

Heidelberger Schriften
zum Wirtschaftsrecht und Europarecht

114

Marie-Thérèse Eble-Glück

Selbstbelastungskonflikte des Organmitglieds im Verhältnis zur Aktiengesellschaft



Nomos

Heidelberger Schriften
zum Wirtschaftsrecht und Europarecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Stefan J. Geibel, Maître en droit (Aix/Marseille)

Prof. Dr. Christian Heinze, LL.M. (Cambridge)

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter-Christian Müller-Graff

Prof. Dr. Dirk A. Verse, M.Jur. (Oxford)

Band 114

Marie-Thérèse Eble-Glück

Selbstbelastungskonflikte des Organmitglieds im Verhältnis zur Aktiengesellschaft



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Heidelberg, Univ., Diss., 2023

ISBN 978-3-7560-1460-6 (Print)

ISBN 978-3-7489-1997-1 (ePDF)

1. Auflage 2024

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2024. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2023/2024 von der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Lehre befinden sich im Wesentlichen auf dem Stand von November 2023.

Mein besonderer und herzlicher Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Dirk A. Verse, M. Jur. (Oxford). Er gab den Anstoß zum Thema dieser Arbeit und überließ doch mir die Freiheit, es immer weiter zu entwickeln. Ich möchte ihm nicht nur dafür danken, dass er jederzeit zu fachlichem Austausch und intensiven Diskussionen bereit war, sondern auch für die persönliche Ermutigung in den verschiedenen Phasen der Promotion. Die Möglichkeit, während der Fertigung der Dissertation an seinem Lehrstuhl tätig zu sein, brachte mir wertvolle Erfahrungen und ganz neue Perspektiven im juristischen Arbeiten. Die offene, herzliche und anregende Atmosphäre, die dort herrscht, machte die Promotionszeit unvergesslich.

Bedanken möchte ich mich auch bei Herrn Professor Dr. Dr. h. c. mult. Peter Hommelhoff für die so zügige Erstellung seines Zweitgutachtens. Ferner danke ich Herrn Professor Dr. Stefan J. Geibel, Maître en droit (Université Aix-Marseille III) für die Übernahme des Vorsitzes während der Disputation. Zu Dank verpflichtet bin ich darüber hinaus den Herausgebern der Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht für die Aufnahme meiner Dissertation in ihre Schriftenreihe.

Von ganzem Herzen möchte ich zuletzt meiner Familie sowie meinen Freundinnen und Freunden meinen Dank aussprechen. Sie haben mich begleitet, mir zugehört, mich motiviert und stets mitgeföhlt bei allen Höhen und Tiefen. Ich freue mich sehr darüber, dass ich mich auf ihren Beistand immer verlassen konnte und kann.

Auch meine Kolleginnen und Kollegen am Lehrstuhl sind während der Promotionszeit zu Freunden geworden, bei denen ich mich für die gemeinsame Zeit bedanken möchte. Sie haben den Arbeitsalltag so viel fröhlicher und schöner gemacht.

Besonders aber die bedingungslose, liebevolle und selbstlose Unterstützung meines Mannes und meiner Eltern bedeutet mir mehr, als man es mit

Vorwort

Worten ausdrücken könnte. Der Abschluss dieser Arbeit wäre ohne ihren Rückhalt nicht möglich gewesen. Ihnen ist sie deshalb gewidmet – in Liebe.

Dossenheim, im November 2023

Marie Eble-Glück

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	9
Abkürzungsverzeichnis	23
§ 1 Einführung	29
A. Gegenstand der Untersuchung	29
B. Eingrenzung der Thematik und Gang der Untersuchung	32
§ 2 Verfassungsrechtliche und gesellschaftsrechtliche Grundlagen des Selbstbelastungsschutzes	37
A. Die Vorgaben des Verfassungsrechts: Der Nemo-Tenetur-Grundsatz und seine Bedeutung für außerstrafprozessuale privatnützige Selbstbelastungspflichten	37
B. Der „gesellschaftsrechtliche Selbstbelastungsschutz“: Grundlagen und Abgrenzung	151
§ 3 Die potenziell selbstbelastenden Pflichten des Organmitglieds: Einfachrechtliche Gebotenheit und verfassungsrechtliche Interessenabwägung	165
A. Fallgruppenbildung	165
B. Die Pflicht des Organmitglieds zur Preisgabe selbstbelastender Tatsachen im Rahmen gesetzlicher Informationspflichten	166
C. Die Pflicht des Organmitglieds zur Selbstanzeige und Selbstverfolgung und die Rechtsfolge der Sekundärverjährung	233
D. Zusammenfassung	395
§ 4 Der Schutz des Organmitglieds vor einer strafprozessualen Verwertung der Selbstbelastung	397
A. Das Problem der Erzwingbarkeit	397
B. Die Reichweite des Beweisverwertungsverbots	405

Inhaltsübersicht

C. Zusammenfassung	406
§ 5 Zusammenfassung in Thesen	407
Literaturverzeichnis	423

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	23
§ 1 Einführung	29
A. Gegenstand der Untersuchung	29
B. Eingrenzung der Thematik und Gang der Untersuchung	32
§ 2 Verfassungsrechtliche und gesellschaftsrechtliche Grundlagen des Selbstbelastungsschutzes	37
A. Die Vorgaben des Verfassungsrechts: Der Nemo-Tenetur- Grundsatz und seine Bedeutung für außerstrafprozessuale privatnützige Selbstbelastungspflichten	37
I. Problemstellung und Gang der Untersuchung	37
II. Der historische Ursprung des strafprozessualen Schweigerechts des Beschuldigten	40
III. Die Begründung eines außerstrafprozessualen Selbstbelastungsschutzes nach dem Gemeinschuldnerbeschluss	42
1. Ausgangslage	43
2. Einschlägige Grundrechte und Differenzierungskriterien	44
a) Schutz im Strafverfahren und entsprechenden Verfahren	44
b) Rechtsgeschäftlich oder gesetzlich Verpflichtete	45
3. Einordnung des Gemeinschuldners und Argumentation für eine uneingeschränkte Auskunftspflicht	46
4. Ergänzung durch ein Verwertungsverbot	47
5. Ergebnis	48
6. Zwischenstand: Die wesentlichen Erkenntnisse des Gemeinschuldnerbeschlusses	48

IV. Abgleich mit der Diskussion um die verfassungsrechtliche Verortung des Nemo-Tenetur-Grundsatzes	49
1. Die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung als Ausgangspunkt	50
2. Vorgehensweise und Ziel einer genauen verfassungsrechtlichen Verortung	51
3. Begründungsstrategien und ihre Bedeutung für den verfassungsrechtlichen außerstrafprozessualen Schutz des Interesses, sich nicht selbst belasten zu müssen	53
a) Erste Gruppe: Das Grundrecht auf Selbstbelastungsfreiheit	54
aa) Die Zuordnung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht	54
bb) Die Begründung des unantastbaren Kernbereichs über die „Menschenwürde-Relevanz“	55
cc) Außerstrafprozessuale Wirkung und Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsbeschluss	57
b) Zweite Gruppe: Die strafprozessuale Ausrichtung des verfassungsrechtlichen Nemo-Tenetur-Grundsatzes	59
aa) Historische Bedeutung als prozessuale Verteidigungsfreiheit	59
bb) Zuordnung zu einzelnen Verfassungsbestimmungen	60
(1) Anspruch auf rechtliches Gehör	60
(2) Schuldgrundsatz	60
(3) Recht auf ein faires Verfahren und allgemeine Verankerung im Rechtsstaatsprinzip	62
(4) Prozessuale Fundierung ohne verfassungsrechtliche „Oktroyierung“	63

cc) Außerstrafprozessuale Wirkung und Vereinbarkeit mit dem Gemeinschuldnerbeschluss	64
(1) Aushöhlung des strafprozessualen Schweigerechts bzw. „Ausstrahlungswirkung“ des Nemo- Tenetur-Grundsatzes	64
(2) Der verfassungsrechtliche Selbstbelastungsschutz unabhängig von einem Strafverfahren	65
(a) Keine Geltung des Nemo-Tenetur- Grundsatzes	65
(b) Relativierung über den „allgemeinen“ verfassungsrechtlichen Selbstbelastungsschutz	66
4. Zwischenstand: Die Wirkungsrichtungen des verfassungsrechtlichen Selbstbelastungsschutzes	69
V. Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Schutzes bei außerstrafprozessualen privatnützigen Selbstbelastungspflichten am Beispiel von Arzt und Arbeitnehmer	71
1. Überblick: Selbstbelastende Informationspflichten bei Arzt und Arbeitnehmer	71
2. Das Überwiegen des privaten Informationsinteresses und die Kriterien der Interessenabwägung	74
a) Notwendigkeit der Interessenabwägung	75
aa) Das Architektenurteil	76
bb) Kein allgemeiner Vorrang des privaten Interesses vor dem Selbstschonungsinteresse	78
b) Die „Kriterien“ der Interessenabwägung	81
aa) Das „besondere Pflichtenverhältnis“: Schutzbedürftigkeit des Pflichtigen	83

bb)	Die „Angewiesenheit“: Stärke des Informationsinteresses und Verhältnis zur Intensität der Selbstbelastung	85
(1)	Charakterisierung des (überwiegenden) Gegeninteresses	85
(a)	Problematik um § 630c Abs. 2 S. 2 Alt. 1 BGB	86
(b)	Allgemeine Schlussfolgerungen	89
(2)	Charakterisierung der verlangten Selbstbelastung: Erfüllungsmodalitäten und alternative Befriedigung des Gegeninteresses	92
(3)	Zwischenergebnis	96
cc)	Die „besondere Verwerflichkeit“ und die strafrechtliche Relevanz: Differenzierung nach der Art der Vor-Pflichtverletzung?	96
dd)	Abgrenzung: Die Bedeutung der Zumutbarkeit im Einzelfall	101
(1)	Die Problematik im Arbeitsrecht	102
(2)	Stellungnahme: Gebietet der verfassungsrechtliche Selbstbelastungsschutz ein Abstellen auf die Zumutbarkeit im Einzelfall?	105
(3)	Zwischenergebnis	108
c)	Zusammenfassung: Notwendigkeit und Kriterien der Interessenabwägung	108
d)	Rechtsfolge bei bestehendem und bei fehlendem überwiegenen Gegeninteresse	109
3.	Staatliche Erzwingbarkeit als Voraussetzung des absoluten Schutzes vor strafgerichtlicher Zweckentfremdung	109
a)	Diskussion um den staatlichen Aussagezwang des Arbeitnehmers: Problem und Lösungsansätze	111
aa)	Übertragbarkeit des Gemeinschuldnerbeschlusses	111
bb)	Alternative Lösungsansätze	114

b)	Schlussfolgerungen für andere außerstrafprozessuale privatnützige Selbstbelastungspflichten	117
aa)	Problemkreis: Schutz bei nichtstaatlichem Auskunftsberechtigten	117
bb)	Problemkreis: Schutz bei freiwilliger Übernahme der Verpflichtung	122
cc)	Problemkreis: Schutz bei „niedrigerer“ Zwangintensität	123
(1)	Vollstreckbare selbstbelastende Pflichten	123
(2)	Die Bedeutung mittelbaren Zwangs	125
c)	Zusammenfassung	130
4.	Konkrete Ausgestaltung des strafprozessualen Schutzes	130
a)	Möglichkeiten der Absicherung auf Pflicht- und Verwertungsebene	131
aa)	Verweigerungsrecht und Zwangsmittelverbot	131
bb)	Beweisverwertungsverbote und Abgrenzungsprobleme	131
(1)	Grundlagen	131
(2)	Das Gemeinschaftsnervorbild und die gesetzgeberische Umsetzung	132
b)	Selbstbelastungszwang des Organmitglieds: Meinungsübersicht und Problematik	134
c)	Stellungnahme	136
aa)	Auskunftsverweigerungsrecht ist grundsätzlich nicht geboten	136
bb)	Zur Fern- und Frühwirkung des Verbotes	139
cc)	Zusammenfassung	144
d)	Rechtsgrundlage und Regelungsbefugnis	144
VI.	Gebietet die europäische Perspektive ein außerstrafprozessuales Schweigerecht?	146
VII.	Zusammenfassung	149
B.	Der „gesellschaftsrechtliche Selbstbelastungsschutz“: Grundlagen und Abgrenzung	151
I.	Die Anwendung der verfassungsrechtlichen Vorgaben auf Selbstbelastungskonflikte des Organmitglieds im Verhältnis zur Gesellschaft: Allgemeine Grundsätze	151

II. Die Bedeutung der „aktienrechtlichen Gebotenheit“	154
1. Besondere Schonungsmechanismen im Verhältnis zwischen Organmitglied und Gesellschaft?	155
a) Idee: Besondere Berücksichtigung persönlicher Organmitgliedsinteressen auf Grundlage der Fürsorgepflicht der Gesellschaft	155
b) Stellungnahme: Bedeutung des Verfassungsrechts und der Treuebindung des Organmitglieds	159
2. Möglicher Selbstbelastungsschutz als „Nebeneffekt“	162
III. Zusammenfassung	164
§ 3 Die potenziell selbstbelastenden Pflichten des Organmitglieds: Einfachrechtliche Gebotenheit und verfassungsrechtliche Interessenabwägung	165
A. Fallgruppenbildung	165
B. Die Pflicht des Organmitglieds zur Preisgabe selbstbelastender Tatsachen im Rahmen gesetzlicher Informationspflichten	166
I. Die selbstbelastende Mitwirkungspflicht des Vorstandsmitglieds an der Berichterstattung gegenüber dem Aufsichtsrat (§ 90 AktG)	166
1. Grundlagen: Das Prinzip unbedingter Offenheit zwischen Vorstand und Aufsichtsrat	166
2. Abwägung zwischen dem Selbstschonungsinteresse des Vorstandsmitglieds und dem Interesse der Gesellschaft	167
3. Ergebnis	175
II. Die selbstbelastende Mitwirkungspflicht des Vorstandsmitglieds an der Auskunft in der Hauptversammlung (§ 131 AktG)	176
1. Grundlagen: Spannungsfeld zwischen Vorstandsmitglied, Aktionär und Gesellschaft	176
a) Mitgliedschaftliches Recht des Aktionärs und Mitwirkungspflicht des Vorstandsmitglieds	176
b) Eingeschränkte Bedeutung von § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 AktG	178

c)	Mögliche Ansatzpunkte für den „Selbstbelastungsschutz“ des Vorstandsmitglieds	179
aa)	Interessendreieck zwischen Aktionär, Gesellschaft und Vorstandsmitglied	179
bb)	Überlegungen zur aktienrechtlichen Gebotenheit	179
(1)	Kein umfassender Rechenschaftsanspruch des Aktionärs	180
(2)	Spannungsfeld Kontrolle und Willensbildung	182
(3)	Nachteiligkeit der Auskunft für die Gesellschaft	183
(4)	Anknüpfungspunkte im Wortlaut	184
(5)	Bedeutung für die aktienrechtliche Gebotenheit	185
cc)	Darauf basierende Abwägung mit dem verfassungsrechtlich geschützten Selbstschonungsinteresse	185
2.	Aktienrechtliche Gebotenheit einer Organmitglieder belastenden Auskunft der Gesellschaft und Einfluss auf die Mitwirkungspflicht des Vorstandsmitglieds	186
a)	Erforderlichkeit i.S.v. § 131 Abs. 1 S. 1 AktG bei Aufdeckung von Verwaltungspflichtverletzungen	186
aa)	Strengerer Beurteilungsmaßstab im Zusammenhang mit der Entlastung?	186
bb)	Allgemeine Wesentlichkeitsschwelle und „kompetenzbezogene Auslegung“	187
cc)	Problematik in der Praxis	192
b)	Auskunftsverweigerungsrecht nach § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 AktG bei der Aufdeckung von Verwaltungspflichtverletzungen	193
aa)	Perspektivwechsel zum Gesellschaftsinteresse	194
bb)	Konkretisierung des Gesellschaftsinteresses bei interner Aufklärung von Verwaltungspflichtverletzungen	197
cc)	Problematik der Plausibilisierung	203
c)	Auswirkung auf die selbstbelastende Mitwirkungspflicht des einzelnen Vorstandsmitglieds	206

3. Abwägung zwischen dem Selbstschonungsinteresse des Vorstandsmitglieds und dem Interesse der Gesellschaft	208
a) Eröffnung des Schutzbereichs des allgemeinen Persönlichkeitsrechts	208
b) Überwiegendes Interesse der Gesellschaft	210
4. Ergebnis	212
III. Die selbstbelastende Aufklärungspflicht des Organmitglieds gegenüber dem Sonderprüfer (§ 145 Abs. 2 AktG)	213
1. Grundlagen	214
2. Aktienrechtliche Gebotenheit der uneingeschränkten Selbstbelastung	215
3. Abwägung zwischen dem verfassungsrechtlich geschützten Selbstschutzinteresse des Organmitglieds und dem Interesse der Gesellschaft an der uneingeschränkten Selbstbelastung	223
4. Ergebnis	226
IV. Die selbstbelastende Mitwirkungspflicht des Organmitglieds an der Ad-hoc-Mitteilung des Emittenten (Art. 17 MMVO)	227
V. Zusammenfassung	232
C. Die Pflicht des Organmitglieds zur Selbstanzeige und Selbstverfolgung und die Rechtsfolge der Sekundärverjährung	233
I. Überblick	233
II. Sekundärhaftung des Aufsichtsratsmitglieds für Verjährenlassen von Ansprüchen gegen den Vorstand trotz eigener Haftungsgefahr: Das Easy-Software-Urteil 2018	234
1. Sachverhalt, Verfahrensgang und Grundproblem	234
2. Konstruktion des sekundären Ersatzanspruchs und Verjährungsverdoppelung	236
3. Keine Unzumutbarkeit der Selbstbezeichnung	238
4. Übersicht: Die Reaktion des Schrifttums	240
III. (Keine) Sekundärhaftung des Vorstandsmitglieds: Diskussion um eine Selbstanzeigespflicht des Vorstandsmitglieds vor und nach dem Easy-Software-Urteil	241
1. Einführung: Der Zusammenhang zwischen Selbstanzeigespflicht und Sekundärverjährung	243
a) Die Idee der „Verjährungsverlängerung“ in der Organhaftung	243

b)	Die Sekundärhaftung des Rechtsanwalts als Vorbild	244
c)	Erledigung der Sekundärhaftung des Rechtsanwalts und Ansätze zur Übertragung auf das Vorstandsmitglied	247
d)	Weiterentwicklung in der Organhaftung	249
2.	Die rechtsfolgenorientierte Gegenargumentation in Rechtsprechung und Lehre	252
a)	Die Bejahung des „Verjährungsschadens“	252
aa)	Die Abgrenzung zur Sekundärhaftung des verfolgungspflichtvergessenen Aufsichtsratsmitglieds nach dem Bundesgerichtshof	253
bb)	Bloße Wertungsentscheidung im Fall des Aufsichtsratsmitglieds?	253
cc)	Eigener Schaden durch Verlust der endgültigen Werthaltigkeit des Anspruchs	255
dd)	Zwischenergebnis	257
b)	Das Verjährungsrecht als Hindernis für Selbstanzeigespflicht und Sekundärhaftung	257
aa)	Der kenntnisunabhängige Verjährungsfristbeginn als Argument gegen eine Pflicht zur Selbstanzeige	259
(1)	Differenzierung zwischen der Pflicht und der Sekundärverjährungsfolge	259
(2)	(Haftungs-)Rechtliche Bedeutung der Selbstbelastungspflicht abseits der Sekundärverjährung	261
(a)	Der aus der Verletzung der Selbstanzeigespflicht resultierende Schadensersatzanspruch der Gesellschaft	264
(aa)	Grundsatz: Gleichlauf mit dem Ausgangsschaden	264
(bb)	Verzögerungsschäden und Bedeutung des Schutzzwecks	265
(cc)	„Folgeschäden“ und ihre haftungsrechtliche Bedeutung	265
(aaa)	Idee und Anwendungsfeld	265

(bbb) Grundsatz: Ersatzfähigkeit über den ursprünglichen Schadensersatz	267
(ccc) Bedeutung bei gescheiterter Ausgangshaftung und „Fassih“- Problematik	268
(dd) Zwischenergebnis	271
(b) Das Strafbarkeitsrisiko bei Verletzung der Selbstanzeigespflicht	271
(c) Die Bedeutung bei der Anfechtung von Abfindungsvereinbarungen	272
(d) Die Bedeutung als eigenständiger Abberufungsgrund	274
(3) Zwischenstand	275
bb) Der kenntnisunabhängige Verjährungsfristbeginn als Argument gegen die sekundäre Haftung des Vorstandsmitglieds	276
(1) Parallele zwischen Vorstands- und Aufsichtsratskonstellation aus verjährungsrechtlicher Sicht	276
(2) Zweifel an einem starren „Recht auf Verjährung“	279
(3) Problem: Die sekundären Pflichten des Vorstandsmitglieds nach der Easy-Software- Begründung	282
(4) Zwischenergebnis	284
(5) Exkurs: Die „Anlass“-Voraussetzung für die erneute Pflichtverletzung	285
cc) Zwischenergebnis	286
3. Problem: Verfassungsrechtlicher Selbstbelastungsschutz und Rolle des Überwachungsorgans	287
a) Die Argumentation mit der Unzumutbarkeit der aktiven Selbstbeziehung	287
b) Der mögliche Vorrang des Gesellschaftsinteresses	288
c) Übertragbarkeit der Easy-Software-Abwägung und Überwachungsfunktion des Aufsichtsrats	291

d) Argumentation mit der Existenz und der Funktion des Aufsichtsrats	294
aa) Keine Erforderlichkeit der Selbstanzeigepflicht und Schutzbedürftigkeit der Gesellschaft	295
(1) Eingrenzungskriterien nach <i>Taupitz</i>	295
(a) Ausgangspunkt: Fremdinteressenwahrung, Selbstbelastungsschutz und Eigenverantwortlichkeit der Vertragspartner	295
(b) Beschränkung auf vermögensbetreuende Expertenberufe	296
(c) Einordnung: Interessenabwägung und Angewiesenheit	297
(2) Ablehnung der Schutzbedürftigkeit der Gesellschaft mit der Kontrollmöglichkeit des Aufsichtsrats	298
bb) Fehlende Anspruchsverfolgungszuständigkeit des Vorstands	299
cc) Unterstützungspflicht des Vorstands	299
e) Die Einordnung der Aufsichtsrats-Problematik	300
IV. Zwischenstand: Gemeinsame Problematik beider Konstellationen	300
V. Stellungnahme nach Fallgruppen	302
1. Keine Selbstverfolgungspflicht des Geschäftsführungsorgans	302
a) Herleitung des Grundsatzes: Keine Selbstverfolgungspflicht des Vorstands	302
aa) Keine Pflicht des Vorstands zur Überwachung der Anspruchsverfolgung durch den Aufsichtsrat	303
(1) Bedeutung der Selbstanzeigepflicht als Begleitungs- bzw. Überwachungspflicht gegenüber dem Aufsichtsrat	303
(2) Parallele zur Vergütungsverantwortung des Aufsichtsrats: Vorstand als „Rechtmäßigkeitsgarant“?	306
(3) Argumente gegen eine Doppel- oder Zusatzzuständigkeit	312

(4) Verhältnis zur Easy-Software-Entscheidung	317
(5) Geltung im Kollegium und Bedeutung der Selbstbelastungsproblematik	318
(6) Zwischenergebnis	321
bb) Eingeschränkte Anspruchsverfolgungspflicht des Vorstands gegen den Aufsichtsrat	322
(1) Herrschende Auffassung: Spiegelbildliche Anwendung der ARAG/Garmenbeck-Grundsätze	322
(2) Problematik und Modifizierungsansätze	323
(3) Keine Selbstverfolgungspflicht „durch die Hintertür“: Differenzierung nach der Pflichtverletzung des Aufsichtsratsmitglieds	325
(4) Das Prinzip der „Haftungskonservierung“	330
cc) Zwischenergebnis	333
b) Abgrenzung zur Informationspflicht nach § 90 AktG: Anteil an Verfolgungsaufgabe des Aufsichtsrats und Folge der Sekundärhaftung	333
aa) Verhältnis zur Funktion des Aufsichtsrats	334
bb) Die Folge der Sekundärhaftung	336
(1) Pflichtverletzung	336
(2) Schutzzweck, Kausalität des Schadens und Sekundärverjährungsfolge	338
cc) Exkurs: Andere selbstbelastende Informationspflichten und die Bedeutung des Schutzzwecks	340
dd) Zwischenergebnis	341
c) Abgrenzung: Verfolgungspflicht des Vorstands gegen Einlagenrückgewähempfänger bei eigener Pflichtverletzung durch Auszahlung	342
aa) Das Bestehen der Verfolgungspflicht	342
bb) Keine Ausnahme bei Selbstbelastung	343
cc) Folge der Sekundärhaftung	344
dd) Bedeutung für Gesamtschuld zwischen Vorstand und Aufsichtsrat	350
d) Exkurs: Geltung für den Geschäftsführer der GmbH	350
e) Ergebnis	354

2. „Echte“ Selbstverfolgungspflicht des Aufsichtsorgans	355
a) Mittelbare Selbstverfolgungspflicht des Aufsichtsratsmitglieds im Easy-Software-Urteil: Abgrenzung der Vorpflichtverletzungen	355
b) Das Problem des Erfüllungsanreizes	357
c) Kein Verstoß gegen institutionelle Trennung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat	361
d) Der Vorrang des Gesellschaftsinteresses vor dem verfassungsrechtlich geschützten Selbstschonungsinteresse des Aufsichtsratsmitglieds	362
e) Anwendbarkeit der Schonungsausnahme nach ARAG/Garmenbeck auf das verfolgungspflichtige Aufsichtsratsmitglied und Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls	367
f) Verjährungsrechtliche Bedeutung der Verfolgungspflichtverletzung	369
g) Der Amtswechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat	372
h) Unmittelbare Selbstverfolgungspflicht des Aufsichtsrats?	373
i) Ergebnis	378
3. Zusammenfassung: (Selbst-)Verfolgungspflicht und Selbstbelastungsschutz	378
a) Die (fehlende) Selbstverfolgungsfunktion bei Vorstand und Aufsichtsrat	378
b) Das Verhältnis zur Nemo-Tenetur-Argumentation	379
c) Rechtspolitische Folgen und Effektivität der Organhaftungsdurchsetzung	380
4. Die Selbstanzeigespflicht des Organmitglieds abseits des Anspruchsverfolgungsinteresses der Gesellschaft	383
a) Selbstanzeigespflicht in Abfindungs- und Vergleichsverhandlungen	384
aa) Das Vorgehen der Rechtsprechung	384
bb) Argumentation mit der organschaftlichen Pflicht zur Offenheit	387
cc) Verteilung der Prüfungsverantwortung	388
dd) Ausnahme und Alternativen aus Gesellschaftsicht	390
ee) Zwischenergebnis	391

b) Abgrenzung: Die (Selbstanzeige-)Pflicht zur Abwendung und Begrenzung „sonstiger“ Schäden	392
VI. Ergebnisse	393
D. Zusammenfassung	395
§ 4 Der Schutz des Organmitglieds vor einer strafprozessualen Verwertung der Selbstbelastung	397
A. Das Problem der Erzwingbarkeit	397
I. Das Vorliegen unmittelbaren Zwangs	397
II. Problem: Organpflichten und mittelbare Zwangswirkungen	400
1. Die Bebußbarkeit der Organmitglieder im Rahmen der Ad-hoc-Publizität	400
2. Drohende Abberufung und Untreuerisiko als mittelbarer Zwang	401
B. Die Reichweite des Beweisverwertungsverbots	405
C. Zusammenfassung	406
§ 5 Zusammenfassung in Thesen	407
Literaturverzeichnis	423

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Auffassung
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
a. F.	alte Fassung
AG	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
AnwBl.	Anwaltsblatt
AO	Abgabenordnung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BauR	Zeitschrift für das gesamte öffentliche und private Baurecht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BeckOGK	Beck'scher Online-Großkommentar
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen

BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BOARD	Zeitschrift für Aufsichtsräte in Deutschland
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
DAV	Deutscher Anwaltsverein
d.h.	das heißt
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DK	Der Konzern (Zeitschrift)
ders.	derselbe
dies.	dieselben
DMW	Deutsche Medizinische Wochenschrift
DStR	Deutsches Steuerrecht
ebd.	ebenda
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Einl.	Einleitung
EMRK	Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f. (ff.)	folgende (Plural)
Fn.	Fußnote
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung

GmbHR	GmbH-Rundschau
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Hdb.	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
HRRS	Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht
InsO	Insolvenzordnung
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter für Ausbildung und Examen
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht (Berlin)
KO	Konkursordnung
Komm.	Kommentar
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
lit.	litera
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MedR	Medizinrecht (Zeitschrift)
MMVO	Marktmissbrauchsverordnung
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht

Abkürzungsverzeichnis

OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
S.	Seite
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StraFo	Strafverteidigerforum
StV	Der Strafverteidiger
UmwG	Umwandlungsgesetz
Urt.	Urteil
v.	vom, vor, von
Var.	Variante
VersR	Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
VuR	Zeitschrift für Wirtschafts- und Verbraucherrecht
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WM	Wertpapier-Mitteilungen
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZIS	Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik

ZMGR	Zeitschrift für das gesamte Medizin- und Gesundheitsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZWH	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Haftung im Unternehmen

§ 1 Einführung

A. Gegenstand der Untersuchung

Geschäftsleiter genauso wie Aufsichtsratsmitglieder, die ihre Pflichten gegenüber der Gesellschaft verletzt haben, stehen im Rahmen ihrer andauernden Tätigkeit für die Gesellschaft nicht selten vor der Frage, wie sie sich pflichtgemäß verhalten, obwohl die Gefahr besteht, dass sie die Aufmerksamkeit gerade auf ihr eigenes zurückliegendes Fehlverhalten lenken. Das Gesetz erlegt ihnen eine Reihe potenziell selbstbelastender Informationspflichten auf, ohne ausdrücklich einen Schutzmechanismus vor der Selbstbelastung zu integrieren: Zentral ist dabei die umfassende Berichtspflicht des Vorstands gegenüber dem Aufsichtsrat nach § 90 AktG. Ein Konflikt zwischen dem Informationsbedürfnis der Gesellschaft und dem Interesse des Organmitglieds, sich nicht selbst belasten zu müssen, kann aber genauso in anderen Situationen auftreten, insbesondere im Rahmen des Auskunftsrechts des Aktionärs in der Hauptversammlung nach § 131 AktG, bei der Aufklärungspflicht der Organmitglieder gegenüber einem bestellten Sonderprüfer nach § 145 Abs. 2 AktG oder anlässlich der Veröffentlichung einer Ad-hoc-Mitteilung des Emittenten nach Art. 17 MMVO. Besonders stark würde das Interesse des Organmitglieds berührt, falls man ihn sogar verpflichtete, aktiv auf sein eigenes Fehlverhalten hinzuweisen und auf die eigene Haftung hinzuwirken, wie es insbesondere die Literatur seit Jahrzehnten diskutiert.¹ In den genannten Konstellationen wird regelmäßig „nur“ die Gefahr bestehen, sich durch die Selbstbelastung zivilrechtlichen Folgen auszusetzen, die aber angesichts hoher Haftungssummen keinesfalls unterschätzt werden darf. Angesichts des bestehenden (Untreue-)Strafbarkeitsrisikos des Organmitglieds genauso denkbar ist jedoch, dass es mit der Pflichterfüllung strafrechtliche Ermittlungen in Gang bringen könnte.

Das Verfassungsrecht könnte einen Schutz dieses Interesses gebieten, wenn sich der originär strafprozessuale Nemo-Tenetur-Grundsatz auch im (außerstrafprozessualen) Verhältnis zwischen Gesellschaft und Organmitglied auswirkte. Das liegt besonders nahe, wenn man andere privatrecht-

1 Siehe nur die Formulierung bei *Pendl*, Verjährung, 2018, 238, der fragt, ob das Vorstandsmitglied seine Pflichtverletzung „auf dem Silbertablett servieren“ müsse.

liche Selbstbelastungskonfliktlagen vergleichend heranzieht: Beispielsweise hat der Gesetzgeber bei der Regelung einer Fehleroffenbarungspflicht des Behandelnden (§ 630c Abs. 2 S. 2 BGB) mit § 630c Abs. 2 S. 3 BGB ein strafrechtliches Beweisverwertungsverbot eingeführt, um „dem Nemo-Tenetur-Grundsatz Rechnung zu tragen“.² Der bislang nicht umgesetzte Regierungsentwurf eines Verbandssanktionengesetzes deutet sogar ein Auskunftsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers im Rahmen verbandsinterner Untersuchungen an, falls dieser sich selbst durch die Auskunft der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung oder ordnungswidrigkeitsrechtlicher Ahndung aussetzen müsste.³ Ein Schweige- oder Auskunftsverweigerungsrecht des Organmitglieds näherte seine Stellung letztlich der Position eines Beschuldigten im Strafprozess an, verdrängte aber ein mögliches Gegeninteresse an der Pflichterfüllung.

Beschäftigt man sich mit Selbstbelastungskonstellationen der Organmitglieder, stellt man fest, dass sich die jüngere Rechtsprechung vermehrt der möglichen Schnittstelle zwischen Gesellschafts- und Verfassungsrecht angenommen, dabei aber tendenziell gegen das Selbstschonungsinteresse entschieden hat: Das OLG Braunschweig hat im Jahr 2021 das vorbelastete Organmitglied nicht von seiner Mitwirkungspflicht an der Ad-hoc-Mitteilung des Emittenten freigestellt,⁴ der Bundesgerichtshof im sog. Easy-Software-Urteil im Jahr 2018 dargelegt, dass das Aufsichtsratsmitglied auch zur Verfolgung von Ansprüchen gegen Vorstandsmitglieder verpflichtet sei, wenn es dabei mittelbar auf seine eigene Haftung (als Aufsichtsratsmitglied und Aktionär) hinwirke, weil sein persönliches Interesse zurücktreten müsse.⁵ Ebenso sah das LG Stuttgart schon 2017 im „Verbot der Selbstbezeichnung“ kein Hindernis für eine umfassende Auskunftspflicht des Vorstandsmitglieds im Rahmen von § 90 AktG sowie § 131 AktG.⁶ Im Schrifttum sind bereits die einzelnen Konstellationen umstritten, sodass sich erst recht keine einheitliche Linie zu Selbstbelastungskonflikten im Organmitglied-Gesellschafts-Verhältnis ableiten ließe. Die Diskussion reicht von einer Analogie zu prozessualen Schweigerechten über die Frage eines strafrechtlichen Beweisverwertungsverbots bis hin zur Ablehnung eines

2 BT-Drs. 17/10488, 21.

3 Vgl. § 17 Abs. 1 Nr. 5c VerbSanGE (Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft), siehe BT-Drs. 19/23568, 16 f. mit Begründung in BT-Drs. 19/23568, 86 ff.

4 OLG Braunschweig, Beschl. v. 18.11.2021 - 3 Kap 1/16, AG 2022, 164 (169).

5 BGH, Urt. v. 18.9.2018 - II ZR 152/17, NZG 2018, 1301 – Easy-Software.

6 LG Stuttgart, Urt. v. 19.12.2017 - 31 O 33/16 KfH, BeckRS 2017, 144834, Rn. 196.

verfassungsrechtlichen Selbstbelastungsschutzes für das Organmitglied, mit der teilweise sogar für besonders umfassende Selbstbelastungspflichten argumentiert wird.

Gerade das vielbeachtete Easy-Software-Urteil hat veranschaulicht, dass die Frage, ob eine Informations- oder Handlungspflicht des Organmitglieds auch im Selbstbelastungsfall uneingeschränkt besteht, von hoher praktischer, vor allem haftungsrechtlicher Relevanz für das einzelne Organmitglied ist. Legt man die vom Bundesgerichtshof vertretene Auffassung zu Grunde, können sich an die unterlassene Selbstbelastung verjährungsrechtliche Folgen knüpfen, die im Easy-Software-Fall zu einer „Verjährungsverdoppelung“ für das vorbelastete Aufsichtsratsmitglied geführt haben.⁷ Ein anderes Beispiel für einschneidende Folgen einer unterlassenen Selbstbelastung ist die mögliche ordnungswidrigkeitsrechtliche Ahndung des Organmitglieds, das seiner Ad-hoc-Veröffentlichungspflicht für den Emittenten nicht nachkommt. Die Entscheidung, mit der unterlassenen Selbstbelastung eine neue Pflichtverletzung zu begehen, könnte für ihn mitunter massive Konsequenzen haben.

Auch aus Sicht der Gesellschaft ist die Lösung des Selbstbelastungskonflikts von entscheidender Bedeutung, wird doch häufig die Erfüllung einer selbstbelastenden Pflicht für sie die Möglichkeit bieten, eine zu ihrem Nachteil begangene Pflichtverletzung aufzudecken, zu sanktionieren und mögliche berechnete Ersatzansprüche geltend zu machen. Geht es um eine Selbstbelastung in der Hauptversammlung, gegenüber dem Sonderprüfer oder innerhalb einer Mitteilung an die Öffentlichkeit, berührt eine unterlassene Pflichterfüllung zudem Aktionärs- und Anlegerinteressen. Dass das Bundesverfassungsgericht im sog. Gemeinschuldnerbeschluss aus dem Jahr 1981, der als Leitentscheidung zu außerstrafprozessualen Selbstbelastungskonfliktlagen zu verstehen ist, das Gewicht eines privaten Informationsbedürfnisses an der Selbstbelastung betont hat,⁸ könnte für einen Nachrang des Interesses des Organmitglieds, sich nicht selbst belasten zu müssen, sprechen, selbst wenn es grundsätzlich verfassungsrechtlich geschützt wäre. Eine vollständige Übertragung des „Gemeinschuldnermechanismus“ würde eine Lösung allein auf der Beweisverwertungsebene nahelegen.

7 Erste Reaktionen sahen bereits die Gefahr eines ewigen „Regresskarussells“, das zwischen Vorstand und Aufsichtsrat „weitere Runden drehen“ könne, *Backhaus*, jurisPR-HaGesR 1/2019 Anm. 3, unter D.; *Binder*, ZWH 2019, 17 (18) meint, die Entscheidung mache deutlich, dass der BGH es mit der Organhaftung „ernst meint“.

8 BVerfG, Urt. v. 13.1.1981 - 1 BvR 116/77, BVerfGE 56, 37, NJW 1981, 1431 – Gemeinschuldnerbeschluss.

Nicht in jedem Fall lässt sich die Interessenlage aber derart „übersichtlich“ beschreiben, dass das Schutzinteresse des Organmitglieds einem gegenläufigen Interesse der Gesellschaft an umfassender Selbstbelastung gegenüberstünde: Unmittelbar einleuchten wird, dass sich vor allem die öffentliche Preisgabe von Informationen, die Pflichtverletzungen von Organmitgliedern betreffen, auch negativ auf das Gesellschaftswohl auswirken kann. Im Gesellschaftsinteresse könnte es dann sogar liegen, aus Sorge um die eigene Reputation oder vor der Inanspruchnahme durch Dritte von der Selbstbelastung abzusehen. Eine Pflicht, einem anderen die Informationsgrundlage für dessen Kontrollaufgabe zur Verfügung zu stellen oder selbst auf die eigene Haftung hinzuwirken, berührt außerdem Fragen des Überwachungs- und des Anspruchsverfolgungssystems in der Gesellschaft. Aufhorchen lässt in diesem Zusammenhang wiederum das Easy-Software-Urteil, in dem der Bundesgerichtshof zwar die mittelbare Selbstverfolgungspflicht des beklagten Aufsichtsratsmitglieds bejaht, zugleich eine solche des Vorstands verneint, ohne für Letzteren den Nemo-Tenetur-Grundsatz überhaupt zu thematisieren.⁹ Bereits diese Vorüberlegungen werfen die Frage auf, wie verfassungsrechtliche Vorgaben mit spezifisch aktienrechtlichen Erwägungen zusammenwirken.

B. Eingrenzung der Thematik und Gang der Untersuchung

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, herauszuarbeiten, inwieweit die Organmitglieder im Interesse ihrer Gesellschaft verpflichtet sind, sich selbst eines zivil- oder sogar strafrechtlich relevanten Fehlverhaltens zu belasten, und inwieweit ihre in Erfüllung der Pflicht erteilten selbstbelastenden Auskünfte Eingang in einen möglichen Strafprozess finden dürfen. Dabei beschränkt sie sich auf die Untersuchung solcher Selbstbelastungskonflikte, die durch ein Fehlverhalten des Organmitglieds zum Nachteil der Gesellschaft verursacht werden. Klarzustellen ist damit bereits an dieser Stelle, dass die Selbstbelastung mit möglichen (strafrechtlichen) Verfehlungen außerhalb der eigenen Organtätigkeit nicht thematisiert wird. Untersucht werden außerdem nur solche potenziell selbstbelastenden Pflichten des Organmitglieds, bei denen ein (überwiegendes) privates Interesse an der Pflichterfüllung bestehen könnte. Ausgeklammert werden damit insbesondere eine Selbstbelastung im Rahmen bereits begonnener behördlicher Ermittlungen

9 BGH, Urt. v. 18.9.2018 - II ZR 152/17, NZG 2018, 1301, Rn. 35 – Easy-Software.

oder allgemeiner solche Pflichten, die primär oder ausschließlich zur Erfüllung eines behördlichen oder öffentlichen Interesses geschaffen wurden.

Zunächst widmet sich § 2 den verfassungsrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Grundlagen eines Selbstbelastungsschutzes des Organmitglieds.

Ausgehend von der Problemstellung, dass der Nemo-Tenetur-Grundsatz historisch und auch weiterhin im Kern als strafprozessuales Institut gesehen wird, zwischen Organmitglied und Gesellschaft aber ein außerstrafprozessuales und zudem privatrechtliches Verhältnis besteht, werden zunächst die allgemeinen verfassungsrechtlichen Vorgaben für derartige Selbstbelastungskonfliktlagen erarbeitet.¹⁰ Den Ausgangspunkt bildet dabei der Gemeinschuldnerbeschluss des Bundesverfassungsgerichts, dessen Grundzüge und wesentliche Erkenntnisse im Lichte der Diskussion um eine genaue verfassungsrechtliche Verortung des Nemo-Tenetur-Grundsatzes bzw. der Selbstbelastungsfreiheit untersucht werden. Die Analyse des Gemeinschuldnerbeschlusses sowie eine Betrachtung vergleichbarer Selbstbelastungskonfliktlagen in anderen privaten Rechtsverhältnissen ermöglichen eine Konkretisierung.¹¹ Erst auf deren Grundlage können im weiteren Verlauf der Arbeit einzelne potenziell selbstbelastende Pflichten der Organmitglieder auf ihre Verfassungsmäßigkeit untersucht werden. Der Fokus liegt auf der Begründung eines außerstrafprozessualen verfassungsrechtlichen Selbstbelastungsschutzes, aber insbesondere auf der Frage, ob und wann dieser Schutz eine Lösung auf der Ebene der Pflicht oder auf der Ebene der strafrechtlichen Beweisverwertung gebietet. Dabei wird aufgezeigt, dass es bereits an einem – stets genau zu untersuchenden – überwiegenden Gegeninteresse an der Selbstbelastung fehlen kann¹² und dass die Annahme eines Schutzmechanismus vor der Zweckentfremdung zu Strafverfolgungszwecken von der in ihren Einzelheiten ungeklärten Voraussetzung der „Erzwingbarkeit“ abhängt.¹³ Daran schließt sich ein Blick auf die Ausgestaltung dieses Schutzmechanismus an, unter besonderer Berücksichtigung der Problematik, ob ein Beweisverwertungsverbot den Pflichtigen ausreichend absichert.¹⁴

Im Anschluss wird das Verhältnis zwischen dem Verfassungsrecht und einem möglichen „gesellschaftsrechtlichen Selbstbelastungsschutz“ thema-

10 Siehe dazu § 2 A. (S. 37 ff.).

11 Siehe dazu § 2 A. V. (S. 71 ff.).

12 Siehe dazu § 2 A. V. 2. (S. 74 ff.).

13 Siehe dazu § 2 A. V. 3. (S. 109 ff.).

14 Siehe dazu § 2 A. V. 4. (S. 130 ff.).

tisiert.¹⁵ Im Fokus stehen zunächst die Aspekte, die sich aus der Stellung des Organmitglieds ergeben und generell für einen Nachrang seines Selbstschonungsinteresses sprechen könnten. Will man die Warnung, nicht „zu ängstlich an den verfassungsrechtlichen Vorgaben“ zu „kleben“, weil eine verfassungsrechtlich zulässige Selbstbelastung einfachrechtlich „keinesfalls zwingend geboten“ sei,¹⁶ konkretisieren, müssen zunächst Anknüpfungspunkte für einen besonderen, möglicherweise über das Verfassungsrecht hinausgehenden Schutz des Organmitglieds gesucht werden. Angedacht wird die Möglichkeit eines gesellschaftsrechtlichen „Verschonungsgebots“ in Selbstbelastungskonfliktlagen.¹⁷ Abschließend wird der Blick auf solche gesellschaftsrechtlichen Besonderheiten gelenkt, die das Organmitglied „mittelbar“ – sozusagen als Nebeneffekt – vor einer Selbstbelastung schützen könnten.¹⁸

Die Erkenntnisse des ersten Teils ermöglichen im Folgenden eine Trennung zweier Problemkreise:

Zunächst steht unter § 3 die Frage im Mittelpunkt, ob die jeweiligen selbstbelastenden Pflichten des einzelnen Organmitglieds uneingeschränkt aktienrechtlich geboten sind und in einem das Selbstschonungsinteresse überwiegenden Interesse bestehen, bevor Fragen der Beweisverwertung überhaupt relevant und zuletzt unter § 4 thematisiert werden.

§ 3 betrachtet die einzelnen Selbstbelastungskonstellationen unterteilt nach Fallgruppen:

Zunächst werden mit §§ 90, 131, 145 Abs. 2 AktG sowie Art. 17 MMVO solche gesetzlichen Informationspflichten untersucht, die das einzelne Mitglied zu einer uneingeschränkten Mitteilung selbstbelastender Tatsachen verpflichten könnten.¹⁹ Dabei besteht ein Spannungsfeld nicht nur zwischen dem Selbstschonungsinteresse des Organmitglieds und dem Interesse der Gesellschaft an einer Pflichterfüllung, sondern auch zu sonstigen beteiligten Interessen (des einzelnen Aktionärs, der Aktionärsminderheit oder der Anlegeröffentlichkeit) sowie möglichen Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft. Bei der Interessenabwägung mit dem verfassungsrechtlich geschützten Selbstschonungsinteresse des Organmitglieds wird an die unter § 2 erarbeiteten Kriterien und Grundsätze angeknüpft. Eine Betrachtung der verschiedenen Einzelpflichten ermöglicht es, ihre Gemeinsamkeiten,

15 Siehe dazu § 2 B. (S. 151 ff.).

16 So *Fleischer*, ZIP 2018, 2341 (2348) in Reaktion auf das Easy-Software-Urteil.

17 Siehe dazu § 2 B. II. 1. (S. 155 ff.).

18 Siehe dazu § 2 B. II. 2. (S. 162 ff.).

19 Siehe dazu § 3 B. (S. 166 ff.).

aber auch Unterschiede herauszuarbeiten und ins Verhältnis zur jeweiligen Interessenlage zu setzen.

Den Schwerpunkt bildet aber die Auseinandersetzung mit möglichen aktiven Selbstanzeige- und Selbstverfolgungspflichten der Organmitglieder.²⁰ Problematisiert wird der Zusammenhang zwischen einer selbstbelastenden Pflicht und der Rechtsfolge der Sekundärverjährung. Dabei werden gemeinsame Probleme zwischen der Easy-Software-Problematik und der Diskussion um eine Selbstanzeigepflicht des Vorstandsmitglieds herausgearbeitet, die Anlass geben zu einer gesamtheitlichen Betrachtung des Fehleraufklärungs- und Anspruchsverfolgungssystems der Gesellschaft.²¹ Im Mittelpunkt einer abschließenden Stellungnahme stehen Fragen der Funktionsabgrenzung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat, auf deren Grundlage sich die Bedeutung des Selbstbelastungsschutzes des einzelnen Organmitglieds für die Problematik letztlich relativiert.²²

§ 4²³ setzt sich mit der Zulässigkeit der Einführung selbstbelastender Informationen der Organmitglieder als Beweis in den Strafprozess auseinander. Problematisch ist dabei die – bislang aber kaum beachtete – Frage, inwieweit Mitwirkungspflichten des Mitglieds an Pflichten des Gesamtorgans bzw. der Gesellschaft die unter § 2 herausgearbeitete Voraussetzung der „Erzwingbarkeit“ erfüllen.

§ 5²⁴ enthält die Zusammenfassung der gefundenen Erkenntnisse.

20 Siehe dazu § 3 C. (S. 233 ff.).

21 Siehe dazu § 3 C. IV. (S. 300 ff.) zur Zusammenführung beider Problemkreise.

22 Siehe § 3 C. V. (S. 302 ff.).

23 Siehe S. 397 ff.

24 Siehe S. 406 ff.

§ 2 Verfassungsrechtliche und gesellschaftsrechtliche Grundlagen des Selbstbelastungsschutzes

A. Die Vorgaben des Verfassungsrechts: Der Nemo-Tenetur-Grundsatz und seine Bedeutung für außerstrafprozessuale privatnützige Selbstbelastungspflichten

I. Problemstellung und Gang der Untersuchung

Wer vom Grundsatz „nemo tenetur se ipsum accusare“ (wörtlich übersetzt: „Niemand ist gehalten, sich selbst anzuklagen“) oder von der verfassungsrechtlich geschützten Selbstbelastungsfreiheit liest, denkt unmittelbar an das Schweigerecht des Beschuldigten im Strafprozess. Dieses ist in der Strafprozessordnung zwar nicht ausdrücklich geregelt, wird aber doch in zahlreichen Vorschriften „selbstverständlich“²⁵ vorausgesetzt: In diesem Zusammenhang zu nennen ist § 136a StPO, der den Strafverfolgungsbehörden die Anwendung von Vernehmungsmitteln untersagt, die den Beschuldigten in der Freiheit seiner Willensentschließung und Willensbetätigung beeinträchtigen können. Zur Absicherung des Schweigerechts dienen wiederum die Belehrungspflichten aus §§ 136 Abs. 1 S. 2, 115 Abs. 3, 243 Abs. 4 sowie 163a Abs. 4 S. 2 i.V.m. 136 Abs. 1 S. 2 StPO. Der Beschuldigte ist danach auf sein Recht hinzuweisen, „sich zu der Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen“. Im Ermittlungs- und Strafverfahren muss der Beschuldigte also die Umstände der ihm vorgeworfenen Tat²⁶ nicht mitteilen, sogar in dem Fall, dass der Sachverhalt augenfällig ist.²⁷ Das umfassende Schweigerecht wird zum Teil als „wichtigstes Prinzip“²⁸ oder „tragende Säule“²⁹ des Strafprozesses bezeichnet und prägt die Stellung des

25 *Nothhelfer*, Selbstbeziehungszwang, 1989, 9; *Dingeldey*, JA 1984, 407 (412); *Rogall*, Systematischer Komm. StPO, Vorb. v. §§ 133 ff., Rn. 130.

26 Streitig ist hingegen, ob der Beschuldigte sich zu persönlichen Verhältnissen äußern muss. Dazu: *Köbel*, Selbstbelastungsfreiheiten, 2006, 25; *Schumacher*, Nemo Tenetur, 2017, 87 f.; *Dingeldey*, JA 1984, 407 (412); *Rogall*, Der Beschuldigte, 1977, 45 f.

27 *Köbel*, Selbstbelastungsfreiheiten, 2006, 24.

28 *Radtke*, GA 2020, 470 (470).

29 *Fink*, wistra 2014, 447 (447).

Beschuldigten im Verfahren.³⁰ Auch wenn das Grundgesetz kein ausdrückliches Verbot des Selbstbelastungszwangs enthält, besteht über den Verfassungsrang der Selbstbelastungsfreiheit bereits lange Einigkeit in Rechtsprechung und Lehre.³¹

Bereits für den Strafprozess selbst ist nicht restlos geklärt, wie weit der Schutz des Beschuldigten in seinen einzelnen Ausprägungen reicht.³² Das deutet sich zum Teil schon in den unterschiedlichen Begrifflichkeiten an, die sich im Zusammenhang mit dem Nemo-Tenetur-Grundsatz finden: Manche reden von der „Mitwirkungsfreiheit“³³, andere von der „Aussagefreiheit“³⁴ des Beschuldigten. Bezeichnungen wie die „Selbstbelastungsfreiheit“, die „Selbstbezüglichkeitsfreiheit“ oder das „Verbot des Selbstbelastungszwangs“ werden in der Regel synonym verwendet, ohne eine Aussage zur Reichweite zur Grundsatzes zu treffen.³⁵

Mindestens ebenso intensiv diskutiert wurde und wird die hier interessierende Problematik außerstrafprozessualer selbstbelastender Pflichten, die nicht im öffentlichen Strafverfolgungsinteresse, sondern im Dritinteresse geschaffen wurden. Sie kennzeichnet, dass der Pflichtige außerhalb einer Beschuldigtenposition und außerhalb eines staatlichen Ermittlungs- oder Strafverfahrens bei der Erfüllung einer Pflicht Gefahr läuft, sich selbst zu belasten. Hierbei lassen sich wiederum die Pflichten, die ausschließlich einem anderen öffentlichen Interesse als dem Strafverfolgungsinteresse dienen, von den privatnützigen Selbstbelastungspflichten unterscheiden. Für sie – und damit auch für die hier zu untersuchenden Pflichten des Kapitalgesellschaftsrechts, bei denen sich das Organmitglied möglicherweise selbst belasten müsste – steht in Frage, ob der Schädiger selbstbelastende Infor-

30 Rogall, Systematischer Komm. StPO, Vorb. v. §§ 133 ff., Rn. 130; Winkler, Fehleroffenbarungspflicht, 2021, 53.

31 Siehe nur: Rogall, Systematischer Komm. StPO, Vorb. v. §§ 133 ff., Rn. 132; Wolff, Selbstbelastung, 1997, 28 ff.; Salger, Schweigerecht, 1998, 9 ff.; Reiß, Besteuerungsverfahren, 1987, 140 ff.; Böse, Wirtschaftsaufsicht, 2005, 114 ff.; frühere Gegenstimmen zur Einordnung als einfaches Strafprozessrecht wie Peters, ZStW 91 (1979), 121 (123) sowie Stümpfler, DAR 1973, 1 (9) sind überholt, dazu Salger, Schweigerecht, 1998, 9.

32 Vgl. nur BGH, Urt. v. 26.7.2007 - 3 StR 104/07, BGHSt 52, 11 (17): „Über Inhalt und Reichweite des Nemo-Tenetur-Grundsatzes im Einzelnen besteht – zwischen Literatur und Rechtsprechung, aber auch innerhalb der Rechtsprechung – noch keine Einigkeit.“

33 Beispielsweise Rogall, Systematischer Komm. StPO, Vorb. v. §§ 133 ff., Rn. 130.

34 Dingeldey, NSTz 1984, 529 (529); Rüping, JR 1974, 135 (135).

35 Dazu auch Kölbl, Selbstbelastungsfreiheiten, 2006, 100, der deshalb meint, man müsse auf eine „übertrieben anspruchsvolle Semantik“ verzichten.

mations- und Handlungspflichten im privaten Interesse des Geschädigten erfüllen muss und wie sich dabei ein in seinem historischen Ursprung strafprozessualer Grundsatz auswirkt. Ein Meilenstein der Diskussion ist der Gemeinschuldnerbeschluss des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1981, der die uneingeschränkte Pflicht des Konkursschuldners³⁶ in Kombination mit einem strafrechtlichen Verwertungsverbot für verfassungsgemäß hielt.³⁷ Das Bedürfnis nach einer Würdigung des Urteils sowie der weiteren Klärung seiner Übertragbarkeit besteht dennoch bis heute; das veranschaulicht allein eine kurze Meinungsübersicht zur Anwendbarkeit und Reichweite des Nemo-Tenetur-Grundsatzes im Verhältnis zwischen Organmitglied und Gesellschaft: Zweifeln manche an der Bedeutung des Nemo-Tenetur-Grundsatzes für die Problematik, weil hier kein Bürger-Staats-Verhältnis und keine öffentlich-rechtliche Verpflichtung bestehe,³⁸ erwecken andere Ansätze den Eindruck, als sähen sie in einem strafrechtlichen Beweisverwertungsverbot das „Universalmittel“ zur Auflösung der Problematik.³⁹ Im starken Kontrast dazu wird zum Teil die Auffassung vertreten, das prozessuale Schweigerecht des Beschuldigten sei auf bestimmte selbstbelastende Pflichten des Organmitglieds entsprechend anzuwenden;⁴⁰ es häufen sich aber zugleich die Stimmen in Literatur und Rechtsprechung, die über die Verfassungsmäßigkeit einer selbstbelastenden Pflicht des Organmitglieds im Rahmen einer umfassenden Abwägung der beteiligten Interessen entscheiden.⁴¹ Das Ziel des folgenden Kapitels ist es, einheitliche Grundsätze herauszuarbeiten, auf deren Grundlage letztlich die einzelnen Selbstbelastungskonstellationen beurteilt werden können. Soweit der verfassungsrechtliche Selbstbelastungsschutz im Rahmen außerstrafprozessua-

36 Die Entscheidung betraf § 100 der damaligen Konkursordnung, die seit 1.1.1999 in Insolvenzordnung umbenannt wurde und heute mit § 97 Abs. 1 S. 1 InsO eine vergleichbare Auskunftspflicht des Insolvenzschuldners enthält.

37 BVerfGE 56, 37 (50 f.) – Gemeinschuldnerbeschluss.

38 Vgl. nur *Ihrig*, ZHR 181 (2017), 381 (403 f.): keine „unmittelbare“ Anwendung des Nemo-Tenetur-Grundsatzes; ähnlich *Seibt/Cziupka*, AG 2015, 93 (104); *Holtkamp*, Interessenkonflikte, 2016, 120.

39 Insbesondere *Hopt*, ZGR 2004, 1 (28): „Frage des Strafrechts“; ihm folgend *Kumpan*, Interessenkonflikt, 2014, 272; ähnlich auch *Bayer/Scholz*, NZG 2019, 201 (207).

40 Siehe nur *Bungert/Rothfuchs*, DB 2011, 1677 (1681) zur Aufklärungspflicht aus § 145 Abs. 2 AktG.

41 Zuletzt ausführlich *Dubovitskaya*, Offenlegungspflichten, 2020, 363 ff. zur Verhältnismäßigkeit einer aktiven Selbstanzeigespflicht des Vorstandsmitglieds. Auch der Bundesgerichtshof deutet eine Abwägung im Einzelfall an, BGH, NZG 2018, 1301, Rn. 42 – Easy-Software.

ler Selbstbelastungspflichten betroffen ist, könnte auch das Organmitglied im Verhältnis zur Gesellschaft an ihm teilhaben.

Nach einer kurzen Darstellung des historischen Ursprungs des Nemo-Tenetur-Grundsatzes (II) erfolgt die Analyse des Gemeinschuldnerbeschlusses als Ausgangspunkt der Problematik (III). Die dabei gewonnenen Erkenntnisse zu einem außerstrafprozessualen Selbstbelastungsschutz werden im Anschluss im Lichte der Diskussion um die genaue verfassungsrechtliche Verortung des Nemo-Tenetur-Grundsatzes gewürdigt (IV). Den Schwerpunkt bildet die Konkretisierung der verfassungsrechtlichen Vorgaben des Gemeinschuldnerbeschlusses anhand vergleichbarer privatrechtlicher Selbstbelastungspflichten in anderen Rechtsverhältnissen (V), an die sich eine kurze Auseinandersetzung mit europarechtlichen Vorgaben (VI) sowie eine Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse anschließen (VII).

II. Der historische Ursprung des strafprozessualen Schweigerechts des Beschuldigten

Dass das Verbot, den Beschuldigten bzw. Angeklagten zu einer strafprozessualen Aussage zu zwingen, das Kernstück des Nemo-Tenetur-Grundsatzes bildet,⁴² hängt mit der historischen Entwicklung des Grundsatzes zusammen. Außer Frage steht, dass er auf eine „lange geschichtliche Tradition“⁴³ zurückblickt.⁴⁴ Nachdem seine frühen Wurzeln bereits im talmudischen Recht⁴⁵ und Ansätze im frühen kanonischen Recht⁴⁶ verortet werden, wurden die entscheidenden Weichen aber erst Jahrhunderte später gestellt.⁴⁷ Eine bundeseinheitliche gesetzliche – wenn auch indirekte – Anerkennung des Schweigerechts des Beschuldigten findet sich erstmals in der Reichs-

42 Kleinheisterkamp, Kreditwesengesetz, 2010, 155; Kölbel, Selbstbelastungsfreiheiten, 2006, 21; Schumacher, Nemo tenetur, 2017, 85.

43 Rogall, Systematischer Komm. StPO, Vorb. v. §§ 133 ff., Rn. 130.

44 Für eine ausführliche Darstellung der gesamten historischen Entwicklung siehe Rogall, Der Beschuldigte, 1977, 67 ff.; Schlauri, Verbot des Selbstbelastungszwangs, 2003, 39 ff.; Kleinheisterkamp, Kreditwesengesetz, 2010, 130 ff.

45 Dazu Rogall, Der Beschuldigte, 1977, 67 ff.; Kraft, Nemo-Tenetur-Prinzip, 2002, 33 ff.

46 Kleinheisterkamp, Kreditwesengesetz, 2010, 131; Rogall, Der Beschuldigte, 1977, 70 ff.; Schumacher, Nemo tenetur, 2017, 28.

47 Näher zur Irrelevanz der früheren Ansätze für das heutige Verständnis des Nemo-Tenetur-Grundsatzes: Rogall, Der Beschuldigte, 1977, 103; Bosch, Nemo-Tenetur-Prinzip, 1998, 96; Winkler, Fehleroffenbarungspflicht, 2021, 31.

strafprozessordnung, die 1879 in Kraft trat.⁴⁸ Im Jahr 1951 bezeichnete man den Grundsatz bereits als „prozessuale Binsenweisheit“⁴⁹

Für einen großen Faktor bei der Etablierung des Grundsatzes im deutschen Strafprozessrecht hält man dabei die Entwicklung im englischen Rechtskreis.⁵⁰ Der sog. Offizialeid, den der Angeklagte im Rahmen des kanonischen Strafverfahrens⁵¹ zu leisten hatte, ließ ihm die Wahl zwischen einer (wahrheitsgemäßen) Selbstbelastung, dem Schweigen, das als Geständnis gewertet wurde, sowie der Leistung des Eides trotz Falschaussage gegen eigene Glaubensgrundsätze.⁵² Im etwa im 16. Jahrhundert beginnenden Widerstand gegen diesen Status des Angeklagten konnte sich letztendlich nicht nur der Verzicht auf den Offizialeid, sondern zudem das umfassende Schweigerecht des Angeklagten durchsetzen,⁵³ im engen Zusammenhang mit der Gewährung des Rechts auf einen Verteidiger, das es dem Angeklagten erst praktisch ermöglichte, zu schweigen.⁵⁴ Grundbedingung hierfür genauso wie für die Anerkennung im deutschen Rechtsraum waren dabei die in der Epoche der Aufklärung aufgekommenen Überzeugungen des Menschen, die mit dem althergebrachten Inquisitionsprozess nicht mehr vereinbar waren: Dieser zielte ab auf die Wahrheitsermittlung um jeden Preis; im Vordergrund stand die Herbeiführung eines Geständnisses⁵⁵ als „Königin“ der Beweismittel, teilweise durch das Mittel der Folter.⁵⁶

48 Nach § 136 Abs. 1 RStPO war der Beschuldigte zu befragen, ob er etwas auf die Beschuldigung erwidern wolle. Die Abschaffung des Aussagezwangs und den Übergang vom Inquisitions- zum Anklageprozess beinhaltete bereits die nicht in Kraft getretene Paulskirchenverfassung von 1849, dazu *Kleinheisterkamp*, Kreditwesengesetz, 2010, 144.

49 *Niese*, ZStW 63 (1951), 199 (199).

50 So meint *Rogall*, *Der Beschuldigte*, 1977, 76 ff., die deutsche Geschichte des Grundsatzes sei „dürftig“; ebenso: *Nothhelfer*, *Selbstbeichtigungs-zwang*, 1989, 4; *Schumacher*, *Nemo tenetur*, 2017, 29; *Böse*, *Wirtschaftsaufsicht*, 2005, 150.

51 Zum problematischen Nebeneinander mit der Common-Law-Gerichtsbarkeit, die weder den Inquisitionsgrundsatz noch den Offizialeid kannte, siehe *Winkler*, *Fehleroffenbarungspflicht*, 2021, 33 sowie *Rogall*, *Der Beschuldigte*, 1977, 74 ff.

52 *Kraft*, *Nemo-Tenetur-Prinzip*, 2002, 38 f.; *Kleinheisterkamp*, *Kreditwesengesetz*, 2010, 133.

53 *Rogall*, *Der Beschuldigte*, 1977, 76 ff.

54 *Kleinheisterkamp*, *Kreditwesengesetz*, 2010, 135; *Böse*, *Wirtschaftsaufsicht*, 2005, 156; *Winkler*, *Fehleroffenbarungspflicht*, 2021, 36; v. *Gerlach* in: *Festschrift Hanack*, 1999, 117 (126 f.).

55 *Kleinheisterkamp*, *Kreditwesengesetz*, 2010, 138.

56 Es wäre verfehlt, das Schweigerecht des Beschuldigten nur als Abkehr vom Mittel der Folter zu verstehen. Auch wenn sie regional nicht angewandt wurde oder teilweise schon abgeschafft worden war, gab es für die „Inquisition“ des Beschuldigten andere

Stattdessen entwickelte sich die Idee des Beschuldigten als eigenständigem Beteiligten, der mit eigenen Rechten ausgestattet ist und nicht nur als bloßes Verfahrensobjekt der Willkür des Staates und insbesondere der Strafverfolgungsbehörden unterliegt.⁵⁷ Die wesentliche historische Entwicklung lag demnach in einer Abkehr vom staatlichen Selbstbelastungszwang gegenüber dem Beschuldigten.⁵⁸ Dieser Grundgedanke hatte sich bis zum Inkrafttreten der Reichsstrafprozessordnung so weit verfestigt, dass er als solcher außer Frage stand.⁵⁹

Aus der Historie heraus handelt es sich bei dem Verbot des Zwangs, sich durch die eigene Aussage der Gefahr strafrechtlicher Verurteilung auszusetzen, um die „Domäne“ des Nemo-Tenetur-Grundsatzes.⁶⁰ Inzwischen ist aber anerkannt, dass die Gefahr, sich ordnungswidrigkeitsrechtlichen Sanktionen auszusetzen, mit der Gefahr der strafgerichtlichen Verfolgung gleichzusetzen ist.⁶¹

III. Die Begründung eines außerstrafprozessualen Selbstbelastungsschutzes nach dem Gemeinschuldnerbeschluss

Zur Frage, inwieweit das außerstrafprozessuale Interesse des Einzelnen, sich nicht selbst belasten zu müssen, verfassungsrechtlichen Schutz genießt, äußerte sich das Bundesverfassungsgericht erstmals ausführlich im sog. Gemeinschuldnerbeschluss aus dem Jahr 1981.⁶²

Zwangsmittel, beispielsweise das Bestrafen des Schweigens oder die willkürliche Ausdehnung der Untersuchungshaft, dazu *Berthold*, Zwang zur Selbstbeziehung, 1993, 3; ebenso *Reiß*, Besteuerungsverfahren, 1987, 148; *Rogall*, Der Beschuldigte, 1977, 90.

57 Ausführlich *Böse*, Wirtschaftsaufsicht, 2005, 150 ff.; *Reiß*, Besteuerungsverfahren, 1987, 146 f.

58 *Berthold*, Zwang zur Selbstbeziehung, 1993, 4.

59 *Köbel*, Selbstbelastungsfreiheiten, 2006, 243; *Dingeldey*, JA 1984, 407 (408); *Reiß*, Besteuerungsverfahren, 1987, 146.

60 *Rogall*, Systematischer Komm. StPO, Vorb. v. §§ 133 ff., Rn. 151.

61 BVerfG, Dreierausschussbeschl. v. 22.10.1980 - 2 BvR 1172/79, BVerfGE 55, 144 (150); *Rogall*, Systematischer Komm. StPO, Vorb. v. §§ 133 ff., Rn. 152; *Köbel*, Selbstbelastungsfreiheiten, 2006, 80; *Wolff*, Selbstbelastung, 1997, 63 ff. Diese Gleichstellung findet sich auch im geltenden Recht beispielsweise mit § 55 Abs. 1 StPO. Abweichend aber noch *Stürner*, NJW 1981, 1757 (1759).

62 BVerfGE 56, 37 – Gemeinschuldnerbeschluss. Zur einschneidenden Bedeutung der Entscheidung auf die gesamte Diskussion um den verfassungsrechtlichen Selbstbelastungsschutz: *Verrel*, NStZ 1997, 361 (361 f.); *Dingeldey*, NStZ 1984, 529 (529); *Stürner*, NJW 1981, 1757 (1757 f.); zuletzt *Schumacher*, Nemo Tenetur, 2017, 42, 108.

1. Ausgangslage

Anlass für den späteren Gemeinschuldnerbeschluss war die in §§ 75, 100 KO a.F. geregelte Auskunftspflicht, nach der der Gemeinschuldner gegenüber dem Konkursverwalter, dem Gläubigerausschluss und auf Anordnung des Konkursgerichts gegenüber der Gläubigerversammlung Auskunft über alle das Verfahren betreffenden Verhältnisse geben musste.⁶³ In ihrem Rahmen verweigerte der in Konkurs geratene Beschwerdeführer die Auskünfte, durch die er sich selbst der Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung aussetzen müsste. Gegen die Anordnung von Beugehaft zur Erzwingung seiner Mitwirkung nach §§ 75, 101 Abs. 2 KO a.F.⁶⁴ wandte sich der Beschwerdeführer schließlich mit einer Verfassungsbeschwerde. Dass die Regelung keine Einschränkung für den Fall vorsah, dass sich der Konkursschuldner durch seine Auskünfte selbst bezichtige, war bereits zuvor auf Kritik gestoßen: Insbesondere *Uhlenbruck* sah darin einen Widerspruch zu dem rechtsstaatlichen Grundsatz, dass es keinen Zwang, als Beweismittel gegen sich selbst zu dienen, geben könne; das Recht des Gemeinschuldners habe Vorrang vor dem schutzwürdigen Interesse der Gläubiger an der Ermittlung der Konkursmasse.⁶⁵

Anders beurteilte dies der Bundesminister der Justiz in der Stellungnahme der Bundesregierung im Vorfeld der bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidung:⁶⁶ Seine Konfliktlage habe der Gemeinschuldner anders als ein Beschuldigter oder ein Zeuge im Strafverfahren durch sein eigenes, „möglicherweise schuldhaftes“ Verhalten herbeigeführt. Der Gemeinschuldner sei außerdem oft die einzige Informationsquelle zur Aufklärung aller konkursrelevanten Umstände. Nach der Stellungnahme sei die Versagung des Auskunftsverweigerungsrechts verfassungsgemäß, weil sie das kollidierende Interesse der Gläubiger an der Information berücksichtige. Im Einzelfall könne höchstens die Anwendung von Zwangsmitteln unverhältnismäßig sein. Dem Bundesverfassungsgericht oblag nun die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit der uneingeschränkten Auskunftspflicht des Gemeinschuldners.

63 Im Rahmen der weiteren Analyse des Urteils wird weiterhin die inzwischen geänderte Bezeichnung des „Konkurses“ anstelle der „Insolvenz“ verwendet.

64 LG Oldenburg, Urt. v. 6.2.1977 - 6 T 62/77; vorgehend: AG Vechta, Urt. v. 14.01.1977 - N 23/75.

65 *Uhlenbruck*, JR 1971, 445 (448).

66 Abgedruckt bei BVerfGE 56, 37 (40 f.) – Gemeinschuldnerbeschluss.

2. Einschlägige Grundrechte und Differenzierungskriterien

Zunächst stellt es die Konfliktlage dar, in die eine Auskunftsperson durch „rechtlich vorgeschriebene Auskunftspflichten“ gerate: Entweder müsse sie sich selbst einer strafbaren Handlung bezichtigen oder sich durch eine Falschaussage möglicherweise erneut strafbar machen oder sich gerade wegen ihres Schweigens Zwangsmitteln aussetzen.⁶⁷ Aufgrund dieser Folgen hält das Bundesverfassungsgericht drei Grundrechte für einschlägig: Die erzwingbare Auskunftspflicht stelle einen Eingriff in die Handlungsfreiheit sowie in das Persönlichkeitsrecht dar, ein Zwang zur Selbstbezichtigung berühre die Menschenwürde desjenigen, „dessen Aussage als Mittel gegen ihn selbst verwendet wird“.⁶⁸ Nach Festlegung des verfassungsrechtlichen „Prüfungsprogramms“ beginnt das Gericht mit der Feststellung, es gebe keinen ausnahmslosen Schutz vor dem Zwang zur strafrechtlichen Selbstbelastung.⁶⁹ Vielmehr sei es mit dem Persönlichkeitsrecht vereinbar, die Schutzintensität nach der Rolle der Auskunftsperson sowie der Zweckbestimmung der Auskunft zu differenzieren; sie hänge davon ab, inwieweit andere auf die Information „angewiesen“ seien und ob der Auskunftspflichtige den Pflichtenkreis, in dem die Auskunft erfolgt, „durch eigenen Willensentschluss“ übernommen habe.⁷⁰ Es folgt eine Darstellung der verschiedenen Schutzvorkehrungen, die die geltende Rechtsordnung kenne, gestaffelt nach der Schutzintensität; dabei werden zwei Gruppen unterschieden: Zeugen, Prozessparteien und Beschuldigte im Strafverfahren und anderen „entsprechenden“ Verfahren auf der einen, Personen, die „aus besonderen Rechtsgründen rechtsgeschäftlich oder gesetzlich“ verpflichtet seien, einem anderen oder einer Behörde Auskunft zu erteilen, auf der anderen Seite.⁷¹

a) Schutz im Strafverfahren und entsprechenden Verfahren

Deutlich macht das Gericht zunächst, dass Selbstbezichtigungen schwer in die Grundrechte eingreifen, wenn sie sich strafrechtlich auswirken.⁷² Das begründe höchste Schutzvorkehrungen „vor allem“ dort, „wo die Aussage

67 BVerfGE 56, 37 (41) – Gemeinschuldnerbeschluss.

68 Ebd. (41 f.).

69 Ebd. (42).

70 Ebd.

71 Ebd. (42 ff., 45 ff.).

72 Ebd. (43).

speziell strafrechtlichen oder ähnlichen⁷³ Zwecken diene. Hier kommt das Bundesverfassungsgericht auf das Schweigerecht des Beschuldigten zu sprechen, das es als einen der „anerkannten Grundsätze des Strafprozesses“ bezeichnet.⁷⁴ Auch eine Partei im Zivilverfahren könne zu einer für sie nachteiligen Aussage nicht gezwungen werden; allerdings werde ihr das Risiko eines Prozessnachteils nicht abgenommen.⁷⁵ Im Straf- genauso wie im Zivilprozess und anderen Verfahren „erst recht“ geschützt werde der Zeuge als außerstehender Dritter, der nur „eine allgemeine staatsbürgerliche Pflicht“ zur Aussage erfülle.⁷⁶

b) Rechtsgeschäftlich oder gesetzlich Verpflichtete

Die Gruppe derer, die „aus besonderen Rechtsgründen“ rechtsgeschäftlich oder gesetzlich zur Auskunft gegenüber einem anderen oder einer Behörde verpflichtet seien, verbinde die Gemeinsamkeit, dass das Informationsbedürfnis anderer zu berücksichtigen sei; ein Auskunftsverweigerungsrecht würde die Auskunftsperson hier besser stellen als den pflichtgemäß Handelnden.⁷⁷ Dass diese Kollision bisher unterschiedlich gelöst worden sei, stellt das Gericht im Folgenden vor:⁷⁸ Zum Teil gebe es uneingeschränkte und erzwingbare Auskunftspflichten; in der Regel handele es sich dabei um solche Auskünfte, ohne die der Auskunftsberechtigte erheblich benachteiligt wäre und die Teil eines durch eigenen Willensentschluss der Auskunftsperson übernommenen Pflichtenkreises seien. An anderer Stelle fänden sich Auskunftsverweigerungsrechte oder strafrechtliche Verwertungsverbote hinsichtlich der erteilten Auskünfte.

73 Zur Erweiterung des Schutzes auf Verfahren mit vergleichbaren Sanktionsfolgen (Disziplinarverfahren und berufsgerichtliche Verfahren), auch mit Vorwirkung auf das Vorstadium eines solchen Verfahrens, BVerfGE 56, 37 (44) – Gemeinschuldnerbeschluss.

74 BVerfGE 56, 37 (43) – Gemeinschuldnerbeschluss.

75 Ebd. (44).

76 Ebd. mit Verweis auf § 384 ZPO sowie § 55 StPO.

77 BVerfGE 56, 37 (46) – Gemeinschuldnerbeschluss.

78 Ebd.

3. Einordnung des Gemeinschuldners und Argumentation für eine uneingeschränkte Auskunftspflicht

In diese Systematik ordnet das Bundesverfassungsgericht anschließend den Gemeinschuldner ein: Er sei weder Beschuldigter, der zu seiner Verurteilung beitragen müsse, noch Zeuge, weil er in einem besonderen Pflichtenverhältnis zu den Gläubigern stehe. Von der Partei im Zivilverfahren unterscheide ihn, dass seine unterlassene Auskunft nicht zu seinen Lasten gehe, sondern verhindere, dass die Gläubiger auf einen „der wichtigsten Informationsträger“ des Konkursverfahrens zugreifen könnten.⁷⁹ Für ihn könne daher nicht das gleiche gelten wie für die Personengruppe der Beschuldigten, Zeugen und Prozessparteien, denen die Rechtsordnung „zum Schutz gegen Selbstbeichtigungen“ ein umfassendes Verweigerungsrecht zugestehe.⁸⁰

An den Interessen der geschädigten Gläubiger finde der Schutz vor Selbstbeichtigung aus Art. 2 Abs. 1 GG aber gerade seine Grenze; der Gesetzgeber dürfe insofern beide Belange gegeneinander abwägen.⁸¹ Unzumutbar und ein Verstoß gegen die Menschenwürde sei nur ein Zwang, „durch eigene Aussagen die Voraussetzungen für eine strafgerichtliche Verurteilung liefern zu müssen“. Das entspreche dem Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG gegen staatliche Eingriffe als „bewährter Rechtstradition“. ⁸² Davon unterscheidet das Gericht aber die Abwägung mit dem berechtigten Informationsbedürfnis eines anderen durch den Gesetzgeber. Insbesondere dürfe dabei berücksichtigt werden, dass hier nicht allein ein staatliches oder öffentliches, sondern ein privates Informationsinteresse bestehe.⁸³

Die Entscheidung zugunsten einer uneingeschränkten Auskunftspflicht des Gemeinschuldners sei danach verfassungsgemäß. Zur Begründung greift das Gericht Aspekte wieder auf, die es bereits vorher erwähnt hat: Bei der Bestandsaufnahme, wie der Gesetzgeber außerstrafprozessuale Selbstbelastungskonflikte bisher löst, hatte es beobachtet, dass erzwingbare, uneingeschränkte Auskunftspflichten insbesondere dort gelten, wo der Auskunftsberechtigte einen Nachteil erleiden oder seine Aufgabe ohne die Auskunft gerade des Schuldners nicht erfüllen könnte.⁸⁴ In diesem Sinne

79 BVerfGE 56, 37 (48) – Gemeinschuldnerbeschluss.

80 Ebd.

81 Ebd. (49).

82 Ebd.

83 Ebd. (49 f.).

84 Ebd. (45).

angewiesen auf die Auskunft des Gemeinschuldners seien die Gläubiger im Konkursverfahren, da sonst die Konkursmasse zumindest nicht vollständig zu ihrer Befriedigung erhalten bleibe.⁸⁵ Das Gericht betont, dass ein Auskunftsverweigerungsrecht den Gemeinschuldner, der zum Nachteil der geschädigten Gläubiger „besonders verwerflich“ gehandelt habe, ungerechtfertigt bevorzugen würde.⁸⁶

4. Ergänzung durch ein Verwertungsverbot

Allerdings gelte der Vorrang der Gläubigerinteressen so nur für den Zweck des Konkursverfahrens: Die Auskunft – genauer: „seine unter Zwang herbeigeführten Selbstbeichtigungen“ – für den Zweck der Strafverfolgung zu verwerten, beeinträchtige das Persönlichkeitsrecht des Gemeinschuldners unverhältnismäßig und erweitere die Möglichkeiten der staatlichen Strafverfolgungsbehörden gegenüber anderen Fällen, in denen dem Beschuldigten ein verfassungsrechtlich abgesichertes Schweigerecht zustehe. Eine Verwertung gegen seinen Willen mache dieses Schweigerecht illusorisch. Denn der Gemeinschuldner sei ansonsten gezwungen, zu seiner Verurteilung beizutragen, nur weil das Interesse der Gläubiger eine Auskunftspflicht ihnen gegenüber rechtfertige. Es bedürfe des Schutzes durch ein strafrechtliches Verwertungsverbot.⁸⁷

Es folgen Ausführungen dazu, dass sich insofern die vorkonstitutionelle Regelung der Konkursordnung als ergänzungsbedürftig erweise und der Richter bis zur Neuregelung durch den Gesetzgeber die Gesetzeslücke (in Form eines „strafrechtlichen Verwertungsverbots“) schließen könne.⁸⁸ Die entsprechende Neuregelung nahm der Gesetzgeber in der Folge der Entscheidung vor; die Auskunftspflicht nach § 97 Abs. 1 S. 1 InsO umfasst ausdrücklich auch Tatsachen, die geeignet sind, eine Verfolgung wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit herbeizuführen (§ 97 Abs. 1 S. 2 InsO), ist aber durch ein Verwertungsverbot in § 97 Abs. 1 S. 3 InsO abgesichert.

85 Ebd. (48): „einer der wichtigsten Informationsträger“.

86 Ebd. (50).

87 BVerfGE 56, 37 (51) - Gemeinschuldnerbeschluss.

88 Ebd. (51f.).