahren die institutionelle Verwirklichungsbedingung dieses Rechtsverhältnis bei Verdacht einer Rechtsverletzung (so S. 64 ff., 100 ff.), so müsste sich jedoch dieses vorstaatliche Anspruchsrecht-Pflicht-Verhältnis *prima facie* auch im staatlichen Strafverfahren fortsetzen: Die staatlich verfasste Rechtsgemeinschaft hat so gesehen ein Anspruchsrecht auf „tätige Infragestellung der vermuteten Normtreue des Bürgers“ (S. 158), sobald ein tatsächlich fundierter Tatverdacht besteht, weil anders die bereits vorstaatlich konstituierten, individuellen rechtlichen Anerkennungsansprüche nicht einlösbar sind. *Rösinger* müsste also zeigen, warum die mit der Beschuldigung verbundene Infragestellung des Rechtsstatus noch ein eigens zu rechtfertigendes normatives Übel sein kann, wenn das Strafverfahren nichts anderes ist als der konsentierten Verwirklichungsmechanismus der vorstaatlich begründeten, reziproken rechtlichen Anerkennungsanspruchsrechte und -pflichten – also ein Übel, zu dessen Inkaufnahme bei Aufkommen eines ihn belastenden Tatverdachts sich ein jeder bereits *ex ante* verpflichtet hat. Anderenfalls kann eine Pflichtenfreiheit durch ein späteres Distanzinteresse ebenso wenig begründet werden, wie durch einen *ex post* unliebsamen Kaufvertrag eine Befreiung von der Kaufpreiszahlungspflicht.

Dies macht auch deutlich, dass der von *Rösinger* zu Beginn ihrer Untersuchung gewählte verfassungsdogmatische Zugriff einer Eingriffsprüfung ausgehend von den von ihr im Anschluss an die Wolff-Schule zugrunde gelegten Prämissen ein Stück weit zu kurz greift, da er suggeriert, Beschuldigung sei ein stets unliebsamer äußerer Eingriff, der eine ansonsten unbeschränkte Freiheit begrenzt. Jedoch ist die „Freiheit des Bürgers“ (S. 2), um die es *Rösinger* doch eigentlich geht, mit dem von ihr selbst bemühten kantischen Rechtsbegriff gesprochen bereits „in ihrer Idee [...] eingeschränkt“ (*Kant*, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 1797, § C der Einleitung in die Rechtslehre) und wird im Staat aus Sicht des Bürgers in einer „gesetzlichen Abhängigkeit“ garantiert, die „aus seinem eigenen gesetzgebenden Willen entspringt“ (a.a.O. § 47). Anders gesagt: Die bürgerliche Freiheit findet ihren Ausdruck auch im und durch das staatliche Strafverfahren als allgemein konsentiertem Rechtsverwirklichungsmechanismus. Deutlich wird dies auch am von ihr behaupteten Distanzinteresse des Beschuldigten, welches die Pflichtenfreiheit rechtfertigen soll. Warum soll der Unschuldige (falsch Beschuldigte) stets ein Interesse haben, gegen ein Verfahren zu opponieren, das Realisationsbedingung seiner Existenz als freie Rechtsperson ist? Sein Status als Vernunftperson und Mitkonstituent des Rechts findet doch gerade seinen Ausdruck durch das Strafverfahren als von ihm mitge-

tragendes Instrument der Rechtsverwirklichung. Soll es – angelehnt an Kant – nicht bloß um die „sinnlichen Interessen“ gehen (niemand hat Lust, einem Strafverfahren unterworfen zu werden), lässt sich ausgehend von *Rösingers* Prämissen also ebenso gut dafür argumentieren, dass auch dem Unschuldigen als Vernunftperson daran gelegen ist, die gegen ihn vorgebrachte Beschuldigung im und durch das Verfahren als falsch zurückzuweisen: Die Beschuldigung muss kein Distanz-, sie kann auch ein Mitwirkungsinteresse auslösen. Damit ist aber *Rösingers* Schluss auf das Erfordernis einer Pflichtenfreiheit zur Herstellung „praktischer Konkordanz“ von „Eingriffsinteresse und d[em] betroffene[n] Interesse“ des Beschuldigten (S. 193) nicht mehr zwingend.

Eine Zurückweisung der Selbstbelastungsfreiheit des Beschuldigten folgt – das sei ausdrücklich betont – aus all dem nicht: Vielmehr stellt sich meiner Ansicht nach ausgehend von *Rösingers* im Anschluss an die Wolff-Schule entwickelten Prämissen das Regel-Ausnahme-Verhältnis lediglich anders dar, als es *Rösinger* nachzuweisen versucht. Statt für eine grundsätzliche Pflichtenfreiheit lässt sich besser für eine grundsätzliche Mitwirkungspflicht des Beschuldigten argumentieren, wovon die Selbstbelastungsfreiheit eine Ausnahme begründet. Diese müsste dann als Opfergrenze in die Angemessenheitsprüfung staatlicher Zwangsmaßnahmen eingestellt werden. Dies leisten etwa Köhler und von Freier, die ausgehend von einer allgemeinen Justizpflicht den Nemo-tenetur-Grundsatz als allgemeine Opfergrenze aus der notwendigen Wahrung substantieller Teilhabe am Rechtsverhältnis begründen (dazu *Rösinger*, S. 184 ff.).

Sieht man von diesen meiner Ansicht nach noch offenen Begründungsfragen in *Rösingers* Verständnis der Mitwirkungsfreiheit ab, gelingt ihr im letzten Kapitel der Untersuchung (S. 214 ff.) eine konsequente und in der theoretischen Geschlossenheit beeindruckende Übertragung ihres Konzeptes auf die einzelnen, in der Diskussion befindlichen Gewährleistungen des Nemo-tenetur-Grundsatzes. Geht man nämlich im Strafverfahren von einer grundsätzlichen Pflichtenfreiheit des Beschuldigten aus, weshalb dieser die Befugnis hat, gegen Verfahrensmaßnahmen zu opponieren, so lassen sich Mitwirkungspflichten mit dem Strafverfolgungsinteresse nicht mehr begründen: Es kann keine Aussagepflicht des Beschuldigten geben (S. 215 f.), keine Wahrheitspflicht, soweit von einer Lüge nur das Strafverfolgungsinteresse, nicht aber die Rechte Dritter betroffen sind (S. 246 ff.), keine Anwesenheitspflicht (S. 217 ff.), keine Duldungspflicht gegenüber ausschließlich im Strafverfolgungsinteresse vorgenommenen Zwangsmaßnahmen (S. 224 ff.). Ihre konsequente Fortsetzung findet diese Pflichtenfreiheit in der gerichtlichen Beweiswürdigung und Strafzumessung, da hiernach eine negative Würdigung des Schweigens als Schuldindiz (S. 263 ff.) ebenso ausscheidet, wie eine strafscharfende Berücksichtigung des Mitwirkungsverhaltens im Prozess (S. 274 f.; das Nachtatverhalten des Täters lasse sich überhaupt nur strafmildernd und auch nur bei einer ehrlichen Abstandnahme von der Tat berücksichtigen, was *Rösinger* jedoch nicht auf die Mitwirkungsfreiheit, sondern angesichts ihres Unrechts- und Strafverständnisses konsequent darauf stützt, dass nur dann wegen einer erbrachten Wiederherstellungsleistung von ei-

nem veränderten Maß der Schuld gesprochen werden könne, S. 265 ff.). Folgerichtig beschränken sich Mitwirkungspflichten bzw. Duldungspflichten des Beschuldigten auf Fälle einer Verhaltensverantwortlichkeit, etwa der Untersuchungshaft als Reaktion auf drittbeeinträchtigendes und damit unerlaubtes Verhalten des Beschuldigten (S. 235).

Seinen ganzen Charme entfaltet der neue, rechtstheoretisch informierte Ansatz *Rösingers* jedoch in der Behandlung der staatlichen Eingriffsbefugnisse, welche nach ihr grundsätzlich (ebenso wie schon die Rechtsposition des Beschuldigten) in Hohfeldscher Terminologie als Freiheit zu konzipieren sind (S. 224 ff.). Zwangsmaßnahmen dienen danach nicht der Durchsetzung von Pflichten, sondern seien Befugnisse zu eigenem Handeln des Staates, auf dessen Unterlassung der Beschuldigte keinen Anspruch habe. Dies ermögliche – im Unterschied zum „Aktiv/passiv-Kriterium der Rechtsprechung“ – eine trennscharfe Abgrenzung zwischen zulässiger „Durchsetzung des eigenen Verhaltens“ des Staates und unzulässiger Erwirkung fremden Verhaltens des Beschuldigten (S. 226 f.). Gleichzeitig werde hierdurch – worauf es *Rösinger* maßgeblich ankam – trotz Zulässigkeit einer Eingriffsmaßnahme das legitime Beschuldigteninteresse, „in einer Haltung der Distanz zum Geschehen verharren“ zu können (S. 228), gewahrt. Im Übrigen beurteilt *Rösinger* die Zulässigkeit von Zwangsmaßnahmen nach den allgemeinen für Nicht-Störer geltenden Anforderungen, d.h. „nach dem überwiegenden Eingriffsinteresse und der allgemeinen Opfergrenze“ (S. 231). Letztere verbiete – wie *Rösinger* durchaus überzeugend darlegt – den Einsatz heimlicher Ermittlungsmethoden (S. 237 ff.), die Täuschung in privaten Kommunikationsbeziehungen (S. 244) sowie eine Befugnis des Staates zur Täuschung oder Lüge gegenüber dem Beschuldigten (S. 251 ff.). Solche Maßnahmen ließen sich nur rechtfertigen, soweit der Beschuldigte wegen eines unzulässigen Vorverhaltens als Verhaltensstörer in Anspruch genommen werden könne.

Abschließend (S. 276 ff.) bestimmt *Rösinger* – unter Zugrundelegung ihres Verständnisses von der Belastungswirkung des Strafverfahreneingriffs konsequent – den Schutzbereich der Mitwirkungsfreiheit in zeitlicher Hinsicht: Für den Beschuldigtenstatus sei kein objektiver Tatverdacht erforderlich (dieser sei lediglich für die Eingriffsrechtfertigung relevant), sondern es komme bereits zu dem Zeitpunkt zu einer Infragestellung des Rechtsstatus, wenn „Maßnahmen gegen eine Person ergriffen werden, die zur Klärung eines gegen sie gerichteten (auch nur subjektiven) Verdachts dienen“ (S. 280). Zudem entfalte die Mitwirkungsfreiheit auch eine beschränkte Vorwirkung, woraus sich die Befugnis zur Auskunftsverweigerung bei Selbstbelastung herleite (S. 294 ff.).

III. *Rösinger* hat mit ihrer Dissertation zur Begründung der Mitwirkungsfreiheit eine rundum überzeugende Qualifikationsschrift vorgelegt. Sie bezeugt ungeheuren Fleiß, stупende Kenntnis der einschlägigen Literatur und erheblichen Scharfsinn, mit dem sich die Autorin ihr darauf bezogenes Urteil bildet. Trotz der vorstehend geäußerten kritischen Rückfragen zum Ansatz und zu einzelnen Wertungsfragen ist das Argumentationsniveau der Arbeit durchgehend beachtlich

und die Auseinandersetzung mit *Rösingers* Argumenten bringt auch immer einen Erkenntnisgewinn. Daher ist das Buch allen, die einen innovativen Zugriff auf das Thema der Mitwirkungsfreiheit suchen, der grundlegende rechtsphilosophische Überlegungen zum Strafverfahrensverhältnis mit konkreten rechtspraktischen Umsetzungsvorschlägen verbindet, sehr zur Lektüre zu empfehlen.

Wissenschaftlicher Mitarbeiter Dr. phil. Dr. iur. Philipp-Alexander Hirsch, Göttingen