

Durham Research Online

Deposited in DRO:

24 January 2013

Version of attached file:

Published Version

Peer-review status of attached file:

Peer-reviewed

Citation for published item:

Bohlander, Michael (2011) 'Konventionsfreundliche Auslegung von Art. 103 II GG nach Scoppola v Italy (No. 2) : Verfassungsrang für das Lex-Mitior-Prinzip?', *StraFo* . pp. 169-172.

Further information on publisher's website:

<http://www.strafo-online.de/vorschau/>

Publisher's copyright statement:

Additional information:

Use policy

The full-text may be used and/or reproduced, and given to third parties in any format or medium, without prior permission or charge, for personal research or study, educational, or not-for-profit purposes provided that:

- a full bibliographic reference is made to the original source
- a [link](#) is made to the metadata record in DRO
- the full-text is not changed in any way

The full-text must not be sold in any format or medium without the formal permission of the copyright holders.

Please consult the [full DRO policy](#) for further details.

Konventionsfreundliche Auslegung von Art. 103 Abs. 2 GG nach Scoppola v Italy (No. 2): Verfassungsrang für das Lex-mitior-Prinzip?

Prof. Dr. Michael Bohlander, Richter am Landgericht a.D., Universität Durham (Vereinigtes Königreich)

I. Einleitung

§ 2 Abs. 3 StGB enthält den Grundsatz des lex mitior: Eine Täterin muss bei Gesetzesänderungen materieller Art zwischen Tatbegehung und rechtskräftiger Aburteilung nach dem jeweils für sie günstigsten Gesetz behandelt werden. Das BVerfG hat jedoch in ständiger Rechtsprechung die Auffassung vertreten, dass diesem Grundsatz kein Verfassungsrang zukomme, er mithin lediglich auf der Ebene des einfachen Bundesrechts verankert sei.¹ Insbesondere könne Art. 103 Abs. 2 GG dafür nicht herangezogen werden, da dieser lediglich bestimme, *ab wann* eine nachträglich belastende Gesetzesänderung Geltung beanspruchen dürfe, aber nichts darüber aussage, wie lange eine nach früherem Recht strafbare Handlung weiter sanktioniert werden dürfe.²

„Art. 103 Abs. 2 GG ... gewährleistet, dass eine Tat nur bestraft werden kann, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Die Vorschrift verbietet die rückwirkende Anwendung neuen materiellen Rechts zuungunsten des Täters ... , und zwar sowohl die rückwirkende Strafbegründung als auch die rückwirkende Strafverschärfung ... Sie besagt aber nichts über die Dauer des Zeitraums, währenddessen eine in verfassungsgemäßer Weise für strafbar erklärte Tat verfolgt und durch Verhängung der angedrohten Strafe geahndet werden darf, verhält sich also nur über das ‚von wann an‘, nicht jedoch über das ‚wie lange‘ der Strafverfolgung ... Bei der Frage, ob eine rückwirkende Gesetzesanwendung zuungunsten des Täters erfolgte, ist also auf den Zeitpunkt der Handlung abzustellen. Dies entspricht auch dem Zweck des Art. 103 Abs. 2 GG, nämlich zu verhindern, dass jemand aufgrund eines Gesetzes bestraft wird, das zur Zeit der Tat noch nicht in Kraft war, dem Täter also noch nicht bekannt sein konnte. Somit verletzt die Verhängung von Strafe oder Geldbuße das Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG nicht schon deshalb, weil die Tat in der Zeit zwischen ihrer Begehung und der Entscheidung vorübergehend nicht mit Strafe oder Geldbuße bedroht war.“

Das BVerfG stellt dabei auf eine eher wortlautorientierte Auslegung ab, die sich zudem bisher der Unterstützung des EuGMR erfreuen durfte. Im Anschluss an eine Kommissionsentscheidung von 1978 in *X v. Germany*³ hatte auch das europäische Gericht stets⁴ entschieden, dass das konventionsrechtliche Pendant zu Art. 103 Abs. 2 GG, nämlich Art. 7 Abs. 1 EMRK, keinen Regelungsgehalt hinsichtlich des Grundsatzes zum lex mitior besitze. Dies hat sich mit der Entscheidung der Grand Chamber in *Scoppola v. Italy (No. 2)*⁵ vom 17.9.2009⁶ grundlegend⁷ geändert. In diesem Urteil vollzieht

die Mehrheit der Kammer, mit einem Stimmenverhältnis von elf zu sechs, eine Kehrtwende. Art. 7 Abs. 1 EMRK wird nun, in seiner Auslegung gewissermaßen auf den Stand der Zeit gebracht, dahingehend interpretiert, dass er auch die Anwendung des mildesten Gesetzes im Sinne des Lex-mitior-Prinzips fordere. Die Mindermeinung unter den Richtern des EuGMR bezeichnete diese Art der „Auslegung“ der EMRK in einem gemeinsamen abweichenden Sondervotum allerdings als Usurpation der Rechtssetzungsfunktion im Rahmen des Council of Europe.

Warum ist diese Entscheidung von Bedeutung für das deutsche Verfassungsrechtsverständnis, insbesondere hinsichtlich des Art. 103 Abs. 2 GG? Die Antwort liegt in der vom BVerfG selbst im Verfahren *Görgülü*⁸ betonten Pflicht aller deutschen Staatsorgane zur konventionsfreundlichen Auslegung des deutschen Rechts, einschließlich des GG, solange dadurch keine Verkürzung des Schutzes durch deutsches Verfassungsrecht entstehe:

„Die Europäische Menschenrechtskonvention gilt in der deutschen Rechtsordnung im Range eines Bundesgesetzes und ist bei der Interpretation des nationalen Rechts – auch der Grundrechte und rechtsstaatlichen Garantien – zu berücksichtigen ... Die Bindungswirkung einer Entscheidung des Gerichtshofs erstreckt sich auf alle staatlichen Organe und verpflichtet diese grundsätzlich, im Rahmen ihrer Zuständigkeit und ohne Verstoß gegen die Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) einen fortdauernden Konventionsverstoß zu beenden und einen konventionsgemäßen Zustand herzustellen ... Die Art und Weise der Bindungswirkung hängt von dem

¹ BVerfGE 81, 132 (135); NJW 1993, 321; 2008, 3769.

² BVerfGE 81, 132 (135). – Auch eine Verletzung des Willkürverbots aus Art. 3 Abs. 1 GG wurde stets abgelehnt. Siehe auch unten Fn 13.

³ *X v. Germany*, Application No. 7900/77, Entscheidung v. 6.3.1978, Decisions and Reports (DR) 13, 70 – 72.

⁴ *Le Petit v. United Kingdom*, Application No. 35574/97, Entscheidung v. 5.12.2000 und *Zaprianov v. Bulgaria*, Application No. 41171/98, Entscheidung v. 6.3.2003.

⁵ Im Folgenden: *Scoppola*.

⁶ Urt. v. 17.9.2009, Application No. 10249/03 = [2009] ECHR 10249/03 = (2010) 51 E.H.R.R. 12, 323 ff. Im Folgenden werden die Absatzziffern der Entscheidung nach der auf der website des EuGMR allgemein verfügbaren englischen Fassung zitiert.

⁷ Bisher scheint diese Entscheidung, wie übrigens auch im Vereinigten Königreich, ein publizistisches Schattendasein zu führen. In der deutschen Literatur ist sie, wenn man auf www.juris.de vertrauen darf, nur von *Polakiewicz*, ZEuS 2010, 1 beiläufig erwähnt worden. Die Entscheidung selbst ist über juris nicht zu finden.

⁸ BVerfGE 111, 307 – 332; jüngst bestätigt in dem Nichtannahmebeschluss v. 5.4.2010, Az.: 2 BvR 366/10 (unveröffentlicht, verfügbar über www.juris.de).

Zuständigkeitsbereich der staatlichen Organe ab und von dem Spielraum, den vorrangig anwendbares Recht lässt. ... Ein Beschwerdeführer kann die Missachtung dieser Berücksichtigungspflicht als Verstoß gegen das in seinem Schutzbereich berührte Grundrecht in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip rügen ...

Die Gewährleistungen der Konvention beeinflussen ... die Auslegung der Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes. Der Konventionstext und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte dienen auf der Ebene des Verfassungsrechts als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes, sofern dies nicht zu einer – von der Konvention selbst nicht gewollten (vgl. Art. 53 EMRK) – Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz führt ...⁹

II. Das Verfahren *Scoppola v Italy (No. 2)*

Was also besagt *Scoppola* genau, d.h. in welcher Weise wäre eine konventionsfreundliche Auslegung des Art. 103 Abs. 2 GG veranlasst? Die wesentlichen Ausführungen hierzu finden sich in den Absätzen 99 ff. der Urteilsbegründung. Zuvor sei kurz der wesentliche Sachverhalt referiert¹⁰

Am 2.9.1999, nach einer Auseinandersetzung mit seinen beiden Söhnen, tötete der Bf. seine Frau und verletzte einen seiner Söhne. Er wurde wegen mehrerer Straftaten angeklagt und beantragte bei einer Anhörung am 18.2.2000, im summarischen Verfahren abgeurteilt zu werden, was im Falle der Verurteilung eine Reduktion der Strafe nach sich zog. Art. 442 Abs. 2 der italienischen StPO (IStPO) in der damals geltenden Fassung sah im Falle einer lebenslangen Freiheitsstrafe eine zeitliche von 30 Jahren vor. Am 24.11.2000 verurteilte das Gericht den Bf. im summarischen Verfahren unter der Feststellung, dass er im Regelverfahren zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt worden wäre; wegen des summarischen Verfahrens erhielt er aber nur 30 Jahre. Am 12.1.2001 legte die Staatsanwaltschaft Rechtsmittel gegen das Urteil ein mit der Begründung, das Gericht hätte Art. 7 der Gesetzgebenden Verordnung Nr. 341 vom 24.11.2000 anwenden müssen, welche am Tage des Urteils in Kraft getreten war. Art. 7 änderte Art. 442 IStPO dahingehend, dass im Falle von lebenslanger Freiheitsstrafe mit Einzelhaft diese durch „einfache“ lebenslange Freiheitsstrafe ersetzt werden sollte; die Einzelhaftanordnung erfolgte z.B. bei Fällen kumulativer oder fortgesetzter Delikte. Dies habe das Tatgericht in krasser Weise missachtet. Der Bf. legte ebenfalls mit anderer Begründung ein Rechtsmittel ein, dem hier nicht nachgegangen werden soll. In Abwesenheit des Bf. verurteilte das Berufungsgericht in Rom ihn am 10.1.2002 zu lebenslanger Freiheitsstrafe. In der Begründung erkannte es u.a. zwar an, dass unter der früheren Rechtslage die Auffassung des Tat-

gerichts korrekt gewesen sei, gleichgültig ob lebenslange Freiheitsstrafe mit oder ohne Einzelhaftanordnung angedroht gewesen sei. Jedoch sei die Verordnung Nr. 341 am Tage des Urteils in Kraft getreten; als prozessuale Vorschrift unterliege sie dem Grundsatz *tempus regit actum* und sei daher anzuwenden gewesen. Am 20.1.2003 wies der Kassationsgerichtshof das weitere Rechtsmittel des Bf. zurück, ebenso verwarf er am 14.5.2004 sein u.a. auf Art. 7 I EMRK gestütztes außerordentliches Rechtsmittel als unzulässig.

Der EuGMR betrachtete die Gesetzesänderung jedoch als eine solche, die dem materiellen Recht zuzuordnen sei. Damit war der Schutzbereich des Art. 7 Abs. 1 EMRK zunächst einmal im Grundsatz tangiert. Die Frage war nun, wie weit der Schutzbereich ging. Der EuGMR bereitete zunächst in Abs. 99–102 die Grundlage für seine bahnbrechende Meinungsänderung, indem er auf die Notwendigkeit der flexiblen Auslegung jeglicher rechtlicher Vorschriften verwies: Insbesondere dort, wo abstrakte Klauseln und Begriffe in der Gesetzgebung verwendet würden, bestätigte sich die Erkenntnis, dass jede Regelung der richterlichen Auslegung fähig und bedürftig sei. Dabei seien auch die mit der Zeit gewandelten rechtlichen Anschauungen und Überzeugungen auf nationaler und internationaler Ebene zu berücksichtigen. In den Abs. 103–109 fuhr das Gericht dann wie folgt fort:¹¹

„1978 brachte die European Commission of Human Rights die Auffassung zum Ausdruck, dass, anders als Art. 15 I a.E. des United Nations Covenant on Civil and Political Rights, Art. 7 der Konvention nicht das Recht auf eine mildere Bestrafung auf der Grundlage einer Vorschrift enthielt, die nach der Tat erlassen worden sei ... Sie erklärte daher die Beschwerde eines Bf. für offensichtlich unbegründet, der vorgetragen hatte, dass nach der Tatbegehung einige der Taten, wegen derer er angeklagt worden war, entkriminalisiert worden seien. Diese Entscheidung wurde später durch den Gerichtshof fortgeführt ...

Obwohl der Gerichtshof nicht förmlich an seine früheren Entscheidungen gebunden ist, liegt es doch im Interesse der Rechtssicherheit, Vorhersehbarkeit und Gleichheit vor dem Gesetz, dass er nicht ohne zwingenden Grund von Präzedenzfällen in seiner eigenen Rechtsprechung abweicht ... Da die Konvention in erster Linie ein System zum Schutz der Menschenrechte darstellt, muss der Gerichtshof aber Rücksicht nehmen auf die sich ändernden Bedingungen im betroffenen Staat und den Vertragsstaaten allgemein, und z.B. auf einen sich entwickelnden Konsens hinsichtlich der anzustrebenden Standards reagieren ... Es ist von ausschlaggebender Bedeutung, dass die Konvention auf eine Weise ausgelegt und angewandt wird, die ihre Rechte praktisch und effektiv werden lässt, nicht theoretisch und illusorisch. Die Weigerung des Gerichtshofes, einen dynamischen und evolutionären Ansatz

⁹ A.a.O., Absatzziffer 32.

¹⁰ Zusammenfassung aus Absatzziffern 8–26.

¹¹ Übersetzung des Verfassers.

zu verfolgen, trüge die Gefahr in sich, sie zu einem Hindernis für Reform oder Verbesserung werden zu lassen ...

Der Gerichtshof ist der Meinung, dass eine lange Zeit seit der Entscheidung der Kommission in *X v. Germany* vergangen ist und dass seitdem wichtige Entwicklungen auf internationaler Ebene stattgefunden haben. [Es folgen Verweise auf die American Convention on Human Rights, die European Union Charter of Fundamental Rights, die Rechtsprechung des EuGH in *Berlusconi and Others* sowie das Statut des Internationalen Strafgerichtshofes und die Rechtsprechung des Jugoslawientribunals, die sämtlich in vorhergehenden Teilen des Urteils erläutert werden. – M.B.] Der Gerichtshof folgert daraus, dass seit der Entscheidung in *X v. Germany* sich in Europa und in der internationalen Gemeinschaft allmählich ein Konsens herausgebildet hat, der die Anwendung des milderen Gesetzes, selbst wenn dies nach der Tatbegehung erlassen worden sein sollte, als ein grundlegendes Prinzip des Strafrechts betrachtet. Es ist auch bedeutsam, dass die Gesetze des betroffenen Staates selbst dieses Prinzip seit 1930 anerkannt haben ...

Zugegebenermaßen erwähnt Art. 7 der Konvention nicht ausdrücklich eine Verpflichtung der Vertragsstaaten, einem Angeklagten die Wohltat einer Gesetzesänderung nach Tatbegehung zukommen zu lassen. Genau auf dieser Grundlage einer Wortlautauslegung der Konvention kam die Kommission zur Zurückweisung des Antrags des Bf. in *X v. Germany*. Der Gerichtshof kann allerdings angesichts der o.g. Entwicklungen dieses Argument nicht als zwingend betrachten. Zudem ist anzumerken, dass das Verbot der Verhängung einer höheren als der zur Tatzeit geltenden Strafe ... es nicht ausschließt, dem Angeklagten die Wohltat einer milderen Strafe auf der Grundlage von nach Tatbegehung in Kraft getretenen Rechts zu gewähren.

Nach Ansicht des Gerichtshofes liegt es in der Natur des Grundsatzes der Rule of Law,¹² wovon Art. 7 einen wesentlichen Teil ausmacht, zu erwarten, dass ein Tatrichter auf jede strafbare Handlung die Strafe anwendet, die der Gesetzgeber als angemessen betrachtet. Die Verhängung einer höheren Strafe aus dem bloßen Grund, dass sie zur Tatzeit angedroht wurde, würde bedeuten, die Grundsätze der zeitlichen Abfolge von Strafgesetzen zum Nachteil des Angeklagten anzuwenden. Weiterhin wäre es gleichbedeutend mit der Vernachlässigung jeglicher dem Angeklagten günstigen Rechtsänderung, die vor der Verurteilung in Kraft getreten sein könnte, Strafen zu verhängen, die der Staat – und die Gesellschaft, die er repräsentiert – nunmehr als exzessiv ansieht. Der Gerichtshof bemerkt, dass die Verpflichtung, von mehreren Strafgesetzen das dem Angeklagten günstigste anzuwenden, eine Klarstellung der Regeln über die zeitliche Abfolge von Strafgesetzen bietet, was in Übereinstimmung mit einem weiteren wesentlichen Element von Art. 7 steht, der Vorhersehbarkeit von Strafen.

Im Lichte der vorangehenden Erörterungen ist der Gerichtshof der Ansicht, dass es notwendig ist, von der Rechtsprechung abzuweichen, die durch die Kommission im Fall *X v. Germany*

in Gang gebracht worden war und festzuhalten, dass Art. 7 Abs. 1 der Konvention nicht nur das Verbot der Rückwirkung von strengeren Strafgesetzen garantiert, sondern auch und impliziter den Grundsatz der Rückwirkung des milderen Gesetzes. Dieser Grundsatz ist verkörpert in der Regel, dass bei Unterschieden zwischen dem bei Tatbegehung geltenden Recht und Gesetzen, die danach vor der endgültigen Aburteilung in Kraft treten, die Gerichte das Recht anwenden müssen, dessen Vorschriften für den Angeklagten am günstigsten sind.“

III. Konsequenzen für Art. 103 Abs. 2 GG?

Diese Sätze sprechen für sich. *Scoppola* könnte dem BVerfG Anlass bieten, seine bisherige Rechtsprechung zu dem Regelungsbereich von Art. 103 Abs. 2 GG zu überdenken und das Prinzip des *lex mitior* nunmehr mit Verfassungsrang auszustatten. Die bisherige Rechtsprechung, dass Art. 103 Abs. 2 GG auch in seiner Ausprägung als strafgerichtsspezifisches Willkürverbot¹³ nicht einmal vorübergehende (unbeabsichtigte) Regelungslücken, die nicht unter § 2 Abs. 4 StGB fallen, erfasst, scheint nach der Entscheidung in *Scoppola* noch fragwürdiger geworden zu sein, als sie es ohnehin schon war.¹⁴ Zwar ist es wegen der einfachen bundesrechtlichen Bindung aller Instanzgerichte an § 2 Abs. 3 StGB oder etwa § 4 Abs. 3 OWiG nicht eben wahrscheinlich, dass diesbezügliche Fälle in gehäufter Maße das Licht des BVerfG erblicken und von dort wegen Erfolglosigkeit aufgrund der bisherigen Rechtsprechung nach Straßburg weiterziehen, aber auszuschließen ist es nicht. Jedenfalls aber erscheint es plausibel, zu erwarten, dass das BVerfG Schwierigkeiten haben dürfte, dem EuGMR in einem solchen Fall vor dem Hintergrund der Entscheidung des Gerichtshofes *ex cathedra* zum identischen Schutzbereich eines fundamentalen Justizkonventionsrechts wie Art. 7 Abs. 1 EMRK klar zu machen, dass es eine entsprechende Auslegung des innerstaatlichen Grundrechtspendants nicht für erforderlich

¹² Kann in etwa mit *Rechtsstaatsprinzip* übersetzt werden.

¹³ Siehe BVerfG NJW 1998, 2587, wo das Gericht ausführte: „Die den angegriffenen Entscheidungen zugrunde liegende Auslegung der Strafbestimmungen ... verstößt auch nicht gegen Art. 103 Abs. 2 GG in seiner Ausgestaltung als spezielles Willkürverbot des Grundgesetzes für die Strafgerichtsbarkeit. Art. 103 Abs. 2 GG verpflichtet den Gesetzgeber, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen ... Dieses Erfordernis gesetzlicher Bestimmtheit schließt nach der Rechtsprechung eine analoge oder gewohnheitsrechtliche Strafbegründung aus. Dabei ist ‚Analogie‘ nicht im engeren technischen Sinn zu verstehen; vielmehr ist jede Rechtsanwendung ausgeschlossen, die über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht. Art. 103 Abs. 2 GG zieht insoweit der Auslegung von Strafvorschriften eine verfassungsrechtliche Grenze ... Mit diesem Grundgedanken des Art. 103 Abs. 2 GG setzt sich eine Verurteilung in Widerspruch, der eine objektiv willkürliche Auslegung des materiellen Strafrechts zugrunde liegt.“

¹⁴ Schon LK-StGB/Dannecke, 12. Aufl. 2007, § 2 Rn 61 hielt es z.B. für fragwürdig, ob nicht ohnehin das allgemeine Willkürverbot des Art. 3 I GG bei Nichtanwendung des milderen Gesetzes bei einer Lücke von mehr als ein paar Wochen verletzt würde.

erachtet hat. Die gegenwärtig etwa auch im Vereinigten Königreich zu beobachtende und oft populistisch beförderte Gerichtshofmüdigkeit, die sich in solchen Entscheidungen des UK Supreme Court wie *R v. Horncastle*¹⁵ oder in der Abstimmung des Parlaments zur Frage des Stimmrechts für Strafgefangene¹⁶ niedergeschlagen hat, sollte kein Vorbild für den weiteren Umgang nationaler Gerichte mit dem EuGMR werden.

¹⁵ *R v. Horncastle and others* [2009] UKSC 14. Der UK Supreme Court, Lord Phillips, führte dort aus: "The requirement to 'take into account' the Strasbourg jurisprudence will normally result in this Court applying principles that are clearly established by the Strasbourg Court. There will, however, be rare occasions where this court has concerns as to whether a decision of the Strasbourg Court sufficiently appreciates or accommodates particular aspects of our domestic process. In such circumstances it is open to this court to decline to follow the Strasbourg decision, giving reasons for

adopting this course. This is likely to give the Strasbourg Court the opportunity to reconsider the particular aspect of the decision that is in issue, so that there takes place what may prove to be a valuable dialogue between this court and the Strasbourg Court." – Erinnerungen an die Solange-Urteile des BVerfG werden wach.

¹⁶ Siehe z.B. www.parliament.uk/documents/commons/lib/research/briefings/snpc-01764.pdf zu den Themen vor der Abstimmung vom 10.2.2011, welche dann mit 234 zu 22 Stimmen eine Umsetzung der entsprechenden EuGMR-Urteile ablehnte: www.publications.parliament.uk/pa/cm201011/cmhansrd/cm110210/debtext/110210-0004.htm#column_584: „[T]his House notes the ruling of the European Court of Human Rights in *Hirst v. the United Kingdom* in which it held that there had been no substantive debate by members of the legislature on the continued justification for maintaining a general restriction on the right of prisoners to vote, acknowledges the treaty obligations of the UK, is of the opinion that legislative decisions of this nature should be a matter for democratically-elected lawmakers, and supports the current situation in which no prisoner is able to vote except those imprisoned for contempt, default or on remand.“

Der Verteidiger als Zeuge

— RA und FASr Dr. Jens Bosbach, München*

I. Einleitung

Die Überschrift kann unter verschiedenen Gesichtspunkten zu umfangreichen Ausführungen verleiten. Gegenstand des vorliegenden Beitrages soll weniger eine rechtstheoretische Diskussion als vielmehr Ansporn für eine praxisorientierte Auseinandersetzung sein. Anlass dazu geben zwei aktuellere Entscheidungen des Bundesgerichtshofes aus dem Jahr 2007 und 2009, die sich mit der Frage befassen, ob der Verteidiger überhaupt, und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen zu welchem Beweisthema Zeuge sein kann. Im Nachfolgenden sollen nach einigen grundsätzlichen Aspekten zur Zeugenstellung des Verteidigers die beiden Entscheidungen schlaglichtartig vorgestellt werden, um anschließend drei Thesen für die Verteidigungspraxis zur Diskussion zu stellen.

II. Grundsätzliches zur Zeugenstellung des Verteidigers und die Entscheidungen des BGH

Der Verteidiger kann grundsätzlich Zeuge sein. Das ist eigentlich schon lange unumstritten¹ und ergibt sich etwa aus § 53 Abs. 1 Nr. 2 StPO. Ist er nicht von seiner Schweigepflicht entbunden, steht ihm ein Zeugnisverweigerungsrecht über alles zu, was ihm in seiner Eigenschaft als Verteidiger anvertraut wurde oder bekanntgeworden ist. Das bedeutet im Umkehrschluss, dass ihm ein solches Schweigerecht nicht zusteht über solche Tatsachen, die ihm nur bei sonstiger Gelegenheit bekannt wurden. Ob und inwieweit ihm ein Schweigerecht hinsichtlich

(eigener) strafbarer Handlungen im Verteidigungsverhältnis zusteht, weil ihm solche Tatsachen dann möglicherweise nicht in seiner Eigenschaft als Verteidiger bekannt gegeben worden sein sollen, wird lebhaft diskutiert.² Sein Schweigerecht wird von Normen wie §§ 97, 100 Abs. 6, 148, 160a Abs. 2 StPO sowie § 203 StGB flankiert.³ Wird er von der Schweigepflicht entbunden (§ 53 Abs. 2 StPO) – was auf einzelne Tatsachenkomplexe beschränkt passieren kann⁴ – so muss er aussagen. Auf die aktuelle Diskussion auf Seiten des DAV und der BRAK zu einem eigenständigen Schweigerecht des Anwalts sei an dieser Stelle nur hingewiesen. Sie beschäftigt sich mit der Frage, ob der Anwalt – vergleichbar zum Geistlichen – selbst entscheiden können soll – notfalls auch gegen den geäußerten Willen des Mandanten – zu schweigen.⁵

Diese grundsätzlichen ausgewählten Aspekte vorausgeschickt wenden wir uns im Nachfolgenden den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zu.

* Der Beitrag beruht auf einem am 19.11.2010 unter dem Titel „Strafverfolgung um jeden Preis?“ auf dem Herbstkolloquium der AG Strafrecht in München gehaltenen Vortrag des Verfassers und wurde im Wesentlichen um Fundstellen ergänzt.

¹ Vgl. nur BGH NJW 1967, 404.

² BGHSt 38, 7 ff. (5. Strafsenat – Hamburger Anwältin Pistolenfall); vgl. dazu Paulus, NStZ 1992, 305; Scheffler, StV 1992, 299, demgegenüber BGH NJW 2005, 2406 (1. Strafsenat – Notarfall) m. Anm. Widmaier, FS – Dachs, S. 543 ff.

³ Vgl. zum Verhältnis § 53 und § 97 etwa Matt, FS-Widmaier, S. 851 ff.

⁴ Meyer-Göbner, § 53 Rn 49.

⁵ Vgl. dazu etwa Kury, BRAK-Magazin 5/2010, 3; Steg, KammerReport Hamm 3/2010, 25; Ackermann, FS 100 Jahre DJT, 479, 486 ff.