

ZEITSCHRIFT FÜR DIE **A**NWALTS**P**RA**XIS**

AAP

Belegexemplar

18

L10166 D

25. September 1991
3. Jahrgang
ISSN 0936-7292

Beiträge

Miete/Nutzungen

L. Ose, Rückabwicklung eines Finanzierungsleasingvertrages
nach Widerruf
Anm. zu BGH, Urt. v. 17. 4. 1991 – VIII ZR 12/90

Maklerdienstvertragsrecht

U. Börstinghaus, Rechtsprobleme bei Wirtschaftsdatenbankverträgen

Familienrecht

J. Kleist, Schlüsselgewalt und Eigentumserwerb
Anm. zu BGH, Urt. v. 13. 3. 1991 – XII ZR 53/90

Zivilprozeßrecht

E. Schneider, Fälle aus der Prozeßpraxis
I. Der Streitwert bei Widerruf nach § 1b Abs. 1 AbzG
II. Vermögenserwerb des Hilfsbedürftigen
III. Wiederholungsgefahr bei der Unterlassungsklage

Sozialrecht

H. Marburger, Der Schutz von Sozialdaten

K.-P. Wagner, Berufsunfähigkeit in der gesetzlichen
Rentenversicherung – Persönliche und versicherungsrechtliche
Anspruchsvoraussetzungen

Strafverfahrensrecht

V. Gallandi, Umfang des anwaltlichen Zeugnisverweigerungsrechtes
Anm. zu BGH, Urt. v. 18. 6. 1991 – 5 StR 584/90



VERLAG FÜR
DIE RECHTS- UND
ANWALTS**P**RA**XIS**
HERNE/BERLIN

Umfang des anwaltlichen Zeugnisverweigerungsrechtes

Amtlicher Leitsatz:

Das Zeugnisverweigerungsrecht aus § 53 Abs. 1 Nr. 2 und 3 StPO erstreckt sich nicht auf das, was einem Rechtsanwalt bei Gelegenheit einer Strafverteidigung dadurch bekanntgeworden ist, daß er eine strafbare Handlung begangen hat, die ohne jeden sachlichen Zusammenhang mit denkbaren Verteidigungszielen ist.

BGH, Urt. v. 18. 6. 1991 – 5 StR 584/90

Bearbeiter: Rechtsanwalt Dr. Volker Gallandi, Schwetzingen

I. Die Entscheidung des BGH zur Frage, wie umfangreich das Zeugnisverweigerungsrecht des Rechtsanwalts nach § 53 Abs. 1 Nr. 2, 3 StPO sei, erfolgt in einem spektakulären Verfahren. Eine Rechtsanwältin war verurteilt worden, weil sie ihre Verteidigerstellung dazu genutzt habe, dem inhaftierten Beschuldigten eine Waffe zu verschaffen, mit der dieser schließlich den Staatsanwalt, seine Ehefrau und sich selbst umbrachte. Die vom BGH zu überprüfende Schwurgerichtsentscheidung betraf die Strafbarkeit der vorgeschalteten Waffenbeschaffer und wurde zu einem Zeitpunkt gefällt, als die betroffene Anwältin die Revision durchführte.

II. Die Entscheidung des 5. Senats läßt eine Durchdringung der **Dogmatik** der berufsbedingten Zeugnisverweigerungsrechte vermissen, im einzelnen:

1. Die Entscheidung stützt sich zunächst auf die überwiegende Kommentarliteratur, wonach durch § 53 Abs. 1 Nr. 2 u. 3 StPO das Wissen, das der Verteidiger durch eigene Beteiligung in einer Straftat erhält, nicht geschützt wird (vgl. z. B. LÖWE/ROSENBERG/DAHS, 24. Aufl., § 53 Rn. 25). Der nächste Schritt ist die These, die **Beteiligung** des Verteidigers an einer Straftat müsse **nicht** durch **rechtskräftiges Urteil** erwiesen sein, es reiche, wie im vorliegenden Fall, aus, daß die mit der Urteilsfindung des mit der Revision angegriffenen Urteils betrauten Richter und der Staatsanwalt als Zeugen vernommen werden.

Risikiert wird mit der Annahme, diese Form der Beweisaufnahme reiche aus, eine **Aushöhlung** der **Unschuldsvermutung**, konkret lautet die Konstellation: Der Strafsenat, der über das Urteil gegen die Anwältin zu entscheiden hat, wird von einem anderen Strafsenat (oder gar demselben) über die Rechtsansicht informiert, daß ein Schwurgericht die Tatbegehung der Anwältin als rechtlich unangreifbar durch Vernehmung von Verhörspersonen festgestellt hat. Mit der jetzigen Entscheidung ist eine Grenzziehung zugunsten der Unschuldsvermutung nicht mehr möglich. So wie der Trichter seine Überzeugung durch Vernehmung der Richterkollegen und des Staatsanwalts gewonnen hat, kann ein anderer Trichter durch Vernehmung der Ermittlungsbeamten während des laufenden Ermittlungsverfahrens die Gewißheit erhalten, der Anwalt habe sich strafbar gemacht. Diese Gewißheit wird in einem Verfahren gewonnen, in dem sich der betroffene Anwalt nicht verteidigen kann.

2. Die Entscheidung läßt besorgen, es müsse bezüglich jedes Verteidigerhandelns inhaltlich in die Prüfung eingetreten werden, ob nicht eine strafbare Handlung mitschwingt, die den Anwalt dazu zwingt, mangels Zeugnisverweigerungsrechts an der Überführung seines Mandanten mitzuwirken. Dies steht konträr zum **Normprogramm** mindestens aller **berufsbezogenen Zeugnisverweigerungsrechte**, die aus gutem Grund formalisiert und von materiellen Unwertüberlegungen nach Maßgabe des Einzelfalls freigehalten sind. HASSEMER (Wistra 1986, 1, 6) hat dies wie folgt charakterisiert:

„Die Institution der Zeugnisverweigerungsrechte in der Strafprozeßordnung berührt als Regelungsmaterie das gesamte Strafverfahren vom Ermittlungsverfahren bis zur Hauptverhandlung. An Existenz und

Grenzen eines Zeugnisverweigerungsrechts entscheiden sich die Zulässigkeit der Beweiserhebung (bis hin zu Belehrungspflichten, § 57 StPO) sowie der Beweisverwertung. Ob eine Person das Recht hat, das Zeugnis zu verweigern, ist eine Rechtsfrage, welche das Strafverfahren mithin sowohl frühzeitig als auch permanent begleitet. Daraus folgt, daß die Strafprozeßordnung die Frage nach den Grenzen eines Zeugnisverweigerungsrechts klar, einfach und formal beantworten muß. Schon in frühen Stadien des Vorverfahrens müssen die Ermittlungsbehörden instande sein, die Voraussetzungen und die Grenzen rechtlich zulässiger Ermittlungen zuverlässig zu bestimmen.“

Der BGH **verschiebt** hingegen die **prozessuale Waffengleichheit** gravierend zu Lasten des Beschuldigten, im einzelnen:

Jeder Anwalt kann mit der Entscheidung des BGH durch die Tätigkeit der Ermittlungsbehörden frühzeitig einem der Berufsausübung nicht zuträglichen Druck ausgesetzt werden, indem aus irgendeinem Verdachtsmoment („V-Mann X berichtet glaubwürdig, daß der Anwalt selbst Rauschgiftgeschäfte tätigt“) ein Ermittlungsverfahren eingeleitet wird. Ein solcher **Mißbrauch** ließe sich nur unter Berufung auf den Glaubenssatz „unsere Polizei tut so etwas nicht“ als Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit verneinen. Es bliebe vom persönlichen Verhältnis des jeweiligen Staatsanwalts oder Richters zur Anwaltschaft oder zum jeweiligen Anwalt abhängig, was er aus den Konstrukten der Polizei macht.

Die Ungleichheit, die entsteht, fällt ins Auge. Sperrt die Behörde einen **V-Mann** endgültig, wird er als unerreichbares Beweismittel behandelt (KK-PELCHEN, vor § 48 Rn. 66). Hat sich der V-Mann strafbar gemacht, die Grenzen zulässiger V-Mann-Tätigkeit überschritten, fehlerhaft und willkürlich gehandelt, ist dem Gericht der Zugriff auf diesen Zeugen bei Eintritt der behördlichen Sperrung verwehrt. Alle Mißbräuche sind „kaum jemals beweisbar“ (vgl. KK-PELCHEN, a. a. O. Rn. 64).

Auch in der übrigen Dogmatik findet die These, daß das Handeln des Verteidigers in zulässige **Verteidigertätigkeit** und unzulässige strafbare Handlungen anlässlich der Verteidigertätigkeit **aufgespalten** werden kann, keine Stütze. Die Befreiung von der Zeugenpflicht setzt z. B. nicht voraus, daß die Verteidigung tatsächlich geführt worden ist, die Wahl oder die Bestellung zum Verteidiger genügt. Wenn aber keine Tätigkeit erforderlich ist, um die Zeugnisverweigerung zu begründen, kann eine pflichtwidrige Tätigkeit kein Argument dafür sein, sie zu verneinen (vgl. KLEINKNECHT/MEYER, StPO, § 53 Rn. 13, LR-DAHS, a. a. O., Rn. 24).

III. Die Entscheidung des Senats ist mindestens mißverständlich. Einerseits wird eine formale Abgrenzung dahingehend versucht, daß das Nichtbestehen eines Zeugnisverweigerungsrechts auf das Verhalten beschränkt wird, Schußwaffe, Munition und Betäubungsmittel zur Weiterleitung an den Mandanten zu beschaffen. Bedenklich ist dann jedoch ein Schwenk zur Entscheidung des 3. Senats (S. 7 der Urteilsgründe [II 1a]), der mit der Konstruktion der **kriminellen Vereinigung** die Möglichkeit eröffnet hat, jedes Verteidigerhandeln ohne Abgrenzungsmöglichkeit dem Verdikt des Strafbaren unterfallen zu lassen. Die dann ersichtliche Inhaltsprüfung jedes Verteidigerhandelns nach dem Kriterium möglicher Strafbarkeit wird der Ratio der berufsbezogenen Zeugnisverweigerungsrechte nicht gerecht:

Aufgrund spezieller staatlicher Voraussetzungen und Zulassungen ist der Zugang zu bestimmten Berufen gesondert geregelt. Wird der Vorwurf der **strafbaren Handlung** erhoben, ist dieser **nachzuweisen** und nach Rechtskraft der Entscheidung die betreffende Person aus dem privilegierten Beruf zu entfernen. Einen am Strafprozeß professionell Beteiligten im notwendigerweise kontradiktorischen Strafverfahren beliebig den Attacken der Gegenseite auszusetzen und verwundbar zu machen, kann nicht Ziel des Strafprozeßrechts sein.

Die Vorzüge einer formalisierten Regelung eines Zeugnisverweigerungsrechts überwiegen die Nachteile bei weitem. Es ist hinnehmbar, daß die pflichtwidrige und strafbare Handlung eines Rechtsanwalts, der daraufhin aus der Anwaltschaft ausscheiden muß, über eine **uneingeschränkte Schweigepflicht** Dritte begünstigt. Mängel des Berufsrechts müssen nicht in der StPO kompensiert werden. Die Gefahren für die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts und damit das Funktionieren der Strafrechtspflege, die aus der Tendenz zur Inhaltskontrolle entsprechend der Rechtsprechung des 5. Senats erwachsen, sind hingegen nicht begrenztbar. ◇