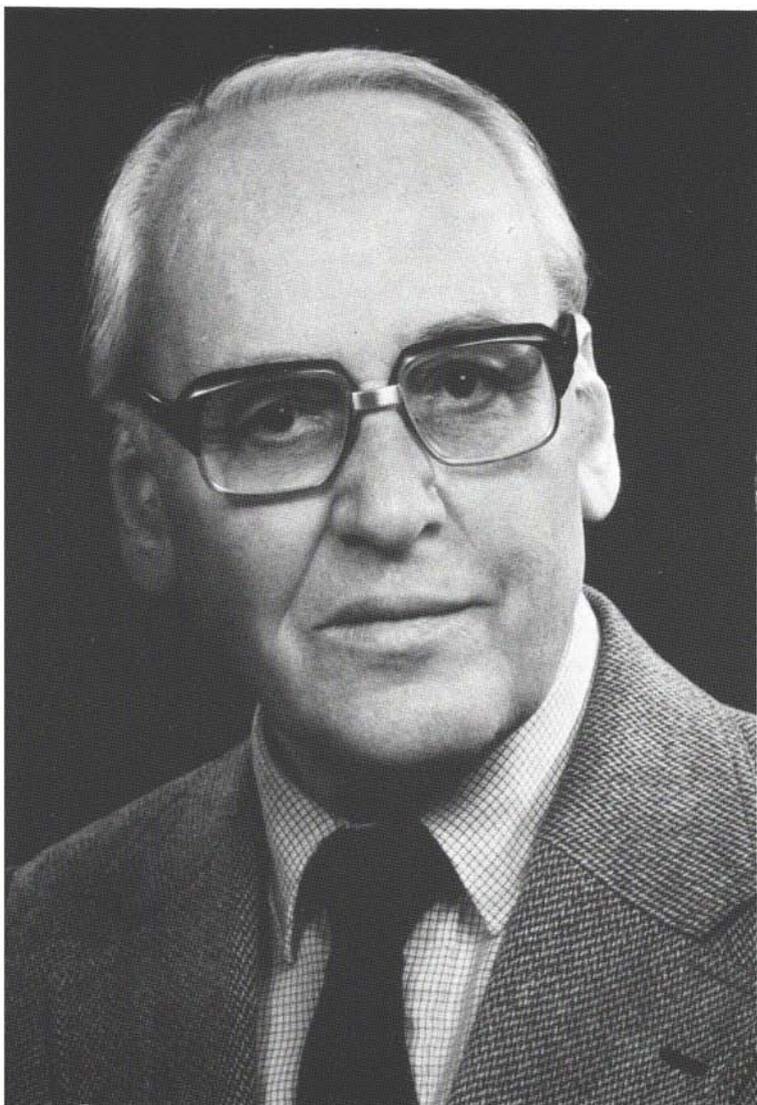


FESTSCHRIFT FÜR HANNS DÜNNEBIER
ZUM 75. GEBURTSTAG



. Hans J. V.

FESTSCHRIFT FÜR HANNS DÜNNEBIER
ZUM 75. GEBURTSTAG
am 12. Juni 1982

Herausgegeben

von

Ernst-Walter Hanack, Peter Rieß und Günter Wendisch



1982

Walter de Gruyter · Berlin · New York

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

**Festschrift für Hanns Dünnebieer zum 75. [fünf-
undsiebzigsten] Geburtstag** : am 12. Juni 1982 /
hrsg. von Ernst Walter Hanack ... – Berlin ;
New York : de Gruyter, 1982.
ISBN 3-11-008949-1
NE: Hanack, Ernst Walter [Hrsg.]; Dünnebieer,
Hanns: Festschrift

©

Copyright 1982 by Walter de Gruyter & Co., vormals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung, J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, Georg Reimer, Karl J. Trübner, Veit & Comp., 1000 Berlin 30. Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Printed in Germany

Satz und Druck: Saladruck, 1000 Berlin 36
Buchbindearbeiten: Lüderitz & Bauer, 1000 Berlin 61

Vorwort

Am 12. Juni 1982 hat Generalstaatsanwalt a. D. Dr. Hanns Dünnebier, Bremen, sein 75. Lebensjahr vollendet. Eduard Dreher hat in seinem Beitrag zu dieser Festschrift den Lebensweg des Jubilars nachgezeichnet und auch das berufliche Wirken dieses leidenschaftlichen Strafrechtspraktikers, hervorragenden Strafrechtswissenschaftlers und engagierten Strafrechtsreformers gewürdigt. Seinem Glückwunsch schließen sich mit dieser Festschrift 37 weitere Autoren an, die dem Jubilar aus gemeinsamer Arbeit besonders verbunden sind. Ihre Beiträge umspannen einen weiten Bogen. Er spiegelt damit auch etwas von dem breiten Arbeitsfeld wider, auf dem Hanns Dünnebier Recht und Rechtsentwicklung der Bundesrepublik beeinflußt hat.

Die Festschrift teilt das Schicksal vieler Festschriften: Sie konnte dem Jubilar nicht rechtzeitig vorgelegt werden, und sie mußte vor allem auf die Beiträge einiger Autoren verzichten, die dem Jubilar nahestehen. Es sind Gründe unterschiedlichster Art, aus denen der eine oder andere von einer gewünschten Beteiligung an der Festschrift Abstand nehmen mußte – Gründe, die hier nicht auszubreiten sind, die aber gerade Hanns Dünnebier verstehen wird. Immerhin mag ein Fall besonders erwähnt werden: Hans-Jürgen Bruns geriet während der Arbeit sein für diese Festschrift vorgesehener Beitrag, der sich insbesondere mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über den V-Mann auseinandersetzt, wegen der Schwierigkeit des Themas so umfangreich, daß er nur als besondere Veröffentlichung erscheinen konnte.

Die Herausgeber danken dem Verlag für die hervorragende verlegerische Betreuung und das wirtschaftliche Wagnis der Herausgabe einer Festschrift in der gegenwärtigen Zeit.

Die Herausgeber

Inhalt

EDUARD DREHER, Dr. jur., bis 1969 Ministerialdirigent im Bundesministerium der Justiz, Bonn Hanns Dünnebier zum 75. Geburtstag	1
*	
KARL SCHÄFER, Dr. jur., Senatspräsident a. D. am Oberlandesgericht Frankfurt am Main Einige Bemerkungen zu dem Satz „nemo tenetur se ipsum accusare“	11
KARL PETERS, Dr. jur., em. o. Professor an der Universität Tübingen, Münster Justizgewährungspflicht und Abblocken von Verteidigungsvorbringen . .	53
HEINZ MÜLLER-DIETZ, Dr. jur., o. Professor an der Universität des Saarlandes Sozialstaatsprinzip und Strafverfahren	75
WERNER SCHMID, Dr. jur., o. Professor an der Universität Kiel Über den Zugang strafprozessualer Willenserklärungen	101
KARL HEINZ GÖSSEL, Dr. jur., o. Professor an der Universität Erlangen, Vorsitzender Richter am Landgericht München I Überlegungen zur Bedeutung des Legalitätsprinzips im rechtsstaatlichen Strafverfahren	121
PETER RIESS, Dr. jur., Ministerialrat im Bundesministerium der Justiz, Bonn, Honorarprofessor an der Universität Göttingen Legalitätsprinzip – Interessenabwägung – Verhältnismäßigkeit. – Über die Grenzen von Strafverfolgungsverzicht und Strafverfolgungsverschärfung zur Aufrechterhaltung des inneren Friedens	149
FRIEDRICH GEERDS, Dr. jur., o. Professor an der Universität Frankfurt am Main Durchsuchungen von Personen, Räumen und Sachen. – Strafprozessuale Probleme und kriminalistische Erkenntnisse	171
GÜNTHER WEINMANN, Präsident des Oberlandesgerichts Stuttgart, Vorsitzender der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages Die Beschlagnahme von Geschäftsunterlagen des Beschuldigten bei Zeugnisverweigerungsberechtigten. – Rückschau und Ausblick.	199

HELGA BONARENS, Oberstaatsanwältin in Bremen Anfertigung von Lichtbildern für Zwecke des Strafverfahrens und Persönlichkeitsschutz	215
HANS DAHS, Dr. jur., Rechtsanwalt in Bonn Apokryphe Haftgründe. – Erwartung einer hohen Strafe = Fluchtgefahr; Charakter der Straftat = Verdunkelungsgefahr	227
GÜNTER WENDISCH, Generalstaatsanwalt in Bremen Anfechtung von Beschlüssen, die Verhaftungen oder die einstweilige Unterbringung betreffen.	239
KLAUS LÜDERSEN, Dr. jur., o. Professor an der Universität Frankfurt am Main Wie abhängig ist der Strafverteidiger von seinem Auftraggeber, wie unabhängig kann und soll er sein?	263
GERHARD MÜTZELBURG, Präsident des Oberlandesgerichts a. D., Celle Über Verteidigung im Verständnis der Verteidiger	277
WERNER BEULKE, Dr. jur., o. Professor an der Universität Passau Das Einsichtsrecht des Strafverteidigers in die polizeilichen Spurenakten	285
ERNST-WALTER HANACK, Dr. jur., o. Professor an der Universität Mainz Die Verteidigung vor dem Revisionsgericht.	301
WALTER GOLLWITZER, Dr. jur., Ministerialdirigent im Bayerischen Staats- ministerium der Justiz, München Die sinngemäße Anwendung der Strafprozeßordnung bei der Beweiser- hebung parlamentarischer Untersuchungsausschüsse	327
GERALD GRÜNWALD, Dr. jur., o. Professor an der Universität Bonn Der Niedergang des Prinzips der unmittelbaren Zeugenvernehmung. . . .	347
CURT FREIHERR VON STACKELBERG, Rechtsanwalt beim Bundesgerichts- hof, Karlsruhe Zur Beschlußverwerfung der Revision in Strafsachen als „offensichtlich unbegründet“	365
KLAUS VOLK, Dr. jur., o. Professor an der Universität München Der Laie als Strafrichter	373

HINRICH RÜPING, Dr. jur., o. Professor an der Universität Augsburg Strafverfahren als Sensation. – Zur Freiheit der Gerichtsreportage und ihren Schranken	391
*	
EBERHARD SCHMIDHÄUSER, Dr. jur., o. Professor an der Universität Ham- burg Die „Gesetzesverletzung“. – Bemerkungen zur Terminologie im mate- riellen und formellen Strafrecht.	407
WINRICH LANGER, Dr. jur., o. Professor an der Universität Marburg Gesetzlichkeitsprinzip und Strafmilderungsgründe	421
FRIEDRICH DENCKER, Dr. jur., Professor an der Universität Münster Zur Zulässigkeit staatlich gesteuerter Deliktsbeteiligung	447
HERBERT SCHÄFER, Dr. jur., Leitender Kriminaldirektor in Bremen Das Opfer steht in dritter Reihe. – Ein Beitrag zur Frage administrativer Viktimsation	465
KNUT AMELUNG, Dr. jur., o. Professor an der Universität Trier Die Zulässigkeit der Einwilligung bei den Amtsdelikten. – Zum Verhält- nis von Staatsschutz und Individualschutz im Deutschen Amtsstrafrecht.	487
KLAUS TIEDEMANN, Dr. jur., o. Professor an der Universität Freiburg i. Br. Handhabung und Kritik des neuen Wirtschaftsstrafrechts. – Versuch einer Zwischenbilanz	519
GERHARD SCHÄFER, Dr. jur., Vorsitzender Richter am Landgericht Stutt- gart Einige Fragen zur Verjährung in Wirtschaftsstrafsachen	541
HANS-JOACHIM RUDOLPHI, Dr. jur., o. Professor an der Universität Bonn Probleme der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Amtsträgern für Gewässerverunreinigungen.	561
KARL-ERNST JAATH, Regierungsdirektor im Bundesministerium der Justiz, Bonn Zur Strafbarkeit der Verbreitung unvollständiger Prospekte über Ver- mögensanlagen	583

MANFRED MÖHRENSCHLAGER, Dr. jur., Regierungsdirektor im Bundesministerium der Justiz, Bonn Ausländische und internationale Bestrebungen gegen die Todesstrafe. – Ein Überblick	611
HANS-LUDWIG SCHREIBER, Dr. jur., o. Professor an der Universität Göttingen Recht und Ethik – am Beispiel des Arztrechts	633
*	
HORST SCHÜLER-SPRINGORUM, Dr. jur., o. Professor an der Universität München Zur aktuellen Diskussion über Strafe und Erziehung in der deutschen Jugendgerichtsbarkeit.	649
FRIEDRICH SCHAFFSTEIN, Dr. jur., em. o. Professor an der Universität Göttingen Aufgabe und verfahrensrechtliche Stellung der Jugendgerichtshilfe	661
ALEXANDER BÖHM, Dr. jur., o. Professor an der Universität Mainz Zur Reform der Untersuchungshaft an jungen Gefangenen	677
JÜRGEN BAUMANN, Dr. jur., o. Professor an der Universität Tübingen Disziplinarmaßnahmen beim Vollzug der Untersuchungshaft	691
ALBERT KREBS, Dr. phil., Ministerialrat a. D., Honorarprofessor an der Universität Marburg, Oberursel/Ts. Der Anstaltsbeirat (§§ 162–165 StVollzG). – Eine sozialgeschichtliche Studie über das Mitwirken gesellschaftlicher Kräfte bei dem staatlichen Vollzug der Freiheitsstrafe	707
*	
WALTHER RICHTER, Dr. jur., Dr. rer. pol., Präsident des Oberlandesgerichts a. D., Bremen Tendenzen in der Entwicklung des internationalen Seehandelsrechts. – Vereinheitlichung oder Zersplitterung?	731
*	
Bibliographie	749

Hanns Dünnebier zum 75. Geburtstag

EDUARD DREHER

„Wir bestätigen gern, daß Herr Dr. Dünnebier alle ihm übertragenen Arbeiten, obwohl sie ihm durchweg vollkommen fremd waren, in kürzester Zeit übersehen und sämtlich zur vollsten Zufriedenheit seiner Auftraggeber erledigen konnte.“ Dieser Satz ist in einem Zeugnis zu lesen, das am 2. Juli 1947 vom Eisenwerk Gröditz der ehemaligen Mitteldeutschen Stahlwerke in Sachsen dem gewesenen Amtsgerichtsrat ausgestellt worden war, dem man bei der Hallendemontage die „Gesamtleitung der Stücklistenbearbeiter“ übertragen hatte. Ein typisches deutsches Nachkriegsschicksal, aber zugleich typisch für den Mann, der es so erfolgreich meisterte und dem zu Ehren fünfunddreißig Jahre später diese Festschrift herausgegeben wird.

Schon vor dem Jahr in Gröditz lag ein Stück Leben, das so gar nicht nach dem üblichen Schema der kontinuierlichen Folge von Schule, Abitur, Studium, Staatsprüfungen verlief und bereits deutlich erkennen ließ, was in dem jetzt Gefeierten an Begabung und Energie steckte. Der junge Dünnebier, am 12. Juni 1907 als der dritte Sohn eines Regierungsoberinspektors in der sächsischen Bergwerkstadt Freiberg geboren, konnte das Realgymnasium in Döbeln zunächst nur bis zur mittleren Reife besuchen. Dann lernte er ab 1923 am gleichen Ort in der Commerz- und Privatbank, um 1925 zunächst Angestellter und später Beamtenanwärter beim Bezirksverband der Amtshauptmannschaft Döbeln zu werden, einer Verwaltungseinheit, die unseren heutigen Landkreisen entspricht. Bis 1935 blieb er dort. Trotzdem brachte es der junge Mann fertig, 1929 die Reifeprüfung am Realgymnasium in Döbeln abzulegen und anschließend an der Universität Leipzig Rechtswissenschaft zu studieren. Daß es ihm unter solchen Umständen gelang, 1934 die erste juristische Staatsprüfung mit „befriedigend“ zu bestehen, kann man nur mit Hochachtung vermerken. Was er leisten konnte, wenn er sich ganz auf das Recht konzentrieren durfte, zeigte Dünnebier 1938, als er nach dreijähriger Referendarszeit die zweite juristische Staatsprüfung mit „gut“ bestand. Diese Note öffnete ihm die Tür zum Staatsdienst weit. Zunächst Assessor auf Probe, dann Gerichtsassessor, erst in Falkenstein, dann in Chemnitz, wurde er 1942 zum Rat bei dem westpreußischen Amtsgericht Stuhm ernannt. Im Jahr zuvor hatte er mit einer Dissertation über ein auf seine Tätigkeit in Döbeln zurückgehendes verwaltungsrechtliches Thema promoviert. Daß Dünnebier die Berufung an ein von der sächsischen Heimat so weit entferntes Gericht einer Ernennung zum

Staatsanwalt bei einer näher gelegenen Dienststelle vorzog, die man ihm ebenfalls angetragen hatte, beleuchtet seine Einstellung zu den Verhältnissen der damaligen Zeit. Man war schon mitten im Kriege. Aktiv daran teilzunehmen brauchte Dünnebier wegen eines Augenfehlers zunächst nicht. Doch noch 1942 wurde er eingezogen und leistete erst in Holland und später in Frankreich Kriegsdienst, bis er in amerikanische Gefangenschaft geriet.

Was nach seiner Entlassung im Sommer 1946 zunächst folgte, ist schon geschildert worden. Dann aber geschah Merkwürdiges. Ein junger Ingenieur in Gröditz schwärmte Dünnebier gegenüber von offenen Stellen bei den Bremer Flugwerken und gab ihm auch eine diesbezügliche Adresse. Dünnebier, der einer sich ihm bietenden Chance, Rechtsanwalt in der russischen Zone zu werden, den Westen vorzog, fuhr nach Bremen. Aber die Flugwerke arbeiteten nicht, nicht einmal die Adresse stimmte. Statt dessen lernte der scheinbar vergeblich Angereiste in seiner Pension deren Hausrechtsanwalt kennen und dieser, mit einem weitläufigen Verwandten Dünnebierts gut bekannt, überdies wie dessen Vater Freimaurer, nahm sich des Ankömmlings an und vermittelte ihm nach rasch durchgeführter Entnazifizierung zwar nicht die Stelle eines Richters, die ihm zu beschaffen er sich bemüht zeigte und die Dünnebier ersehnte, wohl aber eine Anstellung bei der Staatsanwaltschaft, wo man damals Leute brauchte.

Von dem bedeutenden Verleger Siegfried *Unsel* stammt das Wort „Wenn das Leben eines Menschen richtig angelegt ist, so gibt es am Anfang Zufälle. Doch dann ereignet sich irgendwann eine Initialzündung; fortan gibt es keine Zufälle mehr, nur noch Kettenreaktionen.“ Auf den Lebensgang des Jubilars paßt dieses Wort genau. Die Zufallsgöttin schickte ihm den Gröditzer Ingenieur, der ihm falsche Hoffnungen machte, lockte ihn nach Bremen und führte ihn in die Pension, wo er den vermittelnden Anwalt kennen lernte, der sich dann als *deus ex machina* erwies. Alles das war Zufall. Aber dann kam mit der Anstellung bei der Staatsanwaltschaft in Bremen die Initialzündung. Von da an konnte der inzwischen Vierzigjährige sein Talent, seinen Elan und seine Zielstrebigkeit entwickeln und beweisen, er, der Sachse in der spröden Hansestadt. Nun kamen die Kettenreaktionen. 1947 Hilfsstaatsanwalt, 1948 Versetzung an die Generalstaatsanwaltschaft, dort 1951 Oberstaatsanwalt und bereits 1956, also nur neun Jahre nach dem Bremer Beginn als Nachfolger *Heitzers* Generalstaatsanwalt des Stadtstaates, eine steile Karriere, wie sie von den meisten Juristen nur geträumt werden kann.

Dabei waltete insofern eine gewisse Ironie des Schicksals, als Dünnebier sich viel mehr zu dem Beruf des Richters als dem des Staatsanwaltes hingezogen fühlte. Noch in den Jahren der Großen Strafrechtskommis-

sion, als ihm dort einmal zu einem Geburtstag gratuliert wurde, machte er das in einer launigen Dankesansprache mit einem reizenden sächsischen Witz deutlich. Er wäre lieber Richter als Staatsanwalt geworden. Dennoch meine ich, daß die Schicksalsgöttin das Richtige getan hat, als sie diesen Mann mit dem Kopf und dem Herz eines Richters auf den Platz eines der höchsten Staatsanwälte in der Bundesrepublik dirigierte. Nicht so sehr, weil sich wieder bestätigte, daß Dünnebier wie schon vor Jahren in Gröditz beweisen konnte, daß er auch Aufgaben, die ihm zunächst fremd waren, vorzüglich zu meistern verstand, sondern weil die Staatsanwaltschaft gerade Leute vom Schlage des Jubilars braucht. Gewiß ist es eine gefährliche Verzerrung, wenn der Staatsanwalt in der Öffentlichkeit noch heute, nicht zuletzt als Folge von tendenziösen Darstellungen in der Literatur und in den Massenmedien, den Ruf genießt, der schneidige Ankläger zu sein, der die Verurteilung seines Opfers um jeden Preis erreichen will. Welcher Laie weiß schon, daß Staatsanwälte weit mehr Einstellungsverfügungen treffen als Anklagen erheben und daß sie sich oft mehr mit erfolglosen Anzeigerstattern herumzuschlagen haben als Beschuldigte zu verfolgen? Auf der anderen Seite kann das aus der Juristenwelt stammende Wort, daß die Staatsanwaltschaft die objektivste Behörde der Welt sei, nur wahr gemacht werden, wenn sie solche Repräsentanten besitzt wie den Jubilar. Sein Stil war es, daß er Verfügungen innerdienstlich durch gemeinschaftliche Besprechungen ersetzte. Vor allem aber sah er bei der Sacharbeit den Beschuldigten nicht als bloßes Prozeßobjekt, sondern, wie er es einmal selbst formulierte, „als Prozeßsubjekt an, nicht als den dulddenden Beschuldigten, sondern als den handelnden défendant.“ Ihm einen fair trial zu sichern, war des Staatsanwalts und Generalstaatsanwalts Dünnebier oberstes Anliegen. Beschleunigung des Verfahrens und Abkürzung der Untersuchungshaft waren ihm vorrangige Ziele. Sein Amt verwaltete er in unermüdlicher Arbeit mit Energie, Gewissenhaftigkeit und einer Umsicht, die schließlich zur Weisheit wurde. Als er am 30. 6. 1972 in den Ruhestand trat, fand er zum Auftakt seiner Abschiedsrede folgende Worte:

„Wer nahezu zwei Jahrzehnte dasselbe Amt ausübt, erlangt eine ‚Problemkenntnis‘, die ihm jeden Vorgang, jede Vorlage, jedes Vorhaben durchsichtig macht. Das hat den Vorteil, daß er die Fragen, die zu lösen, wunde Stellen, die zu heilen, und heiße Eisen, die politische Vernunft mit Bedacht zu behandeln gebietet, leicht erkennt und die möglichen Wege, die sich eröffnen, rasch aufzählen und durch Abwägung den für richtig erachteten auswählen kann. Es hat aber auch Nachteile. Die Problemkenntnis erzeugt einen ‚Röntgenblick‘: Die Vorgänge werden zu durchsichtig und das Schwache, Anfechtbare, Übergangene fällt zuerst ins Auge; das immer auch vorhandene Gute zu erkennen, bedarf der Willensanstrengung des zweiten Blicks. Auch ist, kennt man die Probleme, ihre Wiederholung der Frische der Arbeit abträglich. Schließlich erregen manche kein rechtes Interesse mehr und die intellektuelle Lust wendet sich neuen Gebieten zu, die dann freilich meist nicht mehr ins Fach einschlagen.“

Das sind Worte eines in langen Jahren der Arbeit und Erfahrung gereiften Mannes, der souverän Abstand zu gewinnen und Selbsterkenntnis wie Selbstkritik zu üben versteht. Zugleich zeigen diese Worte auch, mit welcher Behutsamkeit und welchem Maß an der so wichtigen Fähigkeit zur Abwägung ein idealer Staatsanwalt sein verantwortungsvolles Amt handhabt.

Dünnebier verstand es auch meisterhaft, mit eindringlicher Präzision zu diskutieren und selbst Diskussionen mit der nötigen Elastizität zu leiten und zielstrebig zusammenzuhalten. Diese Fähigkeit, gepaart mit einem imponierenden Fachwissen, ließen ihn bald nicht nur zu einem hervorragenden Vertreter Bremens überall dort werden, wo es um die Lösung strafrechtlicher Probleme ging. Auch Gremien aller Art, die sich mit Strafrecht befaßten, bemühten sich um die Mitarbeit des renommierten Generalstaatsanwalts. So war Dünnebier als Vertreter seines Landes Mitglied der Großen Strafrechtskommission seit 1956 bis zur Beendigung der Kommissionsarbeit im Sommer des Jahres 1959. Anschließend vertrat er Bremen in der Länderkommission für die Große Strafrechtsreform, die vom Herbst 1959 bis 1961 tagte. Der Jubilar war weiter Mitglied des Strafrechtausschusses des Deutschen Richterbundes und ständiger Gast des Strafrechtausschusses der Deutschen Rechtsanwaltskammern. Von 1950 an war er Mitglied, ab 1964 auch stellvertretender Präsident des Gemeinsamen Prüfungsamtes der Länder Bremen, Hamburg und Schleswig-Holstein. Von 1960 bis 1974 gehörte er der ständigen Deputation des Deutschen Juristentages an und war 1960 und 1964 stellvertretender Vorsitzender der strafrechtlichen Abteilung des 43. und 45. Juristentages. Auf den Juristentagen der Jahre 1966, 1970 und 1972 führte er selbst den Vorsitz dieser Abteilung, die damals die Themen „Beweisverbot“, „Strafvollzugsgesetz“ und „Wirtschaftskriminalität“ abhandelte. Mit den beiden letzten Problemkreisen war Dünnebier auch weiterhin an herausragenden Positionen befaßt. In der vom Bundesjustizministerium berufenen Kommission zur Vorbereitung des 1976 erlassenen Strafvollzugsgesetzes, die von 1967 bis 1971 tagte, war er stellvertretender Vorsitzender, in der ebenfalls vom Bundesjustizministerium 1972 eingesetzten Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität führte er selbst bis 1974 den Vorsitz. Er legte ihn allerdings dann nieder, als der damalige Bundesjustizminister ein neues Mitglied in die Kommission berief, ohne vorher mit dem Vorsitzenden Fühlung genommen zu haben. Ein bezeichnendes Beispiel für Dünnebies aufrechten und männlichen Charakter.

Es kann nicht überraschen, daß ein Jurist von so außergewöhnlichen Graden neben seiner vielfältigen Tätigkeit im Amt und in den zahlreichen Gremien noch ein schriftstellerisches Werk schuf, das allein schon Bewunderung abnötigt. Bereits 1930, also Jahre vor seinem Referendar-

examen, erschienen Dünnebiebers erste Aufsätze, die dann bis zur Dissertation 1941 um Themen kreisten, die mit der Tätigkeit des Verfassers beim Bezirksverband in Döbeln zusammenhingen. Es ging um Verwaltungsrecht und freiwillige Gerichtsbarkeit. Nach der Zäsur durch Krieg und Nachkriegszeit setzte 1950 des Jubilars schriftstellerische Tätigkeit wieder ein, von da an im Zeichen des Strafrechts, mit dem das Schicksal ihn nun verbunden hatte. So entstanden in stetiger fruchtbarer Arbeit bis 1981 an die 70 Aufsätze und mehr als 30 Urteilsanmerkungen, wie das Schriftenverzeichnis im einzelnen ausweist. Während die Anmerkungen zunächst in der Juristenzeitung, später fast ausschließlich in der Juristischen Rundschau erschienen und dort zu einer wesentlichen Bereicherung des strafrechtlichen Teils beitrugen, sind die Aufsätze auf die verschiedensten Zeitschriften, auf Lehrbücher, Festschriften und andere Publikationsorgane verteilt. Zwei Aufsätze sind französisch in der *Revue Internationale de Droit Pénal* erschienen. Noch nach 1950 befaßte sich Dünnebieber auch mit nicht strafrechtlichen Themen. So schrieb er mehrfach zur Frage des erbbiologischen Vaterschaftsnachweises, zuletzt 1957 in *Ponsolds* Lehrbuch der gerichtlichen Medizin. Doch das Strafrecht beherrscht bei weitem Dünnebiebers juristische Publikationen und unter dem Strafrecht ist es wiederum das Prozeßrecht, das deutlich dominiert. Das will nicht heißen, daß der Jubilar nicht auch zum materiellen Recht Wesentliches zu sagen gehabt hätte. So hat er zu Problemen der Reform des Strafgesetzbuches und zur Strafzumessung Wichtiges und auch Kritisches geschrieben. Ein Aufsatz ist hier vor allem zu nennen, der, wie das nur selten geschieht, Rechtsgeschichte gemacht hat. Es ist die 1957 in *Goldammers Archiv* erschienene Arbeit über die Verkehrsunfallflucht. Mit Verve vertrat der Verfasser dort die These, daß es bei der Strafbarkeit der Unfallflucht nicht darum gehen könne, dem Staat die Verfolgung von Verkehrsdelikten zu erleichtern, sondern einzig und allein darum, die etwaigen Ersatzansprüche eines Unfallgeschädigten sicherzustellen. Dieser These sind der vorher noch nicht eindeutige Bundesgerichtshof, weiter gegen den damaligen Widerstand des Bundesverkehrsministeriums die Große Strafrechtskommission und schließlich der Gesetzgeber bei der Neufassung des § 142 StGB im Jahre 1975 gefolgt.

Hat Dünnebieber so mit seinen Publikationen auch das materielle Strafrecht bedeutsam gefördert, so gehörte seine große Liebe doch dem Prozeßrecht. Ich glaube, daß diese Liebe aus dem Beruf des Staatsanwalts gewachsen ist, der dem Strafrecht nicht wie z. B. der Strafrechtslehrer vorwiegend in der Beschäftigung mit dem abstrakten Gesetz und dessen Auslegung begegnet, sondern der es in seiner praktischen Anwendung im Prozeß ständig in seiner Funktion erlebt. Dabei treten auch Bedeutung und Problematik des Verfahrensrechts nicht zuletzt für den

Beschuldigten plastisch hervor und es zeigen sich die Schwachstellen und Fragwürdigkeiten dieses Rechtskomplexes sehr viel deutlicher als bei einer nur theoretischen Behandlung, der das, was sich im Gerichtssaal farbig, ja manchmal dramatisch abspielt, oft nur trocken erscheint. Der Generalstaatsanwalt Dünnebieer konnte Strafprozeßrecht in ständiger Anschauung erleben, prüfen und werten. Und so ist denn sein literarisches Werk vor allem Spiegel und Ergebnis dieser Wertung geworden.

Ihren Höhepunkt erreichte die literarische Arbeit des Jubilars am Recht des Strafverfahrens in seiner fünfzehn Jahre umfassenden Beteiligung am Großkommentar von *Löwe/Rosenberg*. Von 1962 an, von der 21. bis zur 23. Auflage und bis zum Ergänzungsband 1979 dieses traditionsreichen und hoch geachteten Erläuterungswerkes war Dünnebieer zunächst Mitautor, seit der 22. Auflage 1971 federführender Autor. Die dabei von ihm selbst behandelten Materien – in der 21. und 22. Auflage: §§ 1–47, 94–132, 137–150 und 276–295; in der 23. Auflage: §§ 1–32, 112–132, 137–150 – lassen seine besonderen Interessen, zugleich aber auch das Gewicht und die Bedeutung der Arbeit erkennen, die man gerade ihm als Kommentator anvertraute. Es geht um Bereiche, in denen schon am Anfang jedes Strafverfahrens die Weichen für eine erfolgreiche Durchführung gestellt werden, also für das in fairer Weise vor sich gehende Finden der Wahrheit im gerechten Urteil. Da sind zunächst die ersten Abschnitte der Strafprozeßordnung, die neben formalen, aber wichtigen Bestimmungen über Zuständigkeit und Gerichtsstand so intrikate und praktisch bedeutsame Materien wie die Ablehnung von Richtern und die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand enthalten, von weit größerer Bedeutung aber dann die Abschnitte, die sich mit den ersten, für den Ausgang des Verfahrens oft geradezu vorentscheidenden Maßnahmen befassen, mit Beschlagnahme und Durchsuchung, Überwachung des Fernmeldeverkehrs, mit Verhaftung und vorläufiger Festnahme sowie mit den Maßnahmen des § 132. Das sind allergische Punkte des Strafprozesses, Brennpunkte, die von jeher sowohl *de lege lata* wie *de lege ferenda* in der Diskussion nicht nur der Fachwelt umkämpft sind und sich zahlreiche Änderungen haben gefallen lassen müssen. In gleicher Weise gilt das für den dritten Bereich, dem Dünnebieers Arbeit in erster Linie galt, dem Recht der Verteidigung, das durch die Vorschriften über die Verteidigerausschließung und die Trennscheibenvorschrift des § 148 Abs. 2 S. 3 eine besonders aktuelle Bedeutung erhalten hat. Darüber hinaus schrieb Dünnebieer die Einleitung zum Ergänzungsband 1967 und als Ergänzung zu seiner Kommentierung der Vorschriften über das Verfahren gegen Abwesende in der Festschrift für *Heinitz* einen Aufsatz, von dem noch die Rede sein wird.

Liest man in den Erläuterungen Dünnebieers, ohne nach der Antwort auf eine bestimmte Frage zu suchen, sondern gibt man sich einmal der

Lektüre der Kommentierung mehrerer, miteinander zusammenhängender Paragraphen hin, so wird diese Lektüre sehr bald zum Genuß. In einer präzisen Sprache, die durch ihre Knappheit besticht, werden Entstehungsgeschichte und Sinngefüge der Vorschrift aufgezeigt, Beziehungen zu anderen Vorschriften geknüpft, rechtshistorische Rückblicke zur Aufhellung des geltenden Rechts unternommen und dann die Analyse der Vorschrift unter kritischer Durchleuchtung des Wortlauts durchgeführt, stets in Fühlung und Auseinandersetzung mit Rechtsprechung und Schrifttum, die in Fußnoten noch vertieft wird. Man fühlt sich an der Hand eines Führers, der die Materie meisterlich beherrscht und bis in ihre letzten Verzweigungen ebenso vorsichtig wie sicher ausleuchtet.

Das anschaulichste Beispiel für Dünnebieers Stil zu kommentieren, liefern seine Erläuterungen zum Recht der Untersuchungshaft in der 23. Auflage. Dabei zeichnen sich zwei generelle Merkmale deutlich ab. Das eine ist des Autors kritische Haltung gegenüber dem Gesetz, seiner Systematik und Technik, sowie seinen „zu komplizierten Regeln“, eine Kritik, die sich in zahlreichen scharfsinnigen Äußerungen niederschlägt. Als zweites, wesentlich wichtigeres Merkmal tritt in der Sache selbst Dünnebieers liberale Haltung hervor, die an zahlreichen Stellen die Position des Verhafteten zu stärken sucht. Immer von der Grundlage her, daß der Beschuldigte Prozeßsubjekt und défendant sei und daß die Untersuchungshaft selbstverständlich kein Druckmittel gegenüber dem Beschuldigten und keine Erleichterung für ungestörte Ermittlungen darstellen könne, sondern unter sparsamstem Gebrauch nur dann angeordnet werden dürfe, wenn sie unbedingt erforderlich sei, betont Dünnebieer, daß die Haftfrage ungeachtet der dem Beschuldigten zustehenden Rechtsbehelfe jederzeit von Amts wegen zu prüfen sei, und beklagt es als „Nachteil unseres Strafprozesses, daß er zu lange schriftlich und geheim vorbereitet wird.“ Die Ausgestaltung der Untersuchungshaft, die kein besonderes Gewaltverhältnis schafft, prüft Dünnebieer im einzelnen streng an ihren alleinigen Zielen, der Fluchtverhinderung und der Beseitigung von Verdunkelungsgefahr sowie in den Fällen des § 112 a StPO auch der Wiederholungsgefahr. So kommt er in zahlreichen Einzelpunkten zu Ergebnissen, mit denen er sich bewußt in Gegensatz stellt sowohl zu den Vorschlägen der von den Ländern gemeinsam beschlossenen Untersuchungshaftvollzugsordnung als auch zur höchst richterlichen Rechtsprechung, nicht zuletzt der des Bundesverfassungsgerichts. Das gilt z. B. für Fragen wie den Briefverkehr, den Empfang von Paketen und Drucksachen, die Reinigung der Zellen, die Dauer ihrer Beleuchtung, den Tabakkonsum, das Kommenlassen von Beköstigung aus selbstgewählten Gaststätten, die ärztliche Betreuung und ähnliche Einzelheiten, die für sich gesehen keine große Bedeutung zu haben scheinen, aber im Einzelfall und in ihrer Gesamtheit größtes Gewicht für

den Verhafteten erhalten und das Gesamtklima der Untersuchungshaft entscheidend prägen können. Sehr einschränkend äußert sich Dünnebieber zu den Fragen der ärztlichen Zwangsbehandlung und die überaus heikle Frage der Zwangsernährung von Verhafteten, die in einen Hungerstreik getreten sind, behandelt er bei grundsätzlicher Zustimmung zu § 101 des Strafvollzugsgesetzes mit einfühlsamer Abwägung aller Gesichtspunkte. Er will die Sterbereitschaft eines Häftlings geachtet wissen und schließt Zwangsernährung dann aus, wenn keine Zweifel bestehen, daß der Verhaftete mit voller Einsichts- und Urteilsfähigkeit hinsichtlich der Tragweite seines Verhaltens gehandelt hat. So kommentiert Dünnebieber durchweg nach dem Grundsatz in dubio pro libertate, aber er ist andererseits als Praktiker auch Realist genug, um die Erfordernisse eines wirksamen Strafverfahrens nicht aus dem Auge zu verlieren. So kritisiert er, daß § 121 StPO hinsichtlich der dort bestimmten Fristen für die Dauer der Untersuchungshaft auch bei schwersten Verbrechen keine Ausnahme vorsieht. Er unterstreicht das Recht des Staatsanwalts, den Verurteilten nach Rechtskraft des Urteils im Gerichtssaal zu verhaften. Er verteidigt die Zulässigkeit der Sicherungshaft nach § 112 a StPO, die er nur systematisch anders behandelt sehen möchte. Er vertritt die Meinung, daß die Neigung des Beschuldigten zur Flucht aus Furcht vor hoher Strafe eine Tatsache im Sinne von § 112 Abs. 2 StPO sei und daß das Gesetz dem Richter kein freies Ermessen einräume, wenn es am Anfang des § 112 heißt: „Die Untersuchungshaft darf gegen den Beschuldigten angeordnet werden, . . .“ Die Liberalität des Jubilars ist keine blinde. In diesem Stil der Freiheit, die ihre Grenzen an der sinnvollen Durchführung des Strafverfahrens findet, sind auch seine übrigen Erläuterungen, besonders seine Kommentierung des Rechts der Verteidigung gehalten.

Fragt man sich nun, was diesen Mann, der eine so glänzende Karriere machte, dessen Stimme in den verschiedensten Spitzengremien hoch geachtet wurde und der außer einem gewiß nicht geringen Arbeitspensum im Dienst noch ein so umfangreiches und beeindruckendes literarisches Œuvre schuf, zu solchen Erfolgen befähigte, so habe ich schon angedeutet, wo ich die entscheidenden Quellen sehe. Ich meine, daß sie, abgesehen von einem immensen Fleiß, ohne den es in dieser Welt keine soliden Erfolge gibt, in einer seltenen Verbindung von klugem Kopf und leidenschaftlichem Herzen zu finden sind. Der Jubilar besitzt in außergewöhnlichem Maße Neigung und Fähigkeit zu begrifflichem Denken, wie der Jurist sie braucht. Ihn zeichnet eine pragmatische, nüchterne Klarheit aus, wie sie auch sein Landsmann Gotthold Ephraim Lessing besaß, eine klare Denkarbeit, die den Realitäten unbeirrt auf den Grund geht. Es ist kein Zufall, daß nicht wenige Arbeiten aus der Feder Dünnebiebers um exakte Analyse juristischer Begriffe bemüht sind. Das

beginnt mit seinen frühesten Publikationen, die sich mit der Rechtsgültigkeit bestimmter Vorschriften und, wie vor allem seine Dissertation, mit der Behördeneigenschaft gewisser Verwaltungsorgane befassen, und reicht bis in die jüngste Zeit. In einer Anmerkung zu einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes aus dem Jahre 1981 hat Dünnebier den Begriff der sachlichen Zuständigkeit, der ihm bisher nur unzureichend erörtert schien, in scharfsinnigen Ausführungen analysiert. Ebenso hat es ihm Freude gemacht, in seinem Beitrag zur Festschrift für Karl Schäfer 1980 herauszuarbeiten, daß die Ausdehnung des Verfahrensbegriffs bis zum Ende der Strafvollstreckung, wie sie durch den 1974 in die StPO eingefügten § 138 c bewirkt worden ist, an anderen Stellen zu Friktionen führt, die der Gesetzgeber nicht gesehen hat.

Zu diesem unbestechlich nüchternem Denken, das den Jubilar auszeichnet, tritt eine Leidenschaft des Herzens, mit der die gewonnenen Erkenntnisse und ihre Konsequenzen vorgetragen und verfochten werden. Als das Problem der Todesstrafe 1959 in der Großen Strafrechtskommission erörtert wurde, waren in Dünnebers Stellungnahme folgende Sätze zu lesen:

„Jede Tat ist auch auf Anlage und – bewußte und unbewußte – Umweltserlebnisse zurückzuführen und kann dem Täter niemals allein als freie Willensentscheidung vorgeworfen werden. ... Wer die Todesstrafe verhängt, maßt sich damit nicht nur an, das Unbeweisbare zu wissen, daß es Täter gäbe, die frei vom Schicksal nur aus Schuld handelten, sondern auch diese Schuld – und wegen der Irreparabilität der Todesstrafe mit absoluter Sicherheit – zu erkennen. Solche Hybris der Unfehlbarkeit gegen die Demut einzutauschen, die aus dem Bewußtsein menschlicher Unzulänglichkeit entspringt, sollte der Staat den Richter nicht zwingen.“

Diese zwei Sätze zeigen allein schon, wie für Dünnebier Erkenntnis zum Bekenntnis wurde, einem Bekenntnis zum Humanum, das als Devise über seinem gesamten Wirken steht. Neben dem Bemühen um begriffliche Klarheit ist es der Kampf für das Humanum, den der Jubilar mit Leidenschaft geführt hat, nicht nur in der Großen Strafrechtskommission, sondern auch in der Länderkommission für die Strafrechtsreform und auf allen sonstigen Feldern. Aber es war stets eine, vielleicht durch das „Bewußtsein menschlicher Unzulänglichkeit“ zurückgehaltene und nicht nach außen lodernde, sondern nüchterne Leidenschaft, um es mit diesem scheinbar paradoxen Ausdruck zu bezeichnen. Sie ist es, die Dünnebers Dienst am Recht bestimmte und die seine Diskussionen und Publikationen durchzog und trug. Es ist charakteristisch für den Jubilar, daß ihm, wie er mir einmal schrieb, unter seinen bisherigen Aufsätzen derjenige über die Abschaffung des Kontumazialverfahrens in der Festschrift für *Heimitz* der liebste sei, charakteristisch deshalb, weil diese Arbeit die beiden Elemente, auf die ich hinwies, deutlich verbindet. Da ist auf der einen Seite die begriffliche Technik, mit der der Autor in einer überlegen ironischen Art die verschiedenen juristischen Fehler

des Gesetzgebers bloßlegt, und auf der anderen Seite der Kampf um die Gerechtigkeit, die im echten Abwesenheitsverfahren deshalb verfehlt wird, weil dem Angeklagten das Grundrecht des rechtlichen Gehörs vorenthalten wird.

Aber noch ein drittes Element darf nicht unerwähnt bleiben. Ich bin immer der Meinung gewesen, daß zur ersten Klasse der Juristen keiner gehören kann, der nur Paragraphen kennt. Der bedeutende Jurist muß ins volle Menschenleben hineingreifen und dort, wo er es faßt, muß es ihm interessant sein. Der Jubilar hat das für sich selbst bewiesen. Doch ich möchte noch weiter gehen. Im Umgang mit dem Recht, der auch ein intensiver Umgang mit der Sprache und deren Gestaltung ist, schwingt auch ein künstlerisches Moment mit. Es gibt Künstler und Handwerker des Rechts. Ich glaube, daß ein positives Verhältnis zur Kunst dem Juristen wohl ansteht. Es hat nicht wenige prominente Dichterjuristen gegeben. Sehr viel größer ist die Zahl derer, die sich, ohne selbst kreativ zu werden, zur Kunst hingezogen fühlen und ihr in ihrem Leben einen wichtigen Platz einräumen. Zu ihnen gehört auch der Jubilar. Als er sich als junger Jurist dem Oberlandesgerichtspräsidenten in Dresden vorstellen mußte, fragte ihn der nach seinen Lieblingsbeschäftigungen. Dünnebier antwortete, er besitze eine größere Lyriksammlung. Der Chefpräsident erstaunte stumm. Er hätte sich freuen sollen. Dieser frühen Liebe zur Dichtung und bedeutenden Literatur ist der Jubilar zeitlebens treu geblieben. In vorgerückten Jahren wendet sich „die intellektuelle Lust neuen Gebieten zu“. Dünnebier baute nach und nach mit viel Liebe und großem Sachverstand eine umfangreiche und qualitativ bedeutende Sammlung moderner Druckgraphik auf. Er ließ es aber nicht beim bloßen Sammeln bewenden. Gemeinsam mit seinem Freund Karl *Bachler*, einem bekannten Bremer Publizisten und Kunstfreund, verfaßte er das 1973 bei Bruckmann in München erschienene „Handbuch der modernen Druckgraphik“, ein umfangreiches, alle Aspekte des Themas gründlich umspannendes Werk. Auch hier bestätigte sich Dünnebiers schon hervorgehobene Lust an begrifflicher Klärung. In einer ausführlichen Darstellung unterzog er den aus dem französischen Estampe Originale herkommenden intrikaten, aber praktisch ungemein wichtigen Begriff des Originals in der Druckgraphik, der ein Widerspruch in sich selbst zu sein scheint, einer mit juristischer Akribie durchgeführten Analyse.

Damit rundet sich das Lebensbild eines Mannes, dem noch das Glück zuteil wurde, eine liebenswürdige Gattin neben sich zu haben und hochbegabte Kinder und Schwiegerkinder zu besitzen. Hanns Dünnebier wird in die Rechtsgeschichte eingehen als bedeutender Jurist, der für ein menschliches Recht lebte und kämpfte. Mögen ihm noch viele und gute Jahre vergönnt sein.

Einige Bemerkungen zu dem Satz „nemo tenetur se ipsum accusare“

KARL SCHÄFER

I. Zur Begrenzung des Themas¹

1. der Satz „nemo tenetur...“ im allgemeinen

Unser Strafprozeß ist beherrscht von dem „ehernen“ Grundsatz² des Schweigerechts des Beschuldigten zur Beschuldigung, inhalts dessen er zur Überführung seiner selbst nicht mitzuwirken braucht (§§ 136, 136 a, 163 a, 243 Abs. 4 StPO). Auch im Art. 14 Abs. 3 Buchstabe g des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte vom 19. 12. 1966³ ist dies Recht ausdrücklich gewährleistet. Der Beschuldigte (Angeklagte) ist über sein Schweigerecht zu belehren. Jeder Aussagezwang – was darunter zu verstehen ist, umschreibt § 136 a – ist verboten, und eine erzwungene Aussage darf selbst bei Einverständnis des Beschuldigten nicht verwertet werden. Entsprechende Vorschriften gelten auch nach anderen Verfahrensordnungen, die die Anwendung einer Sanktion gegen

¹ Eine Zusammenstellung des kaum noch übersehbaren *Schrifttums* zu dem allgemeinen Thema „Beweisverbote“ ist hier naturgemäß auch insoweit nicht beabsichtigt, als es sich innerhalb des größeren Zusammenhangs mehr oder weniger *auch* mit der Bedeutung des „nemo tenetur...“ befaßt. Als primär auf dieses Spezialthema gerichtet sind hier – ohne jeden Anspruch auf Vollständigkeit – etwa zu nennen: *Eser*, Der Schutz vor Selbstbezeichnungen im deutschen Strafprozeßrecht, Deutsche strafrechtliche Landesreferate zum IX. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung, Beiheft zur ZStW Bd. 86 [1974] S. 136; *Rogall*, ZRP 1975, S. 278; *Rogall*, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst; ein Beitrag zur Geltung des Satzes: „Nemo tenetur se ipsum prodere“ im Strafprozeß, 1976 (dazu Besprechung *Dabs*, GA 1978, S. 89); *Reiß*, Zwang zur Selbstbelastung nach der neuen Abgabenordnung, NJW 1977, S. 1436; *Günther*, Die Schweigebefugnis des Tatverdächtigen im Straf- und Bußgeldverfahren aus verfassungsrechtlicher Sicht, GA 1978, S. 193; *Fischer*, Divergierende Selbstbelastungspflichten nach geltendem Recht 1979 (dazu Besprechung *Rieß*, GA 1981, S. 46); *Goll*, Steuergeheimnis und abgabenrechtliche Offenbarungsbefugnis, NJW 1979, S. 94; *Seebode*, Über die Freiheit, die eigene Strafverfolgung zu unterstützen, JA 1980, S. 493; *Rüping*, Beweisverbote als Schranke der Aufklärung im Steuerrecht, 1981 (dazu Besprechung DRiZ 1981, S. 276); *Stürmer*, Strafrechtliche Selbstbelastung und verfahrensförmige Wahrheitsermittlung, NJW 1981, S. 1757; *Müller-Dietz*, Die Stellung des Beschuldigten im Strafprozeß, ZStW Bd. 93 (1981); S. 1177 ff., insbes. S. 1211; *Gärtner*, (betr. Steuerrecht): Sie können sich alles fragen lassen, aber antworten brauchen Sie nicht unbedingt, Kassenarzt 1981, S. 4380; *Volk*, Strafrecht und Wirtschaftskriminalität, JZ 1982, S. 85.

² *Volk*, JZ 1982, 91.

³ Zustimmungsgesetz vom 15. 11. 1973, BGBl. II S. 1533. Die Vorschrift lautet: „(3) Jeder wegen einer strafbaren Handlung Angeklagte hat ... im Verfahren Anspruch auf folgende Mindestgarantien ... (g) er darf nicht gezwungen werden, gegen sich selbst als Zeuge auszusagen oder sich schuldig zu bekennen.“

gesetzwidriges Verhalten zum Gegenstand haben, und die generell die Vorschriften der Strafprozeßordnung für anwendbar erklären (so § 46 OWiG für das Bußgeldverfahren) oder zusätzlich noch das Schweigerecht zum Ausdruck bringen (so für das Disziplinarverfahren §§ 25, 26 Abs. 2 BDO). Dieses Schweigerecht, in der Rechtsprechung bezeichnet als „selbstverständlicher Ausdruck einer rechtsstaatlichen Grundhaltung, die auf dem Leitgedanken der Achtung vor der Menschenwürde beruht“⁴, wirft eine Reihe von Einzelfragen auf, wie etwa, inwieweit im Vorverfahren der nur „Verdächtige“, aber noch nicht „Beschuldigte“ schweigeberechtigte Auskunftsperson ist⁵ oder ob die Wirkung einer unterbliebenen Belehrung über das Schweigerecht unterschiedlich ist, je nachdem, ob die Unterlassung in der Hauptverhandlung oder im Vorverfahren geschah⁶, oder ob das Schweigerecht auch die Angaben zur Person umfaßt, oder welche Bedeutung für das Schweigerecht dem „Rollenaustausch“ durch Verfahrensabtrennung zukommt. Solche Fragen sind nicht Gegenstand dieses Beitrags.

2. Gegenstand der Erörterungen

Erörtert werden soll vielmehr – allgemein gesprochen – nur die Frage, wie es mit dem „nemo tenetur...“ in der großen Zahl von Fällen steht, in denen nach gesetzlicher Vorschrift *außerhalb eines Strafverfahrens* jemandem die mit Rechtszwang durchsetzbare Verpflichtung zur Mitteilung, Anzeige, Aufklärung, Aufzeichnung oder Vorlegung von Gegenständen auferlegt wird und keine Ausnahme für Umstände vorgesehen ist, die auf eine Straftat hindeuten. Wenn hier keine besondere Vorkehrung besteht – etwa in Form eines Verbots, daß die Behörde oder Stelle, die auf diese Weise von einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit Kenntnis erlangt hat, das Material der Strafverfolgungs- oder Bußgeldbehörde zuleitet –, so könnte in einem künftigen Straf- oder Bußgeldverfahren das Schweigerecht seine Bedeutung verlieren. Denn gewiß würde dem Betroffenen in diesem Verfahren sein strafprozessuales Schweigerecht zustehen. Aber das schliesse nicht auch zwangsläufig aus, daß das, was er vorprozessual an anderer Stelle offenbaren müßte, als Beweismittel gegen ihn verwendet würde. Und schon erhebt sich die Frage, ob der Satz „nemo tenetur...“, auch wenn er eine solche vorprozessuale Selbstbezeichnung nicht ausschließt, doch jedenfalls ihrer Weitergabe an die Verfolgungsbehörde oder mindestens ihrer Verwertung im Sanktionsverfahren entgegensteht.

⁴ BVerfGE 38, 105, 113; 56, 37, 43; BGHSt. 14, 358, 364.

⁵ Dazu etwa die Nachweise bei Müller-Dietz, ZStW Bd. 93 (1981) S. 1193, Fn. 63, S. 1217 ff., 1233; Bringewat, JZ 1981, 289 m. Bespr. Strafverteidiger 1981, 373.

⁶ Dazu etwa BGHSt. 25, 325, 331; LG Münster, Strafverteidiger 1981, S. 613.

3. Weitere Eingrenzung des Themas

Mit einem Ausschnitt aus diesem sehr umstrittenen Problembereich, nämlich der Frage, ob die nach §§ 100, 101 KO erzwingbare Pflicht des Gemeinschuldners im Konkursverfahren zur Auskunft über alle das Verfahren betreffenden Verhältnisse sich auch auf solche Angaben erstreckt, durch die er eigene strafbare Handlungen offenbaren müßte, und – bejahendenfalls – welche Auswirkungen in einem künftigen Strafverfahren sich hinsichtlich der Verwertbarkeit der unter Zwang offenbarten strafrechtlichen Handlungen ergeben, hat sich neuestens das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 56, 37)⁷ befaßt (s. dazu unten IV). *Stürner*⁸ hat es unternommen, in umfassender Weise die Auswirkungen dieser Entscheidung auf die verschiedenen Verfahrensarten (Strafprozeß, Zivilprozeß einschließlich Auskunftsverfahren, Verwaltungsprozesse und Verwaltungsverfahren) zu behandeln. Die vorliegenden Ausführungen sollen sich dagegen nur mit der Prüfung befassen, welche Auswirkungen sich aus BVerfGE 56, 37 für die unter II behandelten drei Fallgestaltungen und für das unter III erörterte Problem der Auslegung des § 30 Abs. 4 Nr. 5 und Abs. 5 AO 1977 ergeben.

II. Ältere Rechtsprechung

In *länger zurückliegenden Zeiten* hat das Problem der „Fernwirkung“ des Satzes „nemo tenetur...“ (oben I 2) den Gerichten verhältnismäßig wenig Kopfzerbrechen bereitet. Das zeigen die nachstehend dargestellten drei als charakteristisch ausgewählten Entscheidungen, die in den Jahren 1962 bis 1964 ergangen sind, also zu einer Zeit, als der Satz: „Nemo tenetur...“ längst eine manifeste gesetzgeberische Niederlegung (in der Neufassung der StPO durch das Rechtsvereinheitlichungsgesetz vom 20. 9. 1950, BGBl. S. 455) gefunden hatte.

1. BayObLGSt. 1964, 50

Nach § 21 Abs. 2 Satz 4 BJG (jetzt i. d. F. vom 29. 6. 1976) sind die Länder verpflichtet, Bestimmungen zu treffen, nach denen die Erfüllung des Abschlußplans durch ein Abschlußmeldeverfahren überwacht wird; sie können den körperlichen Nachweis der Erfüllung des Abschlußplans verlangen. Die in Durchführung dieser Vorschrift ergangenen Landesjagdgesetze sehen z. T. – neben anderen Überwachungsmaßnahmen wie Führung von Abschlußlisten und Einreichung schriftlicher Abschlußmeldungen – die Beschickung von Pflichttrophäenschauen vor, auf denen die von den Jagdausübungsberechtigten eines größeren Bereichs während eines größeren Zeitraums erbeuteten Trophäen (= Kopfschmuck)

⁷ Auch NJW 1981, 1431.

⁸ NJW 1981, 1757.

des Schalenwilds öffentlich ausgestellt werden; die Nichtbeschickung ist als Ordnungswidrigkeit mit Geldbuße bedroht. Bei pflichtgemäßer Beschickung kann dem Besucherkreis offenbar werden, daß ein Jagdausübungsberechtigter den Abschlußplan nicht, nicht richtig oder nicht vollständig erfüllt hat, und es kann ihm daraus die Gefahr eines Straf- oder Bußgeldverfahrens erwachsen. BayObLGSt. 1964, 50 hatte über die Rechtsbeschwerde eines wegen Nichtbeschickung mit Geldbuße Belegten zu entscheiden, der sich u. a. (sinngemäß) auf den Satz „nemo tenetur...“ berief. Dieses Vorbringen wurde dahin beschieden, die Beschickungspflicht entfallende nicht deshalb, weil Fälle denkbar seien, in denen der Pflichtige ein sanktionsbedrohtes Verhalten offenbaren mußte.

„Denn es gibt keinen allgemeinen Rechtssatz des Inhalts, daß Anzeigen, Meldungen, Nachweie und ähnliche Handlungen den allgemeinen Vorschriften zuwider unterlassen werden dürften, wenn dadurch ein vorangegangenes strafbares oder mit Buße bedrohtes Verhalten geoffenbart oder doch die Entdeckung gefördert würde“.

2. BayObLGSt. 1962, 163

Die Begründung von BayObLGSt. 1964, 50 besteht nur in einer Verweisung auf BayObLGSt. 1962, 163. Dort ist ausgesprochen, daß der gleichzeitig mit dem Beginn eines stehenden Gewerbes entstehenden Pflicht zur Anzeige davon an die zuständige Behörde (§ 14 GewO) auch unterliegt, wer offenbart, daß er den Betrieb eines Handwerks begonnen hat, ohne in der Handwerksrolle eingetragen zu sein, d. h. er begeht mit der Verletzung der Anzeigepflicht des § 14 GewO eine Ordnungswidrigkeit nach § 146 Abs. 2 Nr. 1 GewO auch dann, wenn er durch die Erfüllung der Anzeigepflicht sich selbst bezichtigen muß, daß er mit dem Betrieb eines Handwerks begonnen hat, ohne in der Handwerksrolle eingetragen zu sein⁹. Allerdings sei gegen diese (auch von anderer Seite geteilte) Auffassung des Senats

„in der Rechtsprechung gelegentlich (OLG Celle GA 52, 433; OLG München Reger 57, 39) eine gegenteilige Meinung vertreten worden, u. a. mit der Begründung, daß nach einem allgemeinen – vom RG (RGSt. 37, 74; 45, 97, 102; GA 53, 76) zu *Steuergesetzen* ausgesprochenen – Grundsatz niemand verpflichtet sei, einer Behörde die von ihm begangene ... strafbare Handlung anzuzeigen ... Auf die hier einschlägigen Fälle der GewO und der sonst in Betracht kommenden Gesetze kann er nicht angewandt werden. Daß eine an sich bestehende Pflicht zur Anzeige schlechthin entfallende, wenn mit der Anzeige eine strafbare Handlung offenbart werden muß, ist schon vom RG nicht anerkannt worden (vgl. insbes. für eine Anzeigepflicht nach dem Devisenrecht RGSt. 68, 286; ebenso DDevR 1953, 13; 1956, 110)“⁹. Auch könne es demjenigen, der schuldhaft ein Handwerk ohne Eintragung in die Handwerksrolle beginne, „nicht zugute kommen, wenn er sich dadurch in eine gewisse Notwendigkeit versetzt, sich der grundsätzlich allen Gewerbetreibenden auferlegten Pflichten zur Anzeige (nach § 14 GewO) zu entziehen...“.

⁹ Ordnungswidrigkeit nach §§ 1, 117 Abs. 1 Nr. 1 HandwerksO, jetzt i. d. F. v. 28. 12. 1965, BGBl. I 1966, 1, mit spät. Änderungen.

3. BGHZ 41, 318

Die Frage nach der Auswirkung eines Selbstbelastungszwanges der sich *aus zivilrechtlichen und zivilprozessualen Vorschriften* ergibt, behandelt die Grundsatzentscheidung BGHZ 41, 318 = NJW 1964, 1460: Ein Bauherr (Kläger) hatte einem Architekten (Bekl.) die Planung und Leitung seines Neubaus einschließlich der Vergabe der Arbeiten und Anfertigung der Schlußabrechnung übertragen. Als sich herausstellte, daß bestimmte Bauhandwerker entsprechend einer Vereinbarung mit dem Bekl. über ihren kalkulierten Fertigungspreis hinaus Zuschläge berechnet hatten, die sie nach Begleichung ihrer Rechnung durch den Kläger an den Bekl. abführten, nahm der Kläger an, daß der Bekl. auch mit anderen Bauhandwerkern entsprechende Vereinbarungen getroffen habe und verklagte den Bekl. auf Leistung des Offenbarungseids (jetzt: Versicherung an Eides Statt zu Protokoll) gemäß §§ 242, 260, 666 BGB, § 889 ZPO. Ein vom Bekl. geltend gemachtes Weigerungsrecht, weil er sich durch die Auskunfterteilung und eidesstattliche Bekräftigung möglicherweise einer strafbaren Handlung (Betrug, Untreue) bezichtigen müsse und ihm dies nicht zuzumuten sei, wurde vom Bundesgerichtshof – entgegen z. T. im Schrifttum zu § 807 ZPO vertretenen Ansicht – verneint.

Eine *entsprechende* Anwendung des § 384 Nr. 2 ZPO (Weigerungsrecht des Zeugen bei Fragen, deren Beantwortung ihm die Gefahr der Verfolgung wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit zuziehen würde) scheidet aus. Denn sie würde voraussetzen, daß die §§ 666, 259, 260 BGB insoweit eine Lücke enthielten. Dies sei aber nicht der Fall, wie sich aus einem Blick auf die Interessenlage des Gläubigers ergebe. Das Auskunftsrecht des Auftraggebers gemäß § 666 BGB sei gerade dann besonders wichtig, wenn der Beauftragte gegen die ihm obliegenden Pflichten verstoßen habe. Erfahrungsgemäß handle es sich in einer nicht unbeträchtlichen Zahl dieser Fälle um solche, in denen eine strafbare Handlung des Beauftragten nach §§ 263, 266 StGB in Betracht komme. Würde man sie von der Auskunftspflicht ausschließen, so könnte § 666 BGB gerade bei besonders schweren Verstößen die ihm vom Gesetz zugewiesene Aufgabe weitgehend nicht mehr erfüllen. „Das kann nicht als gewollt unterstellt werden“. Diese Erwägungen träfen in gleicher Weise auf die eidesstattliche Versicherung des § 260 Abs. 2 BGB zu, die ja nur bei Besorgnis von Pflichtverletzungen abzugeben sei; ohne eine solche Erhärtung der Auskunft wäre das Auskunftsrecht des Gläubigers entwertet. Handle es sich dabei, wie nicht selten, um vorsätzliche Verstöße, die die Möglichkeit einer strafbaren Handlung wie Unterschlagung, Betrug, Untreue oder Vollstreckungsvereitelung nahelegten, so würde bei Annahme eines Weigerungsrechts dem Gläubiger die letzte Möglichkeit genommen, zu seinem Gelde zu kommen. Davon abgese-

hen – so wird in anderem Zusammenhang (BGHZ 41, 326) ausgeführt – zeige die Entstehungsgeschichte des § 807 ZPO, daß nach dem Willen des Gesetzes der Schuldner unabhängig davon Auskunft geben und sie eidesstattlich versichern müsse, ob er sich damit einer Straftat bezichtige. Bei Schaffung dieser Vorschrift sei man zwar ausweislich des Entw. 1871 S. 458 davon ausgegangen, daß der Schuldner nicht gezwungen werden solle, „fraudulöse Veräußerungen“ und damit möglicherweise strafbare Handlungen zu bekennen; diesen Gedanken erkenne aber das Gesetz seit der Neufassung des § 807 vom 20. 8. 1953 (BGBl. I 952) nicht mehr an, wie denn auch BGH NJW 1953, 390 und BGHSt. 19, 126 = NJW 1964, 60 ausdrücklich darauf hingewiesen hätten, daß die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung den Schuldner nicht von der Verpflichtung zu eidesstattlicher Versicherung befreie.

Es gebe aber auch – entgegen einer im Schrifttum zu § 807 ZPO vertretenen Meinung – *keinen übergeordneten Satz*, der es verbiete, von einem Schuldner Auskünfte oder deren Bekräftigung (durch eidesstattliche Versicherung) zu fordern, wenn er sich dadurch einer strafbaren Handlung bezichtigen müßte. Die Gegenmeinung folgere das Weigerungsrecht zur Vermeidung der Selbstbelastung aus Art. 1 und 2 GG, aus dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit sowie aus anderen Vorschriften – Schweigerecht des Beschuldigten im Strafverfahren, der Zeugen im Straf- und Zivilprozeß. Aber was für den Zeugen gelte, könne nicht auch für die Partei des Zivilprozesses in Anspruch genommen werden. Denn der Zeuge erfülle eine öffentlichrechtliche Pflicht, wobei es nur recht und billig sei, wenn das Gesetz Grenzen seiner Aussagepflicht festlegt, während die Partei des Zivilprozesses „durch ihr eignes Verhalten und oftmals auch durch ihr Verschulden in die Lage gerät, aus der sich die Konfliktstellung ergibt; sie kann deswegen nicht dieselbe Rücksicht verlangen wie der Zeuge“. Es entfalle auch eine Parallelisierung der Stellung des Beschuldigten im Strafverfahren und der Partei im Zivilprozeß: aus dem Schweigerecht des Beschuldigten „kann nicht, wie das vielfach geschieht, auf einen allgemein geltenden Grundsatz geschlossen werden, wonach sich niemand einer strafbaren Handlung zu bezichtigen brauche“, denn „das Gesetz hat im Straf- wie im Zivilprozeß verschiedene Anordnungen getroffen, nach denen ein Beteiligter gehalten ist, eigene Straftaten zu offenbaren“. Sogar in strafrechtlichen Vorschriften werde mitunter ein Verhalten verlangt, das für den einer Straftat Schuldigen vielfach oder in manchen Fällen einer Selbstbezichtigung gleich komme; hingewiesen wird u. a. auf den (inzwischen 1975 neugefaßten) § 142 StGB – Unerlaubte Entfernung vom Unfallort¹⁰ sowie auf § 323 c

¹⁰ Und dazu auf BVerfG NJW 1963, 1195.

StGB – Unterlassene Hilfeleistung¹¹. Schließlich lasse sich aus Art. 1, 2 und 20 GG kein allgemeingültiger Rechtssatz des Inhalts entnehmen, daß unter keinen Umständen jemand gezwungen werden dürfe, sich selbst einer strafbaren Handlung zu bezichtigen¹². Generell spricht BGHZ 41, 327 aus:

„Wer ein fremdes Rechtsgut verletzt, hat grundsätzlich dafür einzustehen und für die Wiedergutmachung zu sorgen. Ist dies nicht anders möglich als dadurch, daß der Schädiger dabei seine eigne strafbare Handlung bekennt, so hat er dies auf sich zu nehmen, soweit ihn das Gesetz nicht ausdrücklich davon freistellt. Jedenfalls steht es nicht mit dem *Gedanken der Rechtsstaatlichkeit* in Widerspruch, wenn in einem solchen Fall die Belange des Geschädigten höher bewertet werden als die des Schädigers. Ebensovienig enthält es einen *Verstoß gegen die Menschenwürde*, wenn der Schuldner die Folgen seines Versagens zu tragen hat, auch wenn sie schwerwiegend sein mögen“.

4. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist – ohne damit hier den weiteren Erörterungen bezgl. der Auswirkungen von BVerfGE 56, 37 (unten zu IV) vorgreifen zu wollen – das den dargestellten Entscheidungen *Gemeinsame* dahin zu kennzeichnen, daß sie eine „Fernwirkung“ des Satzes „nemo tenetur. . .“ über seinen strafprozessualen Anwendungsbereich hinaus verneinen und einen Ausschluß oder eine Beschränkung der Selbstbezichtigungspflicht nur dort annehmen, wo entsprechende Spezialvorschriften bestehen. Unerörtert bleibt (wenn man sie nicht implicite in der Erwägung von BGHZ 41, 327 finden will, es enthalte keinen Verstoß gegen die Menschenwürde, wenn der Schuldner auch schwerwiegende Folgen seines Versagens zu tragen habe) die ganz andere Frage, ob einem mit Selbstbezichtigung verbundenen Verhaltenszwang ein „übergeordneter Satz“ korrespondiert, der der Stelle, vor der die Selbstbezichtigung erfolgte, die Weiterleitung der Unterlagen an die Strafverfolgungsbehörden ganz oder teilweise verbietet oder der für die Strafverfolgungsbehörden, wenn sie von der erzwungenen Selbstbezichtigung Kenntnis erlangen, Beschränkungen der Beweisverwertung enthält. Soweit in den vorerörterten Entscheidungen lediglich die Frage eines Zwangs zur uneingeschränkten Auskunft usw. bejaht wird, auch dann wenn damit ein Zwang zur Selbstbezichtigung ausgeübt wird, werden sie auch jetzt noch als der heutigen Rechtslage entsprechend gewertet¹³.

¹¹ Und dazu auf BGHSt. 11, 353.

¹² Verweisung wiederum auf BVerfG NJW 1963, 1195.

¹³ Vgl. dazu bzgl. BayObLGSt. 1964, 50; *Mitzschke/Schäfer*, Komm. zum BfG, 4. Aufl. (1982) Rdn. 30 zu § 21 BfG; bzgl. BayObLG 1962, 163 die Kommentare zur GewO von *Sieg/Leifermann*, 4. Aufl. (1978) Anm. 6 und *Fröhler/Kormann* (1978) Rdn. 16, je zu § 14 GewO; bzgl. BGHZ 41, 318 die ZPO-Kommentare *Stein/Jonas*, 20. Aufl. Rdn. 34 Fn. 95; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, 39. Aufl. Anm. 3 I A; *Zöller*, 13. Aufl., 1981, Anm. III 1 c, je zu § 807; grundsätzlich auch LG Koblenz, MDR

III. Konfliktlage im Steuerrecht

1. Allgemeines

Die vorstehend unter II 2 zitierte Entscheidung BayObLGSt. 1962, 164 hatte von einem vom RG in älteren Entscheidungen zu Steuergesetzen entwickelten Grundsatz gesprochen, wonach niemand verpflichtet sei, einer Behörde die von ihm begangene strafbare Handlung anzuzeigen. Das lenkt, ohne daß hier eine Veranlassung bestünde, diesen älteren RG-Entscheidungen weiter nachzugehen, zu der Frage über, inwieweit das heute geltende Steuerrecht Stellung zu dem allgemeinen Problem genommen hat, welche Bedeutung – für die Steuerbehörden oder die Strafverfolgungsorgane – dem Satz „nemo tenetur...“ zukommt, wenn jemandem steuerrechtlich eine erzwingbare Verpflichtung zur Mitwirkung durch Auskünfte usw. auferlegt wird, die dazu führen kann, auch Handlungsweisen zu offenbaren, die eine strafbare Handlung darstellen. Der durch Art. 19 Nr. 201 EGStGB vom 2. 3. 1974 in das StGB eingefügte § 355 – Verletzung des Steuergeheimnisses – bedroht (Antragsdelikt) denjenigen mit Vergehensstrafe, der *unbefugt* (1) Verhältnisse eines anderen, die ihm als Amtsträger oder als eine einem Amtsträger gleichstehende Person a) in einem Verwaltungsverfahren oder einem gerichtlichen Verfahren in Steuersachen, b) in einem Strafverfahren wegen einer Steuerstraftat oder in einem Bußgeldverfahren wegen einer Steuerordnungswidrigkeit, c) aus anderem Anlaß durch Mitteilung einer Finanzbehörde oder durch die gesetzlich vorgeschriebene Vorlage eines Steuerbescheides oder einer Bescheinigung über die bei der Besteuerung getroffenen Feststellungen bekannt geworden sind oder (2) ein fremdes Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis, das ihm als Amtsträger oder als einem Amtsträger gleichstehender Person in einem der vorgenannten Verfahren bekannt geworden ist, offenbart oder verwertet.

2. Konkretisierung des § 355 StGB durch § 30 AO

Damit war ein *offener Straftatbestand* („unbefugt“) geschaffen, der der Konkretisierung bedurfte. Sie sollte durch nähere Vorschriften in der neu zu textierenden Abgabenordnung (AO) erfolgen. Dem war die Befassung des 46. Deutschen Juristentags (DJT) 1966 mit dem Problembereich „Beweisverbote im Strafprozeß“ vorausgegangen. Die Auswirkung war bekanntlich eine alsbald einsetzende und bis zum heutigen Tag anhaltende Sensibilisierung von Gesetzgebung, Rechtsprechung und

1976, 587, wonach dem Schuldner, der ein falsches Vermögensverzeichnis vorgelegt hat, dessen Berichtigung auch dann abverlangt werden kann, wenn er sich damit einer Straftat bezichtigen muß; eine Ausnahme sei nur in der „besonders zugespitzten Notstandssituation“ zu machen, daß gegen den Schuldner bereits ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren anhängig sei, in dem er sich auf sein Schweigerecht berufen habe; dann dürfe er nicht über das Vermögensoffenbarungsverfahren gezwungen werden, ein Geständnis abzulegen, das im Strafverfahren verwertet werde.

Schrifttum für diesen Problembereich; insbesondere ist ein kaum noch übersehbares Schrifttum mit divergierenden Auffassungen erwachsen. An dem Thema „Beweisverbote“ und der mit ihm verbundenen Frage nach der Auswirkung des Satzes „nemo tenetur...“ konnte auch der Gesetzgeber bei der 1974 einsetzenden Reform der AO, die durch die AO 1977 (vom 16.3.1976) abgeschlossen wurde, nicht vorübergehen, und es ist wohl kein Zufall, daß um diese Zeit auch die Schrifttumsäußerungen beginnen, die sich speziell für das Recht der AO mit den Auswirkungen des „nemo tenetur...“ in seiner „Fernwirkung“ über seinen unmittelbaren Anwendungsbereich im Straf- und entsprechenden Sanktionsverfahren hinaus befassen. In diesem Zusammenhang richtet sich unser Interesse vornehmlich auf die – als Ausnahme vom Steuergeheimnis – mit der Offenbarungsbefugnis sich befassenden Vorschriften in § 30 Abs. 4 und 5 AO 1977 und hier insbesondere auf § 30 Abs. 4 Nr. 5¹⁴.

¹⁴ § 30 AO lautet:

- „(1) Amtsträger haben das Steuergeheimnis zu wahren.
 (2) *entspricht inhaltlich dem § 355 Abs. 1 StGB*
 (3) *entspricht inhaltlich dem § 355 Abs. 2 StGB*
 (4) Die Offenbarung der nach Abs. 2 erlangten Kenntnisse ist zulässig, soweit
1. sie der Durchführung eines Verfahrens im Sinne des Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a und b dient;
 2. sie durch Gesetz ausdrücklich zugelassen ist,
 3. der Betroffene zustimmt,
 4. sie der Durchführung eines Strafverfahrens wegen einer Tat dient, die keine Steuerstraftat ist und die Kenntnisse
 - a) in einem Verfahren wegen einer Steuerstraftat erlangt worden sind; dies gilt jedoch nicht für solche Tatsachen, die der Steuerpflichtige in Unkenntnis der Einleitung des Strafverfahrens oder des Bußgeldverfahrens offenbart hat, oder die bereits vor Einleitung des Strafverfahrens oder des Bußgeldverfahrens im Besteuerungsverfahren bekannt geworden sind, oder
 - b) ohne Bestehen einer steuerlichen Verpflichtung oder unter Verzicht auf ein Auskunftsverweigerungsrecht erlangt worden sind.
 5. für ein sie zwingendes öffentliches Interesse besteht; ein zwingendes öffentliches Interesse ist namentlich gegeben, wenn
 - a) Verbrechen und vorsätzliche schwere Vergehen gegen Leib und Seele oder gegen den Staat und seine Einrichtungen verfolgt werden oder verfolgt werden sollen,
 - b) Wirtschaftsstraftaten verfolgt werden oder verfolgt werden sollen, die nach ihrer Begehungsweise oder wegen des Umfangs des durch sie verursachten Schadens geeignet sind, die wirtschaftliche Ordnung erheblich zu stören oder das Vertrauen der Allgemeinheit auf die Redlichkeit des geschäftlichen Verkehrs oder auf die ordnungsgemäße Arbeit der Behörden und der öffentlichen Einrichtungen erheblich zu erschüttern, oder
 - c) die Offenbarung erforderlich ist zur Richtigstellung in der Öffentlichkeit verbreiteter unwahrer Tatsachen, die geeignet sind, das Vertrauen in die Verwaltung erheblich zu erschüttern; die Entscheidung trifft die zuständige oberste Finanzbehörde im Einvernehmen mit dem Bundesminister der Finanzen; vor der Richtigstellung soll der Steuerpflichtige gehört werden.
- (5) Vorsätzlich falsche Angaben des Betroffenen dürfen den Strafverfolgungsbehörden gegenüber offenbart werden.“

3. Zur Entstehungsgeschichte des § 30 AO

Vor Schaffung des § 355 StGB war das Steuergeheimnis in § 412 in Verb. mit § 22 Abs. 2, 3 a. F. RAbgO geregelt. Die Übernahme einer entsprechenden Vorschrift in das StGB sahen alle StGB-Entwürfe seit 1927 vor. Demgemäß enthielt auch § 473 StGB-Entw. 1962¹⁵ eine Strafvorschrift gegen den Bruch des Steuergeheimnisses. Deren Ausgestaltung lehnte sich – mit gewissen Abweichungen – eng an § 22 RAbgO an. Die Notwendigkeit von Änderungen dieser Konzeption ergab sich daraus, daß in der Folgezeit der RegEntw. einer Abgabenordnung (EAO 1974) eingebracht worden war¹⁶, in dem § 22 RAbgO durch einen neuen § 5 AO ersetzt werden sollte. Der Tatbestand des § 355 StGB wurde nunmehr im Reg. Entw. EGStGB 1974¹⁷ in enger Anlehnung an diesen § 5 neu formuliert. Der EAO 1974 konnte wegen vorzeitiger Auflösung des 6. Bundestages nicht mehr verabschiedet werden. In dem in der 7. Wahlperiode erneut und unverändert eingebrachten Entwurf einer AO¹⁸ trat bei den Ausschlußberatungen an die Stelle des § 5 EAO 1974 der das Steuergeheimnis regelnde § 30, der gegenüber dem § 5 EAO 1974 eine Reihe von Änderungen erfuhr, die in der Hauptsache die Zulässigkeit der Durchbrechung des Steuergeheimnisses betraf¹⁹.

4. Befugnis zur Offenbarung

a) Wenn nach § 355 die Strafbarkeit der Offenbarung oder Verwertung der „Verhältnisse eines anderen“ bzw. der fremden Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse davon abhängt, daß sie *unbefugt* erfolgen, so soll dieses auch in § 354 (Verletzung des Post- und Fernmeldegeheimnisses) verwendete Merkmal darauf hinweisen, daß im Bereich des § 355 Tatbestandsausschluß- oder Rechtfertigungsgründe eine besondere Rolle spielen, so namentlich die besonderen Rechtfertigungsgründe, die in § 30 AO aufgeführt sind²⁰. Die in § 30 Abs. 4 Nr. 1 bis 4 AO aufgeführten Gründe für die Zulässigkeit einer Offenbarung der nach § 30 Abs. 2 AO (= § 355 Abs. 1 StGB) erlangten Kenntnisse werfen eine Reihe von grundsätzlichen Fragen auf, so etwa ob es sich um eine abschließende Aufzählung handelt, oder ob darüber hinaus auch § 34 StGB eine Offenbarung rechtfertigen kann, oder ob und inwieweit umgekehrt der alle behördlichen Maßnahmen beherrschende Grundsatz der Verhältnis-

¹⁵ BT-Drucks. IV/650 S. 9 m. Begr. S. 666; vgl. dazu aus den vorangegangenen Erörterungen der Großen Strafrechtskommission Niederschriften, Bd. 9, S. 970, Bd. 13, S. 384.

¹⁶ BT-Drucks. VI/1982.

¹⁷ BT-Drucks. 7/550 S. 35 m. Begr. S. 287.

¹⁸ BT-Drucks. 7/79.

¹⁹ Vgl. dazu den Ausschlußbericht des Finanzausschusses, BT-Drucks. 7/4292.

²⁰ Begründ. zu § 355 StGB in BT-Drucks. 7/550, S. 288.

mäßigkeit zur Unzulässigkeit einer nach dem Wortlaut bestehenden Offenbarungsbefugnis führen kann. Auch bestehen im einzelnen Zweifel bezgl. der Auslegung der hier verwendeten Merkmale. Das bedarf aber unter dem hier allein interessierenden Gesichtspunkt, inwieweit der Grundsatz „nemo tenetur . . .“ durch eine Offenbarung berührt werden könnte, keiner weiteren Ausführungen.

b) Dies gilt auch hinsichtlich des § 30 Abs. 4 Nr. 4 betr. Offenbarung zur Durchführung eines Strafverfahrens wegen einer Tat, die keine Steuerstraftat ist. Zur Klarstellung der Gründe für diese Vorschrift ist in dem Bericht der BT-Finanzausschusses²¹ ausgeführt:

„Absatz 4 klärt die Frage, unter welchen Voraussetzungen – von den Fällen des zwingenden öffentlichen Interesses (vgl. Nummer 5) abgesehen – die Finanzbehörden Kenntnisse über Straftaten, die keine Steuerstraftaten sind, an die Strafverfolgungsbehörden weitergeben dürfen. Im EAO 1974 war diese Frage ebenso wie im geltenden Recht (§ 22 RABgO) nicht ausdrücklich geregelt. Der Ausschuß hält es jedoch im Interesse der Rechtssicherheit für geboten, dieses Problem einer gesetzlichen Lösung zuzuführen. Dabei läßt er sich von folgenden Erwägungen leiten:

Das Steuergeheimnis ist das Gegenstück zu den Offenbarungs- und Mitwirkungspflichten des Steuerpflichtigen und auskunftspflichtiger Dritter im Besteuerungsverfahren. Für Kenntnisse, die die Finanzbehörde im Besteuerungsverfahren über außersteuerliche Straftaten gewinnen, gilt deshalb grundsätzlich der Schutz des Steuergeheimnisses. Im Steuerstraf- und Bußgeldverfahren gelten die Offenbarungs- und Mitwirkungspflichten nicht. Damit entfällt die Grundlage für die Wahrung des Steuergeheimnisses. Nummer 4 Buchst. a erster Halbsatz sieht deshalb vor, daß im Steuerstraf- oder Bußgeldverfahren gewonnene Erkenntnisse über außersteuerliche Straftaten an die Strafverfolgungsbehörde weitergeleitet werden können. Das bedeutet, daß z. B. die sog. Zufallsfunde der Staatsanwaltschaft mitgeteilt werden dürfen.

Ist allerdings ein Steuerstraf- und Bußgeldverfahren eingeleitet worden, ohne daß dem Steuerpflichtigen die Einleitung bekannt wird und offenbart er freiwillig Tatsachen, die außersteuerliche Straftaten betreffen, weil er glaubt, noch in Erfüllung steuerlicher Pflichten zu handeln, so ist er in gleicher Weise schutzwürdig, wie wenn er sein Wissen im Besteuerungsverfahren offenbart hätte. Nr. 4 Buchst. a zweiter Halbsatz erste Alternative sieht deshalb vor, daß in diesem Falle die vom Steuerpflichtigen offenbarten Tatsachen nicht den Strafverfolgungsbehörden bekannt gegeben werden dürfen. Dasselbe muß gelten, wenn die Tatsachen bereits vor Einleitung des Steuerstraf- oder Bußgeldverfahrens im Besteuerungsverfahren bekannt geworden sind, wobei es nicht darauf ankommt, ob die Tatsachen vom Steuerpflichtigen selbst oder von einem auskunftspflichtigen Dritten stammen.

Nr. 4 Buchst. a zweiter Halbsatz zweite Alternative verbietet deshalb ganz allgemein die Weiterleitung von Tatsachen, die vor Einleitung des Steuerstraf- oder Bußgeldverfahrens bereits im Besteuerungsverfahren bekannt geworden sind. Die Grundlage für die Wahrung des Steuergeheimnisses kann jedoch nicht nur im Steuerstraf- oder Bußgeldverfahren entfallen. Offenbart ein Steuerpflichtiger oder ein Dritter gegenüber den Finanzbehörden Tatsachen über außersteuerliche Straftaten, ohne daß er hierzu verpflichtet ist oder verzichtet er dabei auf ein ihm zustehendes Auskunftsverweigerungsrecht, so besteht kein Anlaß, diese Tatsachen besonders zu schützen. Nr. 4 Buchst. b läßt deshalb in diesem Falle die Bekanntgabe der Tatsachen an die Strafverfolgungsbehörde zu.“

²¹ BT-Drucks. 7/4292, S. 17.

Ergänzend ist dazu zu bemerken, daß die Mehrheit des BT-Finanzausschusses (vgl. BT-Drucks. 7/4292 S. 5)

„weitergehende Vorstellungen [der Ausschußmitglieder] nicht aufgegriffen (hat), die darauf abzielten, den Schutz des Steuergeheimnisses bei der Verfolgung außersteuerlicher Straftaten nur dann zu gewähren, wenn es sich um Verhältnisse oder Kenntnisse handelt, die der Steuerpflichtige in Erfüllung erzwingbarer steuerlicher Pflichten offenbart hat und sich dadurch selbst einer Steuerstraftat oder Ordnungswidrigkeit bezichtigen oder einen Angehörigen der Gefahr einer Verfolgung wegen einer derartigen Tat aussetzen würde. Nach Auffassung der Ausschußmehrheit ist eine Durchbrechung des Steuergeheimnisses zur Verfolgung nichtsteuerlicher Straftaten jedoch immer dann zuzulassen, wenn die der Strafverfolgungsbehörde mitzuteilenden Tatsachen auf vorzüglich falschen Angaben des Steuerpflichtigen beruhen. Die Mehrheit hat daher die Vorschrift entsprechend ergänzt; die Ausschußminderheit hat diese zusätzliche Einschränkung des Steuergeheimnisses nicht mitgetragen“.

c) Wie hier schon vorwegzunehmen, spielt sowohl bei der Diskussion um die Rechtsstaatlichkeit der in § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO getroffenen Regelung (unten III 5) wie auch bei den Ausführungen von BVerfGE 56, 37 betr. die Notwendigkeit einer Ergänzung der unbeschränkten Auskunftspflicht des Gemeinschuldners im Konkursverfahren durch ein strafprozessuales Beweisverwertungsverbot (unten IV) die Regelung des § 393 AO²² eine Rolle²³. Im Hinblick darauf mag *zur Bedeutung des § 30 Abs. 4 Nr. 4 Buchst. a im einzelnen* (Buchst. b ist in diesem Zusammenhang ohne Interesse) noch auf folgendes hingewiesen werden:

Abs. 4 Nr. 4 a erster Halbsatz stellt zunächst den Grundsatz auf, daß Kenntnisse, die in einem Verfahren wegen einer Steuerstraftat oder einer Steuerordnungswidrigkeit erlangt worden sind, offenbart werden dürfen, soweit sie der Durchführung eines Strafverfahrens wegen einer nichtsteuerlichen Tat dienen. Ermittelt z. B. die Finanzbehörde (§ 386 AO) wegen des Verdachts einer Steuerhinterziehung, begangen durch Vortäuschung von Werbungskosten infolge Pkw-Benutzung und stellt

²² § 393 AO lautet:

„(1) Die Rechte und Pflichten der Steuerpflichtigen und der Finanzbehörde im Besteuerungsverfahren und im Strafverfahren richten sich nach den für das jeweilige Verfahren geltenden Vorschriften. Im Besteuerungsverfahren sind jedoch Zwangsmittel (§ 328) gegen den Steuerpflichtigen unzulässig, wenn er dadurch gezwungen würde, sich selbst wegen einer von ihm begangenen Steuerstraftat oder Steuerordnungswidrigkeit zu belasten. Dies gilt stets, soweit gegen ihn wegen einer solchen Tat das Strafverfahren eingeleitet worden ist. Der Steuerpflichtige ist hierüber zu belehren, soweit dazu Anlaß besteht.“

(2) Soweit der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht in einem Strafverfahren aus den Steuerakten Tatsachen oder Beweismittel bekannt werden, die der Steuerpflichtige der Finanzbehörde vor Einleitung des Strafverfahrens oder in Unkenntnis der Einleitung des Strafverfahrens in Erfüllung steuerrechtlicher Pflichten offenbart hat, dürfen diese Kenntnisse gegen ihn nicht für die Verfolgung einer Tat verwendet werden, die keine Steuerstraftat ist. Dies gilt nicht für Straftaten, an deren Verfolgung ein zwingendes öffentliches Interesse (§ 30 Abs. 4 Nr. 5) besteht.“

²³ Vgl. u. a. BVerfGE 56, 47, 52.

sich dabei heraus, daß der Beschuldigte Fahrten durchführte, ohne im Besitz einer Fahrerlaubnis zu sein (§ 21 StVG), oder erhebt sich der Verdacht, daß hinterzogene Einnahmen durch Verstoß gegen allgemeine Strafgesetze erlangt waren (vgl. § 40 AO), so wäre nach diesem Grundsatz die Weitergabe der Vorgänge an die Staatsanwaltschaft zur Verfolgung der außersteuerlichen Straftaten zulässig. Dieser Grundsatz ist aber nach mehreren Richtungen von *Ausnahmen* durchbrochen.

Nach *Nummer 4 a Halbsatz 2 erste Alternative* ist nämlich die Offenbarung nicht zulässig bzgl. solcher Tatsachen, die der Steuerpflichtige in *Unkenntnis der Einleitung* des Steuerstraf- oder Bußgeldverfahrens offenbart hat. Damit knüpft das Gesetz an die §§ 393, 397, 410 Abs. 1 Nr. 4, 6 AO an. Nach § 397 Abs. 2, 3 in Verb. mit § 410 AO ist die Einleitung (zu diesem Begriff vgl. § 397 Abs. 1 AO) eines Steuerstraf- oder Bußgeldverfahrens unter Angabe des Zeitpunkts unverzüglich in den Akten zu vermerken und die Einleitung dem Beschuldigten (Betroffenen des Bußgeldverfahrens) spätestens mitzuteilen, wenn er dazu aufgefordert wird, Tatsachen oder Unterlagen vorzulegen, die im Zusammenhang mit der Straftat (Ordnungswidrigkeit) stehen, deren er verdächtig ist. Durch diese Mitteilung wird es dem Beschuldigten (Betroffenen) ermöglicht, sein prozessuales Verhalten einzurichten und insbesondere Angaben zu vermeiden, durch die er sich nichtsteuerrechtlicher Straftaten bezichtigen würde (vgl. § 385 AO in Verb. mit § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO, § 410 AO in Verb. mit § 46 OWiG und § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO). Unterbleibt aber die Mitteilung, oder erreicht sie den Beschuldigten (Betroffenen) nicht und glaubt er in Unkenntnis der Einleitung des Strafverfahrens sich noch im Besteuerungsverfahren zu befinden und den steuerrechtlichen Mitwirkungspflichten zu unterliegen, so soll ihm dies nicht zum Nachteil gereichen, und es ist – vorbehaltlich des Absatzes 4 Nr. 5 – trotz der Einleitung des Steuerstraf- oder Bußgeldverfahrens der Schutz des Steuergeheimnisses weiter gegeben. § 393 Abs. 2 Satz 1 AO hat die Folgerungen aus dieser Rechtslage in Form eines *Beweisverwertungsverbot*s für die Strafjustizbehörden gezogen.

5. Zur Reichweite des § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO

Unberührt geblieben ist dabei die Vorschrift des § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO, wonach die Offenbarung der nach § 30 Abs. 2 AO erlangten Kenntnisse zulässig ist, soweit für sie ein *zwingendes öffentliches Interesse* besteht, das namentlich gegeben ist, wenn die Offenbarung der Verfolgung der in Buchst. a und b bezeichneten schweren nichtsteuerrechtlichen Straftaten dienen soll; nach § 393 Abs. 2 Satz 2 entfällt für diese Fälle auch das in § 393 Abs. 2 Satz 1 statuierte Beweisverwertungsverbot. Gerade gegen diese Vorschriften richten sich aber die z. T. im Schrifttum unter dem

Gesichtspunkt der Unvereinbarkeit mit dem Grundsatz „nemo teneatur...“ erhobenen Einwendungen.

a) *Entstehungsgeschichtlich* ist zunächst vorzuschicken, daß § 22 a. F. RAbgO keine dem § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO 1977 entsprechende Vorschrift enthielt. Das zwingende öffentliche Interesse als Grund einer zulässigen Durchbrechung des Steuergeheimnisses erscheint vielmehr erstmals in Form einer Verwaltungsanweisung, des sog. „Popitz-Erlasses“ vom 9. 11. 1923²⁴, wonach auch ohne Einwilligung des Steuerpflichtigen Dritten bei Bestehen eines zwingenden öffentlichen Interesses (im Gegensatz zu einem nur privatwirtschaftlichen oder sonstigem privaten Interesse) Auskunft zu erteilen sei; ein öffentliches Interesse sei nur anzunehmen, wenn die Maßnahme, für welche die Auskunft erfordert wird, das allgemeine Wohl des Reiches, eines Landes, einer Gemeinde oder einer anderen öffentlichrechtlichen Körperschaft berühre. Im Anschluß daran sah die in Rechtsprechung und Schrifttum herrschende Meinung die Befugnis zur Offenbarung auch in einem „zwingenden öffentlichen Interesse“, das als Ergebnis einer längeren Entwicklung angenommen wurde, wenn im Fall des Unterbleibens der Offenbarung die Gefahr des Eintritts schwerer Nachteile für das allgemeine Wohl betünde²⁵.

Eine gewisse gesetzliche Fundierung erfuhr das „zwingende öffentliche Interesse“ als Offenbarungsgrund in dem auf dem AO-StrafänderungsG vom 10. 8. 1967 (BGBl. I 877) beruhenden § 428 Abs. 2 RAbgO i. d. F. des Art. 161 Nr. 17 EGStGB 1974 – dem Vorläufer des heutigen § 393 Abs. 2 AO –, indem das Verbot, in einem Strafverfahren wegen einer Nichtsteuerstraftat Tatsachen oder Beweismittel zu verwerten, die aus den Steuerakten bekannt waren, entfiel

„bei Straftaten, an deren Verfolgung ein zwingendes öffentliches Interesse besteht. Ein zwingendes öffentliches Interesse an der Verfolgung ist namentlich gegeben bei Verbrechen und vorsätzlichen Vergehen gegen Leib und Leben sowie bei Verbrechen und schwerwiegenden Vergehen gegen den Staat und seine Einrichtungen“.

Schließlich sollte das „zwingende öffentliche Interesse“ unmittelbar als Grund für die Offenbarung verlautbart werden: nach § 5 Abs. 2 Nr. 6 des EAO 1974²⁶ sollte die Offenbarung (generell) zulässig sein, soweit „für sie ein zwingendes öffentliches Interesse besteht“. Als nach der vorzeitigen Beendigung der 6. Legislaturperiode der EAO 1974 unverändert wieder eingebracht wurde, sah der mit dem Entwurf befaßte BT-Finanzausschuß eine seiner Aufgaben darin, in dem an die Stelle

²⁴ Abgedruckt bei *Tipke/Kruse*, RAbgO, 2. Aufl., § 22 a. F., Rdn. 20.

²⁵ Nachweise bei *Tipke/Kruse* (Fn. 24), Rdn. 14.

²⁶ BT-Drucks. VI/1982.

des § 5 tretenden § 30 AO *unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten* den „unbestimmten Rechtsbegriff“ des zwingenden öffentlichen Interesses an einer Offenbarung einschränkend näher zu umschreiben²⁷. Darauf beruht die exemplifikatorische („namentlich“) Umschreibung von Straftatbeständen in Abs. 4 Nr. 5 Buchst. a und b. Damit sollen dem Richter Leitbilder gegeben werden, wenn er vor der Frage steht, wann in anderen Fällen ein „zwingendes öffentliches Interesse“ an der Offenbarung besteht; es muß sich dann, das ist der gesetzgeberische Gedanke, um Fallgestaltungen handeln, in denen das Unterbleiben einer Offenbarung eine vergleichsweise gleich große Gefahr schwerer Nachteile für das allgemeine Wohl zur Folge haben kann wie die Nichtverfolgung der „namentlich“ genannten Straftaten als Folge unterbliebener Offenbarung. Auf die mancherlei Streit- und Zweifelsfragen, die sich im einzelnen bei der Auslegung des Abs. 4 Nr. 5 ergeben, ist hier nicht einzugehen.

Als Frage von grundsätzlicher Bedeutung erwähnenswert erscheint allenfalls im vorliegenden Zusammenhang die folgende: soweit es sich um die Offenbarung zwecks Verfolgung sanktionsbedrohter Gesetzesverstöße handelt, legen die Nr. 5 Buchst. a und b die Annahme nahe, daß nur Straftaten in Betracht kommen und damit die Zulässigkeit einer Offenbarung zur Verfolgung *nichtsteuerrechtlicher Ordnungswidrigkeiten* ausgeschlossen ist. Im Einzelfall, wie bei schwerwiegenden Kartellordnungswidrigkeiten, kann dies jedoch nach Göhler²⁸ „dem verfassungsrechtlichen Gebot der Güter- und Pflichtenabwägung widerstreiten, das gegenüber der (unausgewogenen) einfachen gesetzlichen Regelung des § 30 Vorrang hat“.

b) Im vorliegenden Zusammenhang gilt unser Interesse den Stimmen des Schrifttums, die unter dem Gesichtspunkt einer Unvereinbarkeit des § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO 1977 mit dem Grundsatz „nemo tenetur...“ Bedenken gegen die Regelung erhoben haben. So hatte Rogall²⁹ schon im Entstehungsstadium der AO 1977 geltend gemacht, daß das damals noch geltende Recht (§ 5 Abs. 2 StAnpG = jetzt § 40 AO; § 428 Abs. 2 RAbgO = jetzt § 393 Abs. 2 AO) den rechtsstaatlichen Anforderungen des Verbots der Selbstbelastung nicht entsprächen. Bei verfassungskonformer Auslegung könne schon *de lege lata* § 5 Abs. 2 StAnpG „unter dem Aspekt der grundsätzlichen Bedeutung und des hohen Verfassungswerts des Verbots der Selbstbelastung“ nur so verstanden werden, daß die Offenbarungs- und Mitwirkungspflichten endeten, sobald § 428

²⁷ Ausschlußbericht, BT-Drucks. 7/4292, S. 6, 18.

²⁸ Göhler, OWiG, 6. Aufl., 1980, Vor § 59 Rdn. 62.

²⁹ ZRP 1975, 278.

Abs. 2 RABgO nicht durch ein Beweisverwertungsverbot Schutz vor Selbstbelastung gewähre. Weigere sich der Steuerpflichtige, selbstbelastende Angaben zu machen, so sei die Androhung, Festsetzung oder Anwendung von Zwangsmitteln ermessensfehlerhaft. Der Amtsträger mache sich zugleich wegen Nötigung und Aussageerpressung und bei Weitergabe des selbstbelastenden Materials, da diese „unbefugt“ sei, auch nach § 355 StGB strafbar. De lege ferenda sei eine verfassungskonforme Regelung nur so denkbar, daß entweder § 5 Abs. 2 StAnpG ersatzlos gestrichen oder die Einschränkungen des Verwertungsverbots in § 428 Abs. 2 RABgO völlig aufgehoben würden. „Diese Einsicht wird schwerfallen“ bemerkt *Rogall* im Hinblick auf den EAO 1974, der zwar im Ergebnis den Verstoß (des geltenden Rechts) gegen den Satz „nemo tenetur...“ mildere, ihn aber keineswegs ganz vermeide³⁰. Nach Erlass der AO 1977 sind entsprechende Bedenken auch gegen die diesbezüglichen Vorschriften des neuen Rechts erhoben worden. Nach *Lenckner*³¹

„wird die Tragweite [des § 30 Abs. 4 Nr. 5] durch die Gesetzgebung eher verdunkelt. Obwohl es nach dem Wortlaut nicht darauf ankommt, von wem die Behörde die entsprechende Kenntnis erlangt hat, müssen solche Fälle ausscheiden, in denen der Steuerpflichtige im Besteuerungsverfahren in Erfüllung seiner ihm nach §§ 9, 200 AO obliegenden Mitwirkungspflicht eine für die Besteuerung erhebliche Straftat offenbart hat (wozu er nach § 393 Abs. 1 Satz 2 sogar gezwungen werden kann, soweit es sich bei der Tat um eine Steuerstraftat handelt); denn nach rechtsstaatlichen Grundsätzen ist es *undenkbar*, daß an die für steuerliche Zwecke bestehende Pflicht, u. U. auch Straftaten zu offenbaren, die Befugnis der Behörde geknüpft wird, die auf solche Weise erlangte Kenntnis gegenüber den Strafverfolgungsbehörden zu verwerten... Da ohne eine entsprechende Pflicht gemachte Angaben des Betroffenen bereits nach [Abs. 4] Nr. 4 b offenbart werden dürfen, hat § 5 a daher praktische Bedeutung nur noch für solche Fälle, in denen die Finanzbehörde ihre Kenntnisse von einem Dritten (z. B. einem Angestellten der Steuerpflichtigen nach § 93 AO) erlangt hat“.

Und von diesem Standpunkt aus folgerichtig gelten nach *Lenckner*³² entsprechende Einschränkungen auch für § 30 Abs. 4 Nr. 5 b: „Ist die Kenntnis auf Grund einer entsprechenden Mitteilungspflicht des betroffenen Steuerpflichtigen erlangt, so besteht kein Offenbarungsrecht...“

c) Ähnliche Gedankengänge, wenn auch in weniger dezidiert Form als bei *Lenckner* (vgl. „undenkbar“), finden sich auch bei *Goll*³³; der Gesetzgeber der AO 1977 habe ausweislich der Entstehungsgeschichte zwar die Problematik erkannt, die sich daraus ergebe, daß einerseits als Folge uneingeschränkter Mitwirkungspflicht auch eine sachlich gerechtfertigte Pflicht zur Selbstbeziehung im Besteuerungsverfahren bestehe,

³⁰ S. dazu auch *Rogall*, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, 1977, S. 170 ff.

³¹ *Schönke/Schröder/Lenckner*, StGB, 20. Aufl., 1980, § 355 Rdn. 32.

³² Fn. 31, Rdn. 33.

³³ *Goll*, NJW 1979, S. 94.

andererseits aber der StPO eine Pflicht zur Selbstbezeichnung unbekannt sei. Er habe sie durch den Hinweis zu lösen versucht, es sei eine Frage des pflichtgemäßen Ermessens der Steuerbehörde, ob sie den Steuerpflichtigen an seiner Mitwirkungspflicht festhalte. Das sei aber keine befriedigende Lösung, denn sie laufe darauf hinaus, daß im Einzelfall der Schutz des Steuergeheimnisses der Ermessensentscheidung des einzelnen Finanzbeamten überantwortet werde. Vielmehr sei es „mit den Prinzipien unserer StPO schwerlich zu vereinbaren, aus einer Pflicht zur Mitteilung an die Finanzbehörden heraus das Material für die eigene Strafverfolgung des Steuerpflichtigen zu gewinnen“. Dem sei durch ein prozessuales Verwertungsverbot oder – noch besser – dadurch Rechnung zu tragen, daß eine Offenbarungsbefugnis gemäß Abs. 4 Nr. 5 a nicht bestehe, wenn die Behörde ihre Kenntnis aus der dem Steuerpflichtigen obliegenden Offenbarung beziehe.

In diese Richtung ging auch die Stellungnahme von *Reiß*³⁴. Zwar sei es nicht zu beanstanden, daß der Steuerpflichtige im Besteuerungsverfahren seine Mitwirkung an der Aufklärung steuerrechtlich erheblicher Tatsachen auch dann nicht versagen dürfe, wenn er dabei die Begehung allgemeiner Straftaten offenbaren müßte. Indessen verbiete § 136 a StPO ganz allgemein – auch dann, wenn ein zwingendes öffentliches Interesse an der Verfolgung bestehen würde – die Anordnung von Zwang zur Erlangung einer Aussage oder eines Geständnisses, und eine verbotswidrig erlangte Aussage dürfe zur Strafverfolgung nicht verwertet werden. Darin liege nur eine Ausformung des aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleitenden Grundgedankens, daß niemand gezwungen werden dürfe, selbst zu seiner Überführung im Strafverfahren beizutragen. Wenn es danach auch nicht verboten sei, im Besteuerungsverfahren unter steuerrechtlichen Gesichtspunkten ggwf. auch Zwang zur Ermittlung von Nichtsteuerstraftaten anzuwenden, so sei doch kein Grund erkennbar, der die Finanzbehörden berechtigen (oder bei Auskunftsersuchen der Staatsanwaltschaft zwingen) würde, zu Zwecken der Strafverfolgung die unter Zwang erlangten Kenntnisse im Widerspruch zu rechtsstaatlichen Grundsätzen preiszugeben. Solange nicht der Gesetzgeber (oder ein Spruch des Bundesverfassungsgerichts) die Verfassungswidrigkeit von § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO durch Einschränkung der Mitteilungsbefugnis oder -pflicht oder Schaffung eines strafprozessualen Verwertungsverbots beseitigt habe, erscheine Verurteilung auf Grund von Aussagen, die im Besteuerungsverfahren unter Anwendung oder Androhung von Zwang zustande gekommen sind, nicht zulässig. Im Gegensatz zu dieser Stellungnahme führt nach *Samson*³⁵ der § 30 Abs. 4 Nr. 5 a zwar „in rechts-

³⁴ *Reiß*, NJW 1977, S. 1436.

³⁵ *Samson*, SK. BT., § 355 Rdn. 25.

staatlich bedenklicher Weise“ einen Zwang zur Selbstbelastung herbei, doch seien die von *Lenckner*³⁶ daraus gezogenen Folgerungen wegen der in § 393 Abs. 2 Satz 2 AO getroffenen Regelung zweifelhaft.

IV. Die Stellungnahme des Bundesverfassungsgerichts

Wie schon (oben I 3) erwähnt, hat jetzt BVerfGE 56, 37 sich ausführlich und grundsätzlich zu Fragen der Auswirkung eines Selbstbelastungszwanges aus verfassungsrechtlicher Sicht geäußert. Da bei der Durchführung des Vorhabens, die Bedeutung dieser Entscheidung für den oben unter I 3 umschriebenen Bereich zu prüfen, immer wieder auf deren Ausführungen im einzelnen zurückgegriffen werden muß, bedarf die Entscheidung zunächst einer ausführlicheren kommentierenden inhaltlichen Wiedergabe.

1. *Ausgangspunkt* war die Verfassungsbeschwerde eines Gemeinschuldners, der auf Antrag des Konkursverwalters über bestimmte, die Über-eignung von Vermögensgegenständen betreffende Fragen vernommen werden sollte, aber die Aussage verweigerte, weil gegen ihn bezgl. des Beweisthemas ein Ermittlungsverfahren wegen Verdachts des Konkursvergehens anhängig sei, und weil er sich durch Beantwortung der Fragen möglicherweise selbst einer strafbaren Handlung bezichtigen müsse. Das Konkursgericht ordnete daraufhin gegen ihn gemäß §§ 75, 101 Abs. 2 KO Beugehaft an, weil er nach § 100 KO auskunftspflichtig sei und ihm kein Recht zur Aussageverweigerung zustehe. Auch eine sofortige Beschwerde wurde vom Landgericht mit der Begründung zurückgewiesen, daß die Auskunftspflicht nach § 100 KO notfalls auch die Offenbarung eigener strafbarer Handlungen umfasse; ein Verweigerungsrecht sei in der KO nicht vorgesehen und werde auch im Schrifttum zutreffend verneint. Gegen diese Entscheidung richtet sich die Verfassungsbeschwerde.

2. Im Verfahren vor dem BVerfG äußerte sich der *Bundesminister der Justiz namens der Bundesregierung* dahin, es sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, daß die KO kein Aussageverweigerungsrecht des Gemeinschuldners für den Fall der Selbstbezichtigung vorsehe. Eine unbeschränkte Aussagepflicht sei in der geltenden Rechtsordnung kein Ausnahmefall. Insbesondere sei, wie BGHZ 41, 318 (oben II 3) ausgesprochen habe, ein Schuldner von der Verpflichtung, dem Berechtigten Auskunft zu erteilen und diese eidesstattlich zu versichern, auch dann nicht frei, wenn er sich damit einer strafbaren Handlung bezichtigen müsse. Selbst das Straf- und Zivilprozeßrecht sähen Maßnahmen vor, die einer Selbstbezichtigung nahekommen könnten, und auch das Steu-

³⁶ Vgl. oben Fn. 31.

erreicht enthalte keinen ausnahmslosen Schutz gegen die Folgen einer erzwungenen oder erzwingbaren Selbstbezeichnung. Das Schweigerecht des Beschuldigten im Strafprozeß und das Aussageverweigerungsrecht des Zeugen entsprächen zwar rechtsstaatlichen Grundsätzen; die Stellung des Gemeinschuldners sei aber mit der eines Zeugen oder des Beschuldigten nicht vergleichbar. Die Konfliktsituation, in die er gerate, ergebe sich aus seinem eigenen möglicherweise schuldhaften Verhalten. Seine Vernehmung sei oft das einzige Mittel zur Aufklärung konkursrelevanter Tatsachen, und sein Interesse, sich nicht selbst strafbarer Handlungen zu bezichtigen, müsse jedenfalls dort zurücktreten, wo es mit den Interessen der Gläubiger an möglicher Geringhaltung ihres Ausfalls im Konkursverfahren kollidiere. Der Gemeinschuldner werde dadurch auch nicht übermäßig belastet, da die konkursgerichtliche Anwendung von Zwangsmitteln zur Auskunft unter dem Gebot der Verhältnismäßigkeit stehe.

3. BVerfGE 56, 37 hat zwar die Verfassungsbeschwerde für unbegründet erklärt, da bei Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eine unbeschränkte Auskunftspflicht des Gemeinschuldners verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei. Es hat aber – *als wesentliches Novum* – gleichzeitig unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten eine Lücke der konkursrechtlichen Regelung darin gesehen, daß kein Verbot bestehe, die geoffenbarten strafbaren Handlungen gegen seinen Willen als Beweismittel in einem Strafverfahren gegen ihn zu verwerten. Diese Lücke zu schließen sei, solange nicht der (einfache) Gesetzgeber regelnd eingreife, zunächst Aufgabe des Richters. Dieser Spruch beruht auf einer Gesamtschau des Verlaufs der Rechtsentwicklung unter Analysierung von Fallgruppen, in denen das Problem der Selbstbezeichnung eine Rolle spielt, und unter Würdigung der im einzelnen unterschiedlichen Regelungen von Schutzvorkehrungen gegen unzumutbare Selbstbezeichnung bzw. von Schutzvorkehrungen gegen unzumutbare Auswirkungen eines zulässigerweise bestehenden Zwangs zur Selbstbezeichnung. Dabei werden aber auch – und das erscheint bei Würdigung der Tragweite der Entscheidung bedeutungsvoll – die *einschränkenden* Voraussetzungen gekennzeichnet, unter denen beim Fehlen gesetzlicher Schutzvorkehrungen eine richterliche Lückenschließung in Betracht kommt (unten IV 11 c).

4. Zunächst befaßt sich die Entscheidung mit der *verfassungsrechtlichen Qualifizierung* einer mit Zwang zur strafrechtlichen Selbstbelastung rechtlich vorgeschriebenen Auskunftspflicht: weil die Auskunftsperson dadurch in die Konfliktsituation geraten kann, sich entweder selbst einer strafbaren Handlung zu bezichtigen oder durch Falschaussage ggf. ein neues Delikt zu begehen oder wegen Schweigens Zwangsmitteln ausgesetzt zu sein, ist die erzwingbare Auskunftspflicht

„als Eingriff in die Handlungsfreiheit sowie als Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts im Sinn des Art. 2 Abs. 1 GG zu beurteilen. Ein Zwang zur Selbstbezeichnung berührt zugleich die Würde des Menschen, dessen Aussage als Mittel gegen ihn selbst verwendet wird“.

5. Zum *Schutz gegen unzumutbare Eingriffe und Beeinträchtigungen* sehe das geltende Recht unterschiedliche Vorkehrungen vor. Es kenne allerdings *kein ausnahmslos geltendes Gebot*, daß niemand zu Auskünften oder zu sonstigen Handlungen gezwungen werden dürfe, durch die er eine von ihm begangene strafbare Handlung offenbart. Vielmehr unterschieden sich die Regelungen und die darin vorgesehenen Schutzvorrichtungen je nach der Rolle der Auskunftsperson und der Zweckbestimmung der Auskunft.

„Diese Differenzierung steht mit Art. 2 Abs. 1 GG jedenfalls insoweit in Einklang, als Art und Umfang des durch dieses Grundrecht gewährten Schutzes auch davon abhängen, ob und inwieweit andere auf die Information der Auskunftsperson abgewiesen sind, ob insbesondere die Auskunft Teil eines durch eignen Willensentschluß übernommenen Pflichtenkreis ist“³⁷.

6. Den *Personenkreis anlangend* reicht der Schutz gegen Selbstbezeichnungen am weitesten für *Zeugen, Prozeßparteien und insbesondere für Beschuldigte im Strafverfahren oder in entsprechenden Verfahren*. Hier werden aber für die weitere Erörterung diejenigen Fälle ausgeklammert, in denen ein Zwang zur Mitwirkung bestehe, der zu strafrechtlichen Nachteilen führen könne, bei denen es sich aber um *passive Duldungs- oder Verhaltenspflichten* handle. Als Beispiele werden genannt die Entnahme von Blutproben und Untersuchungen zur Feststellung der Abstammung gemäß §§ 81 a ff StPO, § 371 a ZPO und die „Wartepflicht am Unfallort“ gemäß § 142 StGB (richtige Bezeichnung heute: „Unverlaubtes Entfernen vom Unfallort“)³⁸. Auch sie würden zwar im Schrift-

³⁷ BVerfGE 56, 41 f.

³⁸ In diesem Zusammenhang wäre auch zu nennen die zwecks Identitätsfeststellung vorgenommene Gegenüberstellung des Beschuldigten zugleich mit anderen Vergleichspersonen, die – gegen die h. M. – nach *Grünwald*, JZ 1981, S. 423 einen Verstoß gegen die Menschenwürde darstellt, wenn der Beschuldigte durch Schmerzzufügung (z. B. zur Verhinderung des Grimassenschneidens) für die Gegenüberstellung gefügig gemacht werden soll.

Was § 372 a ZPO anlangt, so besteht die hier „jede Person“ treffende erzwingbare Pflicht, abstammungsrelevante Untersuchungen zu dulden, für den zu Untersuchenden insoweit, als sie ihm „nach den Folgen ihres Ergebnisses für ihn oder einen der in § 383 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 bezeichneten Angehörigen . . . zugemutet werden kann“. Im Fall OLG Frankfurt NJW 1979, S. 1257 hatten die zu Untersuchenden die Duldung verweigert, weil sie sonst ihren Bruder der Gefahr der Strafverfolgung wegen Meineids aussetzen; das sei unzumutbar. Ihre Weigerung wurde für unberechtigt erklärt: § 372 a ZPO enthalte keine dem § 81 c Abs. 3 StPO entsprechende Einschränkung. Die Gefahr der Strafverfolgung könne, aber sie müsse nicht die Unzumutbarkeit der Untersuchung begründen (Abwägungsfrage des Einzelfalls), weil bei anderer Auslegung die wesentlichen Interessen des

tum teilweise als bedenklich bezeichnet³⁹, könnten aber im vorliegenden Zusammenhang außer acht bleiben, „denn sie greifen in die personale Freiheit der Willensentschließung jedenfalls weniger ein als die Nötigung, durch eigene Äußerungen strafbare Handlungen offenbaren zu müssen“.⁴⁰ Hier ist aber vorgreifend auf die unten VI 3 c zitierte Entscheidung BVerfGE 55, 144 zu verweisen, wo deutlich unterschieden wird zwischen der durch Selbstbeziehungszwang berührten Aussagefreiheit und der durch Selbstbeziehungsgesichtspunkte nicht beeinträchtigten Pflicht, die Einsichtnahme in Bücher und Geschäftspapiere zu dulden. Gegen eine in Äußerungen bestehende – also „aktive“ – Offenbarungspflicht werde der oben genannte Personenkreis durchgängig durch Zubilligung eines Schweige- oder Aussageverweigerungsrechts geschützt.

7. Da Selbstbezeichnungen gerade wegen ihrer strafrechtlichen Auswirkungen einen schwerwiegenden Eingriff darstellten, seien Schutzvorrichtungen vor allem dort entwickelt worden, wo *die Aussage speziell strafrechtlichen oder ähnlichen Zwecken diene*⁴¹. Prototyp einer solchen Schutzvorrichtung sei das Schweigerecht des Beschuldigten im Strafprozeß und das Verwertungsverbot des § 136 a StPO für erzwungene Aussagen. Das Verbot der Selbstbezeichnung sei hier eine durch Art. 2 Abs. 1 in Verb. mit Art. 1 GG gebotene Wertentscheidung zugunsten des Persönlichkeitsrechts des Beschuldigten, hinter dem das Strafverfolgungsinteresse der Allgemeinheit zurücktreten müsse:

„Die Menschenwürde gebiete, daß der Beschuldigte frei darüber entscheiden könne, ob er als Werkzeug zur Überführung seiner selbst benutzt werden dürfe“.

8. Ein solches Schweigerecht bestehe entsprechend „in anderen Verfahren, in denen dem Betroffenen ähnliche Sanktionen wegen seines Verhaltens drohen, etwa im Disziplinarverfahren sowie im berufsgerichtlichen Verfahren“ (das Bußgeldverfahren wird hier nicht genannt; s. dazu unten VI 3 a). Hier sei, um zu vermeiden, daß das Schweigerecht im Disziplinar- und Ehrengerichtsverfahren unterlaufen werde, von der Rechtsprechung der Schutz gegen Selbstbezeichnung strafbarer Hand-

Kindes an der Feststellung seiner Abstammung und der Allgemeinheit an der ordnungsgemäßen Durchführung des Rechtsstreits außer acht blieben. Nach *Stürmer* NJW 1981, S. 1759 Fn. 25 wäre auch hier zu überlegen, ob die Belastungsproblematik nicht durch ein strafprozessuales Verwertungsverbot gelöst werden könnte. Beschränkt sich aber, wie auch BVerfGE 55, 144 (oben im Text) annimmt, die Geltung von „nemo tenetur...“ nur auf die Aussagefreiheit, so kommt nach geltendem Recht eine Konfliktlösung nur auf dem von OLG Frankfurt bezeichneten Wegen über die Zumutbarkeit der Duldung in Betracht.

³⁹ Hinweis auf *Sautter*, AcP Bd. 161 (1962) 215.

⁴⁰ BVerfGE 56, 42.

⁴¹ BVerfGE 56, 43.

lungen oder Pflichtverletzungen auch auf das *Vorstadium vor Einleitung förmlicher Verfahren* ausgedehnt worden.⁴²

9. Der Schutz gegen Selbstbezeichnung gelte auch für die *Parteien* des Zivilprozesses und anderer vergleichbarer Verfahren, seine Inanspruchnahme führe aber nur dazu, daß die Partei lediglich das Risiko einer für

⁴² BVerfGE 56, 44 unter Verweisung auf BDHE 4, 59 betr. Beamte; BGHSt. 27, 374 betr. Rechtsanwälte und – unter Hinzufügung „einschränkend“ – auf BVerwGE 43, 227 betr. militärische Geheimsachenbearbeiter.

Die Bedeutung der Verweisung auf BVerwGE 43, 227 (Wehrdienstsenat) bedarf einer Klarstellung. In dieser Entscheidung war einem Soldaten, der „Geheimsachenbearbeiter der Sicherheitsstufe II“ war, von seinem Kompaniechef eine Meldung über den Stand seiner Schulden abgefordert worden. Er erstattete eine falsche Meldung und wurde deshalb wegen Verstoßes gegen § 13 SoldatenG („[1] Der Soldat muß in dienstlichen Angelegenheiten die Wahrheit sagen. [2] Eine Meldung darf nur gefordert werden, wenn der Dienst dies rechtfertigt“) in Verb. mit § 11 SoldatenG (Gehorsamspflicht) disziplinarisch bestraft. Mit seinem Rechtsmittel machte er geltend, er habe sich in einer Konfliktsituation befunden, weil er sich des leichtsinnigen Schuldenmachens hätte bezichtigen müssen. Er hatte damit keinen Erfolg. Wenn ein Soldat als Beschuldigter im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren oder in einem gegen ihn gerichteten förmlichen Disziplinarverfahren die Unwahrheit sage, dann reiche allerdings die Wahrheitspflicht des § 13 Abs. 1 SoldatenG nicht in diese Verfahren hinein. Daß ein Beamter auch außerhalb des Disziplinarverfahrens zur Verweigerung der Auskunft gegenüber einem Dienstvorgesetzten berechtigt sei, wenn er sich der Gefahr disziplinarischer Verfolgung aussetzen würde, werde aus dem grundgesetzlichen Schutz der Einzelpersönlichkeit und dem daraus folgenden allgemeinen Verbot des Zwangs zur Selbstbezeichnung hergeleitet. In dieser Weise lasse sich aber der Konflikt im Soldatenrecht, wie er gegenüber dem Befehl zur Abgabe einer Schuldenerklärung bestehen könne, nicht lösen. In der Nichtbefolgung eines dienstlichen Befehls läge nur dann kein ahnbarer Ungehorsam, wenn dieser die Menschenwürde verletze (§ 11 Abs. 1 Satz 3 SoldG). „Davon kann jedoch bei einem Befehl zur Abgabe einer Schuldenerklärung, der nur deshalb erteilt worden ist, um festzustellen, ob der Soldat noch als Geheimsachenbearbeiter tragbar ist, von vornherein nicht gesprochen werden, auch wenn er sich bei Ausführung des Befehls selbst einer Pflichtverletzung bezichtigen müßte“. Die Frage könne nur sein, inwieweit die Abgabe einer falschen Meldung zur Vermeidung einer Selbstbezeichnung *schuldhaft* pflichtwidrig sei. Insoweit bedürfe es einer Güterabwägung zwischen dem Interesse der Bundeswehr an einer wahrheitsgemäßen Meldung und dem des Soldaten an einer Nichtoffenbarung pflichtwidrigen Verhaltens. Das militärische Anliegen der Bundeswehr, zuverlässig orientiert zu werden, werde hier „im Regelfall Vorrang beanspruchen können, soll nicht ihr gesamtes militärisches Meldewesen in Frage gestellt werden. Die Verpflichtung des Soldaten zur Treue geht seinen eigenen Interessen vor. Ist das Wohl des Staates betroffen, muß der Staatsdiener notfalls auch Nachteile für seine eigene Person in Kauf nehmen. Etwas anderes könnte allenfalls dann gelten, wenn sich der Soldat bei wahrheitsgemäßer Meldung *besonders schwerwiegender Handlungen* bezichtigen müßte“. Im vorliegenden Fall habe die Bundeswehr die wahrheitsgemäße Schuldenerklärung benötigt, um gegebenenfalls einen überschuldeten und damit ein Sicherheitsrisiko darstellenden Geheimnisträger ablösen zu können. „Dieses dem Allgemeinwohl dienende Anliegen hat einen höheren Wert als das Interesse des Beschuldigten an der Verheimlichung einer leichtfertigen Schuldenwirtschaft“. Danach könne die Konfliktsituation nur bei der Strafzumessung berücksichtigt werden.

sie ungünstigen Tatsachenwürdigung trüge⁴³. Der Grund des nach allen Verfahrensordnungen bestehenden Schutzes der *Zeugen* durch Gewährung eines Zeugnisverweigerungsrechts liege in dem „selbstverständlichen rechtsstaatlichen Grundsatz eines fairen Verfahrens“, wonach die Persönlichkeit davor bewahrt werden müsse, „von anderen Verfahrensbeteiligten als bloßes Objekt der Wahrheitsermittlung verwendet zu werden“⁴⁴.

10. Während aber so das geltende Recht Zeugen, Prozeßparteien und Beschuldigten durchweg ein Schweige- und Aussageverweigerungsrecht für den Fall der Selbstbezeichnung zubillige, „gilt dies nicht in gleicher Weise für solche Personen, die aus besonderen Rechtsgründen rechtsgeschäftlich oder gesetzlich verpflichtet sind, einem anderen oder einer Behörde die für diese notwendigen Informationen zu erteilen“. Hier kollidiert das Interesse des Auskunftspflichtigen mit dem Informationsbedürfnis anderer, deren Belange in unterschiedlicher Weise berücksichtigt werden⁴⁵. Zu dieser Personengruppe rechnet die Entscheidung auch den den Ausgangspunkt bildenden Fall des Gemeinschuldners (unten IV 11). Bei der nun folgenden Darstellung der Unterschiede wird vor allem unterschieden, ob es sich um ältere oder neuere oder um „aus vorkonstitutioneller Zeit überkommene“ Regelungen handelt.

a) *Ältere gesetzliche Regelungen* dieser Art begnügten sich durchweg damit, lediglich eine uneingeschränkte Auskunftspflicht vorzuschreiben und Maßnahmen zur Bekräftigung oder Erzwingung der Auskünfte vorzusehen. In der Regel handele es sich dabei um Fälle, in denen allein der Auskunftspflichtige zu den erforderlichen Informationen imstande sei und der Auskunftsberechtigte ohne diese Auskunft erheblich benachteiligt wäre oder seine Aufgaben nicht ordnungsgemäß wahrnehmen könnte. Hauptanwendungsfälle seien schuld-, familien- oder erbrechtliche Auskünfte und Rechenschaftspflichten (§§ 259 ff BGB), z. T. dadurch gekennzeichnet, daß die den Gegenstand der geforderten Auskunft bildenden Handlungen einem von der Auskunftsperson durch eigenen Willensentschluß übernommenem Pflichtenkreis angehörten. Entsprechende Regelungen bestünden auch für den Vollstreckungsschuldner (§ 807 ZPO) und „im beachtlichen Umfang“ im Bereich des Wirtschaftsverwaltungsrechts⁴⁶. Hier werde nach bisheriger höchstrichterlicher Rechtsprechung⁴⁷ der Auskunftsperson kein Auskunftsverwei-

⁴³ BVerfGE 56, 44.

⁴⁴ BVerfGE 56, 45 mit Verweisung auf BVerfGE 38, 105, 111; BGHSt. 17, 245, 246.

⁴⁵ BVerfGE 56, 45.

⁴⁶ AuskunftspflichtVO v. 13. 7. 1923, RGBl. I, 723.

⁴⁷ Verweisung auf BGHZ 41, 318 (dazu ausführlich oben II 3) und RGSt. 60, 290.

gerungsrecht zugebilligt, da sie anderenfalls besser gestellt würde als der pflichtgemäß Handelnde.

b) *In neueren Gesetzen* sei die Konfliktslage abweichend geregelt, meist durch Zubilligung eines Auskunftsverweigerungsrechts, wenn die Beantwortung den Auskunftspflichtigen oder bestimmte Angehörige der Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung oder eines Verfahrens nach dem OWiG aussetzen würde, so in § 46 Abs. 5 GWB (hier: nachdem dies während der parlamentarischen Behandlung als rechtsstaatlich unentbehrlich bezeichnet worden war), in § 15 Abs. 3 Bundesleistungsg, § 44 Abs. 3 Außenwirtschaftsg, § 46 Abs. 1 WaffenG, §§ 10 Abs. 2, 32 Abs. 1 Bundesseucheng⁴⁸. Doch sei eine solche Regelung *nicht durchgängig* erfolgt; dies gelte etwa für § 18 Abs. 3 des GetreideG⁴⁹. Andere Konfliktregelungen bestünden darin, daß zwar eine uneingeschränkte Auskunftspflicht vorgesehen sei, aber die Angaben grundsätzlich der Geheimhaltung unterliegen⁵⁰, oder daß gar die Auskunftserteilung grundsätzlich nur als „Soll“-Vorschrift vorgesehen sei⁵¹.

c) Eine *andersartige Konfliktlösung* habe die AO 1977 getroffen:

„Da der Fiskus weitgehend auf die Angaben des Steuerpflichtigen angewiesen ist und der unehrliche Steuerpflichtige nicht gegenüber dem ehrlichen begünstigt werden soll, wird zwar an der Auskunftspflicht festgehalten. Das Gesetz untersagt aber den Einsatz von Zwangsmitteln, soweit der Steuerpflichtige Steuerstraftaten offenbaren müßte und *ergänzt dies für andere Straftaten durch ein begrenztes strafrechtliches Verwertungsverbot* (§ 393)“.⁵²

In diesem Zusammenhang wird – referierend⁵³ – ausgeführt, daß „schon vorher“ im Schrifttum (folgen Zitate) ein *weitergehendes* Auskunftsverweigerungsrecht des Steuerschuldners aus der grundrechtlichen Gewährleistung der Menschenwürde und dem Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG mit der Begründung hergeleitet worden sei, in der Konfliktsituation müßten die Rechte des Einzelnen dem Interesse des Steuerfiskus an der Ermittlung der materiellen Wahrheit vorgehen.

⁴⁸ Die Zahl der hier beispielsweise aufgeführten Regelungen ließe sich vermehren; z. B. § 23 GaststättenG, § 41 Abs. 4 Lebensmittel- und BedarfsgegenständeG, §§ 5 Abs. 3, 6 Abs. 4 Altölg i. d. F. vom 10. 12. 1979 (BGBl. I 2113).

⁴⁹ Vom 3. 8. 1977, BGBl. I 1521; Verweisung auf die AuskunftspflichtVO (Fn. 46).

⁵⁰ So nach §§ 10, 11 BundesstatistikG v. 14. 3. 1980, BGBl. I 289.

⁵¹ So § 26 Abs. 2 VwVfG 1976, wo eine im Entwurfsstadium erwogene Verpflichtung fallen gelassen wurde, weil den Beteiligten nicht zugemutet werden könne, auch zur Aufklärung ihn belastender Umstände beizutragen.

⁵² Der Hinweis auf das „begrenzte“ strafrechtliche Verwertungsverbot für Nichtsteuerstraftaten wird bei den späteren Erörterungen (unten VI 4) eine Rolle spielen; nach der Art des Zitierens kann nicht zweifelhaft sein, daß dieser Hinweis sich auf die in § 393 Abs. 2 – und hier einschließlich des Satzes 2 – getroffene Regelung bezieht.

⁵³ BVerfGE 56, 47 f.

Darüber hinaus würden „entsprechende Konfliktlösungen“ im Schrifttum (folgen Zitate) auch für die sonstigen Fälle gefordert, in denen der Gesetzgeber im Interesse staatlicher Behörden oder privater Auskunftsberechtigter an einer uneingeschränkten Auskunftspflicht und an Zwangsmaßnahmen zu ihrer Erfüllung festhalte: soweit überhaupt ein Zwang zur Selbstbeziehung vertretbar sei, dürften die erzwungenen Auskünfte nur für die nach dem jeweiligen Gesetz zulässigen Zwecke verwertet und nicht Unbefugten offenbart werden; auf jeden Fall dürften erzwungene Auskünfte über strafbare Handlungen nicht an die Strafverfolgungsbehörden weitergeleitet und von diesen nicht gegen die Auskunftsperson verwertet werden. Die Bedeutung dieses Referats über Schrifttumsäußerungen ist schwer erkennbar, insbesondere soweit es sich um die „schon vorher“ geforderte Erweiterung der Verweigerungsrechte des Steuerschuldners handelt. Eine Stellungnahme des BVerfG ist mit dem Referat nicht verbunden; eine die Schrifttumswünsche generell oder im einzelnen billigende Auffassung des BVerfG kann aus ihm nicht hergeleitet werden. Die Summe der mitgeteilten Wünsche nach weitergehender Berücksichtigung des „nemo tenetur...“ dient wohl eher der Einstimmung auf die für die Stellung des Gemeinschuldners gefundene Lösung.

11. Auf der Grundlage der vorstehend skizzierten Gesamtschau zieht BVerfGE 56, 48 ff. nunmehr die Folgerungen für die *Behandlung des Gemeinschuldners*.

a) Anders als der Personengruppe der Beschuldigten, Zeugen und Prozeßparteien stehe ihm *kein Auskunftsverweigerungsrecht* zu. Wenn er auch nach herrschender Meinung im Konkursverfahren die Stellung einer Partei einnehme, so unterscheide er sich von den Parteien eines Zweiparteienverfahrens bereits dadurch, daß eine unterlassene Mitwirkung nicht zu seinen Lasten (oben IV 9), sondern zu Lasten der Gläubiger gehe. Materiell sei er einer der wichtigsten Informationsträger im Konkursverfahren, auf dessen Auskünfte die Gläubiger und Verfahrensorgane zur ordnungsgemäßen Abwicklung des Konkurses angewiesen seien. Zu den von ihm geschädigten Gläubigern stehe er in einem besonderen Pflichtenverhältnis; entsprechend den Erfordernissen des Konkurses habe das Gesetz seine Befugnisse und Pflichten besonders ausgestaltet (also Einreihung in die Personengruppe oben IV 10). Wenn die herrschende Meinung daraus entnehme, daß der Gemeinschuldner (bei Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes) uneingeschränkt auskunftspflichtig sei und den Interessen der Gläubigern der Vorrang vor seinem Interesse an einem Schutz gegen erzwungene Selbstbezeichnungen gebühre, so sei das verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

„Die durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete Rechtsposition findet ihre Grenze an den Rechten anderer. Das Grundrecht gebietet daher keinen lückenlosen Schutz gegen Selbstbezeichnungen ohne Rücksicht darauf, ob dadurch schutzwürdige Belange Dritter beeinträchtigt werden“.

Da das Grundgesetz⁵⁴ die Spannung Individuum – Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden habe, müsse sich der Einzelne

„diejenigen Schranken seiner Handlungsfreiheit gefallen lassen, die der Gesetzgeber zur Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens in den Grenzen des allgemein Zumutbaren vorsieht, vorausgesetzt, daß dabei die Eigenständigkeit der Person gewahrt bleibt“.

Unzumutbar und mit der Menschenwürde unvereinbar sei zwar ein Zwang, durch eigene Aussagen die Voraussetzungen für eine strafgerichtliche Verurteilung „oder die Verhängung entsprechender Sanktionen“ liefern zu müssen.

„Handelt es sich dagegen um Auskünfte zur Erfüllung eines berechtigten Informationsbedürfnisses, ist der *Gesetzgeber* befugt, die Belange der verschiedenen Beteiligten gegeneinander abzuwägen. Er kann dabei berücksichtigen, daß es im Konkursverfahren – anders als bei den erwähnten verwaltungsrechtlichen Auskunftspflichten, die der Gesetzgeber in neueren Regelungen⁵⁵ durch ein Aussageverweigerungsrecht für den Fall der Selbstbezeichnung ergänzt hat – nicht allein um ein staatliches oder öffentliches Informationsbedürfnis, sondern zugleich um die Interessen geschädigter Dritter geht. Nur durch eine uneingeschränkte Auskunftspflicht kann der Gemeinschuldner daran gehindert werden, Teile der Konkursmasse dem berechtigten Zugriff seiner Gläubiger zu entziehen. Die Zubilligung eines Auskunftsverweigerungsrechts würde gerade denjenigen ungerechtfertigt bevorzugen, der zum Nachteil der Gläubiger besonders verwerflich gehandelt hat. Zwingt der Gesetzgeber den Gemeinschuldner dazu, für seine Verbindlichkeiten gegenüber seinen Gläubigern einzustehen und durch seine Auskunft zu deren bestmöglicher Befriedigung beizutragen, dann verletzt das noch nicht seine Menschenwürde.“

b) Indessen ist diese verfassungsrechtliche Abseignung der bisher herrschenden Meinung, daß (unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit) der Gemeinschuldner uneingeschränkt auskunftspflichtig sei, nur die eine Seite der Medaille: wenn die Zumutbarkeit der Selbstbezeichnung (nur) durch das vorrangige Interesse an möglichst weitgehender Befriedigung gerechtfertigt ist, so endet damit aus verfassungsrechtlicher Sicht eine weitergehende Auswertbarkeit des unter Zwang Offenbaren, d. h. es bedarf die unbeschränkte Aussagepflicht einer „*Ergänzung durch ein strafrechtliches Verwertungsverbot*“. Denn

⁵⁴ Verweisung auf BVerfGE 4, 7, 15; 8, 274, 329; 27, 344, 351.

⁵⁵ Vgl. oben IV 10 b.

„das Persönlichkeitsrecht des Gemeinschuldners würde unverhältnismäßig beeinträchtigt, wenn seine unter Zwang herbeigeführten Selbstbezeichnungen *gegen seinen Willen* zweckentfremdet und der Verwertung für eine Strafverfolgung zugeführt würden...; die Zumutung der Selbstbezeichnung für Zwecke des Konkursverfahrens „rechtfertigt es nicht, daß er zugleich zu seiner Verurteilung beitragen muß und daß die staatlichen Strafverfolgungsbehörden weitergehende Möglichkeiten erlangen als in anderen Fällen der Strafverfolgung“.

c) Zur der Frage nach den *Voraussetzungen und der Art* der Schließung der aus verfassungsrechtlicher Sicht bestehenden Lücke enthält die Entscheidung⁵⁶ verhältnismäßig wenige Ausführungen. Sie sind aber wesentlich, da sie den Weg, aber auch die Grenzen der Lückenausfüllung beschreiben:

„Die in soweit bestehende Lücke zu schließen, *obliegt grundsätzlich dem Gesetzgeber*, zumal nur er das Verwertungsverbot näher ausgestalten und durch Offenbarungsverbote absichern kann. Erweist sich aber eine *aus vorkonstitutioneller Zeit* überkommene Regelung aus verfassungsrechtlichen Gründen als ergänzungsbedürftig, dann stellt sich auch für den *Richter* die Aufgabe, Gesetzeslücken bis zu einer Neuregelung durch den Gesetzgeber in möglichst enger Anlehnung an das geltende Recht und unter Rückgriff auf die unmittelbar geltenden Vorschriften der Verfassung zu schließen (vgl. BVerfGE 37, 67, 81; 49, 286, 301; ferner BVerfGE 32, 23, 34). Diese Ergänzung lehnt sich an die in § 136 a StPO und in § 393 Abs. 2 AO bereits vorgesehenen Verwertungsverbote an und steht im Einklang damit, daß dem Gemeinschuldner in einem strafrechtlichen Verfahren wegen begangener Konkursdelikte ohnehin ein Schweigerecht zusteht.“

d) Das *dissenting vote*⁵⁷ des einen der 8 Richter bemängelt lediglich, daß die Lückenschließung insofern nicht weit genug gehe, als das Beweis-Verwertungsverbot einer Ergänzung durch ein Verbot der Offenbarung der erzwungenen Selbstbelastung „an Unbefugte“ bedurft hätte (gedacht ist dabei wohl an ein Verbot der Offenbarung gegenüber den Strafverfolgungsorganen); nur so könne

„in einer dem Persönlichkeitsrecht angemessenen Weise verhindert werden, daß durch eine dysfunktionale Weitergabe, auf die der Gemeinschuldner keinen Einfluß hat, sein verfassungsmäßig abgesichertes Aussageverweigerungsrecht umgangen wird.“

Darauf ist hier nicht weiter einzugehen. Wenn die Senatsmehrheit dem nicht gefolgt ist, so mag vielleicht außer anderen Gründen auch die Erwägung maßgebend gewesen sein, daß eine Verwertung der Aussage im Strafverfahren nicht schlechthin, sondern nur dann ausgeschlossen sein soll, wenn sie *gegen den Willen* des Gemeinschuldners erfolgt, dessen Entschließung nicht voraussehbar ist.

⁵⁶ BVerfGE 56, 51.

⁵⁷ BVerfGE 56, 52.

V. Beschränkung des Beweisverwertungsverbots auf „aus vorkonstitutioneller Zeit überkommene Regelungen“

Von den von BVerfGE 56, 41 (oben IV 11 c) angezogenen Entscheidungen, die die Schließung verfassungsrechtlich bestehender Lücken bei „aus vorkonstitutioneller Zeit überkommenen Regelungen“ betreffen, befaßte sich BVerfGE 37, 67 mit dem Fall, daß die Prozeßfähigkeit eines zum Prozeßbevollmächtigten bestellten Rechtsanwalts zweifelhaft ist. Nach bisheriger Auffassung wirkt seine Prozeßunfähigkeit auch auf die Wirksamkeit seiner Prozeßhandlungen für die vertretene Partei zurück, so daß das Prozeßgericht Zweifeln an der Prozeßfähigkeit ggf. auch von Amtswegen nachzugehen habe. Verfassungsrechtlich sei diese Regelung „in ihrer prozeßrechtlichen Bedeutung“ nicht zu beanstanden. Jedoch könne sich die – formell nur für die im einzelnen Rechtsstreit geltende – Behandlung eines zugelassenen Rechtsanwalts als prozeßunfähig weit über den einzelnen Prozeß für seine gesamte durch Art. 12 GG geschützte Berufsausübung auswirken. Daraus ergebe sich die Notwendigkeit einer abgesonderten Entscheidung mit besonderen Rechtsschutzgarantien bei Zweifeln an seiner Prozeßfähigkeit. Dem trage bereits das geltende Recht Rechnung, wenn *dauernde* Unfähigkeit zur Ausübung des Anwaltsberufs wegen Schwäche seiner geistigen Kräfte in Frage steht: Dann ist es Sache der Justizverwaltung, in dem durch die BRAO geregelten Verfahren über die Zurücknahme der Zulassung zu entscheiden und die berufsrechtlichen Belange des Anwalts sind gewahrt, wenn das Prozeßgericht nicht selbst über die Prozeßunfähigkeit entscheidet, sondern die Klärung im Verfahren nach § 14 Abs. 1 Nr. 4 BRAO abwartet. Wie aber, wenn das Prozeßgericht die Geschäfts- und Prozeßfähigkeit des Anwalts nur (*ganz oder partiell*) für *bestimmte Angelegenheiten* (hier: in politischen Prozessen) in Frage stellt? Dann ist die Rückwirkung der fehlenden Prozeßfähigkeit auf die Wirksamkeit der Prozeßhandlungen prozeßrechtlich unbedenklich, aber „in berufsrechtlicher Hinsicht im Licht des Art. 12 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsbegriff lückenhaft“.

„Erweist sich eine derartige *aus vorkonstitutioneller Zeit* überkommene prozeßrechtlich unbedenkliche Regelung als ergänzungsbedürftig, weil die grundrechtliche Sicherung der Berufsfreiheit und das Rechtsstaatsgebot eine stärkere Berücksichtigung der berufsrechtlichen Auswirkungen erfordern, dann obliegt die Schließung der nunmehr erkannten Lücke nicht stets und ausschließlich dem Gesetzgeber. Dieser ist zwar in erster Linie zu der Ergänzung berufen, zumal er allein in der Lage ist, ohne Bindung an die bereits vorhandenen prozeßrechtlichen Vorschriften eine in jeder Hinsicht und für alle Instanzen befriedigende Regelung einschließlich der Kostenfrage zu treffen. So lange diese ergänzende Regelung fehlt, stellt sich aber auch für den Richter die Aufgabe, Gesetzeslücken nach den fundierten allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft in möglichst enger Anlehnung an das geltende Recht zu schließen (vgl. BVerfGE 34, 269, 287)“.

Im vorliegenden Fall biete sich, da eine analoge Anwendung des Verfahrens nach §§ 14 BRAO, das ausdrücklich nur auf den Fall dauernder Berufsunfähigkeit abgestellt sei, nicht in Betracht komme, am ehesten eine entsprechende Anwendung derjenigen zivilprozessualen Vorschriften an, die einen durch Zwischenurteil abzuschließenden Zwischenstreit mit Dritten betreffen (vgl. §§ 71, 135, 387 ZPO).

Anders ist die Gedankenführung in BVerfGE 49, 286, wonach – in Klärung der bis dahin sehr streitigen Rechtslage – die Eintragung eines als „männlichen Geschlechts“ im Geburtenbuch eingetragenen Transsexuellen jedenfalls dann zu berichtigen („weiblich“) ist, wenn es sich nach den medizinischen Erkenntnissen um einen irreversiblen Fall von Transsexualismus handelt und eine geschlechtsanpassende Operation durchgeführt worden ist. Zwar fehle es an einer Regelung dieses Falles im Personenstandsgesetz. Da aber die (im einzelnen dargelegte) verfassungsrechtliche Lage zu einer *unmittelbar* aus dem Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 in Verb. mit Art. 1 Abs. 1 folgenden Verpflichtung der Gerichte (zur Berichtigung) führe, möge zwar eine „Gesetzeslücke“ bestehen, es könne aber jedenfalls nicht von einer „Lücke rechtlicher Regelung“ gesprochen werden.

„Gewiß erscheint es im Interesse der Rechtssicherheit geboten, daß der Gesetzgeber die personenstandsrechtlichen Fragen einer Geschlechtsumwandlung und deren Auswirkungen regelt⁵⁸. So lange dies aber nicht geschehen ist, stellt sich für die Gerichte keine andere Aufgabe als etwa im Fall der Gleichberechtigung von Mann und Frau vor Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgesetzes...“⁵⁹.

Vergleicht man BVerfGE 49, 286 einerseits mit BVerfGE 37, 67 und andererseits mit BVerfGE 56, 37, so wäre also zu unterscheiden zwischen einer „Gesetzeslücke“, die vom Richter durch verfassungskonforme Auslegung zu schließen ist, und einer „Lücke rechtlicher Regelung“, bei denen die Schließung der aus verfassungsrechtlicher Sicht bestehenden Lücke durch den Richter mittels „Ergänzung“ nur bei „aus vorkonstitutioneller Zeit überkommenen Regelungen“ in Betracht kommt. Eine weitere Befassung mit dem Gegensatz „Gesetzeslücke – Lücke rechtlicher Regelung“ ist hier nicht möglich. Der eindeutige Ausspruch in BVerfGE 56, 57 lautet jedenfalls, was den Satz „nemo tenetur...“ anlangt, dahin, daß eine richterliche „Ergänzung“ nur in Frage steht, wenn er sich auf einem anderen Rechtsgebiet nach dessen Regeln (Beweisverwertungsverbot im Strafverfahren oder „in anderen Verfahren, in denen dem Betroffenen ähnliche Sanktionen wegen seines Verhaltens drohen“) auswirken soll, und eine solche Ergänzung durch Schließung einer „Lücke rechtlicher Regelung“ nur bei „aus vorkonstitutioneller Zeit überkommenen Regelungen“ in Betracht kommt.

⁵⁸ Was inzwischen durch Gesetz v. 10.9.1980, BGBl. I 1654 erfolgt ist.

⁵⁹ BVerfGE 49, 305.

VI. Auswirkungen von BVerfGE 56, 37

Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts entschied zwar nur über die Konfliktlage des Gemeinschuldners im Konkursverfahren. Da die dafür gefundene Lösung sich aber aus einer Gesamtschau über die Rechtsentwicklung und der Betonung der verfassungsrechtlichen Bedeutung des Satzes: „nemo tenetur...“ herleitet, erhebt sich die Frage welche Folgerungen sich aus dem „Gemeinschuldner-Beschluß“ für die oben unter II dargestellten drei Fallgestaltungen und für die Streitfragen betr. die steuerrechtliche Konfliktlösung (oben zu III) ergeben.

1. *Zivilrechtliche und zivilprozessuale Offenbarungspflichten*

Am wenigsten problematisch erscheint die Rechtslage bei den Konfliktlagen, die sich aus § 807 und § 889 ZPO ergeben können (oben II 3.). Hier handelt es sich im Sinne von BVerfGE 56 51⁶⁰ um „aus vorkonstitutioneller Zeit überkommene Regelungen“, da sie, was die Konfliktlage anlangt, in der Zeit der Herrschaft des Grundgesetzes keine inhaltliche Änderung erfahren haben. Mit den hiernach Auskunftspflichtigen hat sich BVerfGE 56, 45 (oben IV 10) befaßt und die gleichen Erwägungen, aus denen die unbeschränkte Auskunftspflicht des Gemeinschuldners hergeleitet wird – die bei Zubilligung eines Auskunftsverweigerungsrechts zu gewärtigende Schädigung der Gläubiger und die Bevorzugung des Unredlichen gegenüber dem Redlichen – rechtfertigen auch die Lösung, daß die Belange des auf die umfassende Information angewiesenen Auskunftsberechtigten den Vorrang genießen vor dem Selbstbeziehungszwang des Auskunftspflichtigen. *Insoweit* hat also BGHZ 41, 318 seine Bedeutung behalten. Andererseits gilt aber auch hier, daß der uneingeschränkte Offenbarungszwang nur der Befriedigung der Belange der Auskunftsberechtigten dienen soll und aus verfassungsrechtlicher Sicht die erzwungene Selbstbeziehung „zweckentfremdet“ würde, wenn sie der Verwertung für eine Strafverfolgung zugeführt würde; die Regelung der §§ 807, 889 ZPO wird also (kraft einer der Verbindlichkeit der Entscheidungen des BVerfG nach § 31 Abs. 1 BVerfGG entsprechenden autoritativen Wirkung des Spruchs) „ergänzt“ durch ein Verbot, eine unter Gesetzeszwang geoffenbarte strafbare Handlung gegen den Willen des Auskunftspflichtigen in einem Strafverfahren gegen ihn zu verwerten.

2. *Durchführung und Reichweite des Ergänzungs-Beweisverwertungsverbots*

a) Für dieses ergänzende Beweisverwertungsverbot ergeben sich aus der Entscheidung des BVerfG – verständlicherweise, da es sich ja nur aus

⁶⁰ S. auch BVerfGE 37, 81.

verfassungsrechtlicher Sicht mit der Konfliktlage zu befassen hat – verhältnismäßig wenig Anhaltspunkte. Deutlich ist nur: Der konkursrechtliche Selbstbeziehungszwang für den Gemeinschuldner verletzt noch nicht seine Menschenwürde; die Notwendigkeit des ergänzenden strafrechtlichen Beweisverwertungsverbots ergibt sich daraus, daß der Selbstbeziehungszwang doch in das durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Persönlichkeitsrecht eingreift⁶¹. Daraus folgt, daß das Verwertungsverbot der Disposition des Gemeinschuldners unterliegt: „Seine Aussage darf nicht *gegen seinen Willen* in einem Strafverfahren gegen ihn verwendet werden“⁶². Es besteht auch nach der Auffassung der die Entscheidung tragenden Senatsmehrheit⁶³ kein Verbot, die erzwungene Selbstbeziehung „an Unbefugte“ zu offenbaren. Im übrigen wird in der Begründung des Beschlusses⁶⁴ ausgeführt, die Ergänzung (um ein Beweisverwertungsverbot) lehne sich an die in § 136 a StPO und in § 393 Abs. 2 AO 1977 bereits vorgesehenen Verwertungsverbote an und stehe im Einklang damit, daß dem Gemeinschuldner in einem strafrechtlichen Verfahren wegen begangener Konkursdelikte „ohnehin“ ein Schweigerecht zustehe.

Diese zusätzliche Begründung wirkt freilich eher verdunkelnd als erhellend. Läßt man beiseite, daß (ohne weitere Erläuterung) der „Einklang“ zwischen dem strafprozessualen Schweigerecht (§§ 136 Abs. 1 Satz 2, 163 a Abs. 4 Satz 2, 243 Abs. 4 Satz 1 StPO) und dem durch „Ergänzung“ geschaffenen Schweigerecht („gegen seinen Willen“) nur darin besteht, daß das strafprozessuale Schweigerecht auf das die Aussagen außerhalb des Strafverfahrens erfassende „Ergänzungs-Schweigerecht“ ausgedehnt ist, so scheint die „Anlehnung“ an § 136 a StPO – im Blick auf den konkursrechtlichen Aussagezwang – wohl darin zu bestehen, daß nach § 136 a Abs. 1 Satz 2 Zwang nur angewandt werden darf, soweit das Strafverfahrensrecht dies zuläßt, und daß § 136 a Abs. 3 (Verwertungsverbot auch bei Zustimmung des Beschuldigten zur Verwertung) wegen der Rechtmäßigkeit des konkursrechtlichen Aussagezwangs unanwendbar ist. Und schließlich soll wohl auch die „Anlehnung“ an § 393 Abs. 2 AO in diesem Zusammenhang nicht mehr besagen, als daß auch sonst nach geltendem Recht die Kenntnis von Tatsachen, die außerhalb eines Strafverfahrens in Erfüllung gesetzlicher (hier: steuerrechtlicher) Pflichten offenbart worden sind, im Strafverfahren nicht als Beweismittel gegen den Offenbarenden verwertet werden darf.

⁶¹ BVerfGE 56, 41.

⁶² BVerfGE 56, 37 (Leitsatz).

⁶³ Vgl. aber das „dissenting Vote“, s. oben IV 11 d.

⁶⁴ BVerfGE 56, 52.

b) So verstanden bedeutet das Beweisverwertungsverbot „kraft Ergänzung“, daß *alles*, was der Auskunftspflichtige, sich selbst bezichtigend, außerhalb des Strafverfahrens offenbart hat, weil er in Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht handelte, im Strafverfahren *nicht gegen seinen Willen* gegen ihn verwendet werden darf. Es kommt also nicht darauf an, ob – wie im Ausgangsfall von BVerfGE 56, 37 – bereits ein Zwangsmittel wegen Verweigerung der Auskunft angeordnet war, auch nicht ob es angedroht war. Es genügt, daß der Auskunftspflichtige zur Vermeidung sonst drohender Zwangsmittel und in diesem Sinn „freiwillig“ in Erfüllung der mit Selbstbezichtigungszwang verbundenen uneingeschränkten Auskunftspflicht offenbarte. Da andererseits das Beweisverwertungsverbot nicht unbedingt ist (nicht „gegen seinen Willen“), kann es den Strafverfolgungsorganen, die von der Selbstbezichtigung – auch ggf. durch Übersendung der Konkursakten – Kenntnis erhalten haben, nicht verboten sein, den Pflichtigen – selbstverständlich nach Belehrung über das erweiterte Schweigerecht – zu befragen, ob er mit einer Verwertung einverstanden sei.

c) Das Verwertungsverbot erstreckt sich *objektiv* auf das durch Selbstbezichtigung Offenbarte. Es besteht also auch dann, wenn Dritte, die – gleichviel auf welche Weise (z. B. im Fall des Gemeinschuldners als Teilnehmer an der Gläubigerversammlung, in den Fällen der §§ 807, 889 ZPO als Gläubiger oder Auskunftsberechtigte) – von der Selbstbezichtigung Kenntnis erhalten haben, diese Kenntnis an die Strafverfolgungsorgane weiterleiten. Anders liegt es dagegen, wenn ein Dritter *ohne Kenntnis der Selbstbezichtigung* auf Grund eigener Kenntnisse und Ermittlungen Strafanzeige erstatten würde: dann würde zwar – bei fehlender Zustimmung des Beschuldigten zur Verwertung („gegen den Willen“) – die Selbstbezichtigung als Beweismittel in jeder Form ausscheiden, aber nichts entgegenstehen, die Ermittlungen lediglich auf der Grundlage des Anzeigeninhalts durchzuführen.

d) In diesem Zusammenhang taucht aber auch das viel umstrittene *Problem der „Fernwirkung des Verwertungsverbots“* wieder auf, hier in Form der Frage, ob auch die Verwertung solcher neuen Beweismittel verboten ist, deren Erlangung zwar selbständig erfolgte, aber erst durch die Selbstbezichtigung außerhalb des Strafverfahrens ermöglicht wurde, jedenfalls nicht unabhängig von ihr möglich gewesen wäre. Hier gehen die Meinungen im Schrifttum nach wie vor auseinander⁶⁵.

⁶⁵ Die Übersicht des Verf. über den Meinungsstand – nach dem Stand von 1976 – *Löwe-Rosenberg*, 23. Aufl., 1976, Einl. Kap. 14 Rdn. 40 ff. mag (ohne jeden Anspruch auf Vollständigkeit) für die spätere Zeit etwa durch folgende Hinweise ergänzt werden: *gegen Fernwirkungsverbot Kleinknecht* 35. Aufl., 1981, Einl. 53; *KMR/Müller* 7. Aufl., 20 zu

Auch die Rechtsprechung hat keine Klärung gebracht: BGHSt. 29, 244 betrifft nur das Sonderproblem der Fernwirkung des Verwertungsverbots aus § 7 Abs. 3 des Gesetzes zu Art. 10 GG vom 13. 8. 1968; aus BVerfGE 44, 353, 383 (betr. Beschlagnahme von Akten einer Suchtberatungsstelle) läßt sich kein allgemeines Fernwirkungsverbot entnehmen⁶⁶. Auch BVerfGE 56, 37 schweigt zu dieser Frage. Freilich hatte schon *Stürmer*⁶⁷ auf die Möglichkeit hingewiesen, daß die Ausführungen dieser Entscheidung über die verfassungsrechtliche Bedeutung von „nemo tenetur...“ „den Trend verstärken könnten, anstehende Streitfragen im Lichte eines ‚Grundrechts auf Schweigen‘ zu lösen“. Und in der Tat kann nach *Streck*⁶⁸ „auf dem Hintergrund dieser Werthöhe und Wertintensität“, die die Entscheidung dem Schutzrecht des Beweisverwertungsverbots beimesse, „kein Zweifel daran bestehen, daß das Verwertungsverbot, wie es das BVerfG versteht, mit unmittelbarer Fernwirkung ausgestattet ist“. *Streck* gießt freilich insofern wieder Wasser in den Wein, als er auf die praktischen Schwierigkeiten für die Verteidigung hinweist, die Verbindung zwischen der Aussage, die unter dem Beweisverwertungsverbot stehe, und erweiterter Beweisbeschaffung der Strafverfolgungsbehörde festzustellen. „Dies muß Anlaß für die Verteidigung sein, der verbotenen Fernwirkung größte Aufmerksamkeit zu widmen“.

Indessen sieht BVerfGE 56, 37, 51 die Gestaltung des Verwertungsverbots als eine grundsätzlich dem (einfachen) Gesetzgeber obliegende Aufgabe an, „zumal nur er das Verwertungsverbot näher ausgestalten und durch Offenbarungsverbote absichern kann“ (oben IV 11 c). Aus der Übergangsregelung, die das BVerfGE für „aus vorkonstitutioneller Zeit überkommene Regelungen“ bis zum Eingreifen des (einfachen) Gesetzgebers getroffen hat, kann deshalb keine Stellungnahme zur Frage der Fernwirkung entnommen werden. In diesem Sinne auch *Stürmer*⁶⁹

„Das BVerfG hat bei einer Abwägung letztlich in Kauf genommen, daß die erzwungene Selbstbelastung kaum vermeidbare negative Fernwirkung entfalten kann. Die Befürworter eines Fernwirkungsverbots können die Entscheidungen daher nicht für sich beanspruchen. Vielmehr weist der vom BVerfG entschiedene Fall gerade auf die praktischen Grenzen der Durchsetzbarkeit eines Fernwirkungsverbots, wie sie schon immer aufgezeigt worden sind.“

§ 136 a; *LR/Meyer* 23. Aufl., 1976, Rdn. 51 f. zu § 136 a; *Schlüchter*, Strafverfahren (1981) S. 352, 3; für Fernwirkung *Dencker* Verwertungsverbote 1974, S. 76 ff.; *Roxin* 16. Aufl., 1980, S. 127 f.; *Rüping*, Theorie und Praxis der Strafverf. (1979); S. 412; *derselbe*: Beweisverbote als Schranken der Aufklärung im Steuerrecht (1981) S. 35 ff.

⁶⁶ Ebenso *Stürmer* NJW 1981, 1758; a. M. *Rogall*, ZStW Bd. 91 (1980) S. 1 ff., 38 ff., 40.

⁶⁷ NJW 1981, 1757.

⁶⁸ Strafverteidiger 1981, 363.

⁶⁹ NJW 1981, 1758.

e) Eine kurze Bemerkung mag noch dem in BVerfGE 56, 41, 50 mehrmals wiederkehrenden Hinweis gelten, daß die an sich uneingeschränkte Auskunftspflicht des Gemeinschuldners – und das gleiche würde dann auch für die Fälle der §§ 807, 883 Abs. 2, 889 ZPO gelten – im Einzelfall als *unverhältnismäßig* zu beanstanden sein könne. *Stürmer*⁷⁰ meint, bei diesem Hinweis sei wohl an Bagatellforderungen gedacht, deren Vollstreckung die Aufdeckung schwerer Verbrechen notwendig machen würde; bei einem solchen Verständnis des Hinweises beschleiche aber,

„den an Rechtsklarheit und Rechtssicherheit orientierten, unter einfachrechtlichen Normen subsumierenden Zivilisten ein unbehagliches Gefühl. Soll der Anspruch auf Herausgabe einer Urkunde scheitern, nur weil der derzeitige Besitzer ein besonders großer Betrüger sein könnte und die Urkunde für den Gläubiger kaum überragenden Wert hat?“

Diese Bedenken erscheinen nicht begründet. Es mag offen bleiben, ob es wirklich praktisch vorkommt, daß ein Auskunftspflichtiger eine Auskunftsverweigerung damit begründet, er müsse sich sonst „schwerer Verbrechen“ bezichtigen. Jedenfalls bezieht sich die Erwähnung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf die Stellungnahme des Bundesjustizministers im Anhörungsverfahren⁷¹, der – zu einer Zeit, als die Schaffung des Schutzes des Gemeinschuldners gegen Selbstbezichtigung durch das „strafrechtliche Verwertungsverbot“ nicht abzusehen war – die Vermeidung einer „übermäßigen Belastung“ durch Herbeiführung der Selbstbezichtigung mittels Anwendung von Zwangsmitteln in der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgebots sah; mit der Konstituierung des Ergänzungs-Beweisverwertungsverbots ist jedenfalls die Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als Mittel der Konfliktlösung entfallen⁷².

3. Zur Frage des Zwanges zur Selbstbezichtigung durch Offenbarung von Ordnungswidrigkeiten

a) Entsprechend dem Ausgangsfall, in dem der Gemeinschuldner seine Aussageverweigerung damit begründet hatte, er müsse sich möglicherweise „einer strafbaren Handlung“ bezichtigen, wird in BVerfGE 56, 37 die Selbstbezichtigung durch Offenbarung von Ordnungswidrigkeiten nicht erwähnt; es ist nur von der Schließung einer Lücke in der Konkursordnung durch ein „strafrechtliches“ Verwertungsverbot die Rede⁷³. An

⁷⁰ NJW 1981, 1760.

⁷¹ BVerfGE 56, 41, oben IV 2.

⁷² Zur Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vgl. i. Übrigen BVerfGE 55, 144 (unten VI 3 c. a. A.).

⁷³ BVerfGE 56, 37, 41, 51.

anderer Stelle⁷⁴ wird allerdings ausgeführt, ein dem strafprozessualen Schweigerecht entsprechendes Schweigerecht bestehe auch in anderen Verfahren, in denen dem Betroffenen „ähnliche Sanktionen“ wegen seines Verhaltens drohten; nur als Beispiele werden Disziplinar- und Berufs-(Ehrengerichts-)verfahren genannt. Damit erhebt sich die Frage, ob zu den anderen Verfahren mit drohenden „ähnlichen Sanktionen“ auch das Bußgeldverfahren mit den im OWiG vorgesehenen Reaktionen gehört, ob also auch dann, wenn nach einer aus vorkonstitutioneller Zeit überkommenen Regelung eine uneingeschränkte Auskunftspflicht besteht und sich der Pflichtige durch deren Erfüllung nur einer Ordnungswidrigkeit bezichtigen müßte, diese Regelung durch ein Verwertungsverbot für das Bußgeldverfahren zu ergänzen ist. Eine Variante des Themas wäre, daß nach einer aus vorkonstitutioneller Zeit überkommenen Regelung eine uneingeschränkte Auskunftspflicht besteht, und der Pflichtige sich einer Gesetzwidrigkeit bezichtigen müßte, die nach früherem Recht eine Straftat (leichteres Vergehen oder Übertretung) war, kraft der Umwandlung nach Art. 13 EGStGB 1974 aber nur noch als Ordnungswidrigkeit ahndbar ist. Ohne diese Sanktionsumwandlung läge nach BVerfGE 56, 37 die Notwendigkeit der Ergänzung durch ein Beweisverwertungsverbot für das Strafverfahren vor; hat sich dies geändert, weil an die Stelle des Strafverfahrens das Bußgeldverfahren getreten ist? Und wie steht es schließlich – eine Frage, zu der sich aus BVerfGE 56, 37 unmittelbar nichts ergibt, weil sie außerhalb des eng begrenzten Entscheidungsbereichs (Ergänzung aus vorkonstitutioneller Zeit überkommener Regelungen durch Verbot der Verwertung der Selbstbeziehung als Beweismittel in einem Strafverfahren oder ähnlichen Sanktionsverfahren) liegt –, wenn das Gesetz im öffentlichen Interesse eine Auskunftspflicht begründet, und als Erzwingungsmittel Geldbuße nach dem OWiG androht, der Pflichtige aber die Erfüllung verweigert, weil er sich dadurch einer anderen Ordnungswidrigkeit selbst bezichtigen müßte?

*Stürmer*⁷⁵ wendet sich („wohl entgegen dem BVerfG“) gegen die Annahme, „in Bagatellverfahren, insbesondere im Ordnungswidrigkeitsverfahren“ gebiete der Satz „nemo tenetur...“ aus verfassungsrechtlicher Sicht die Ergänzung der Regelung durch ein Verbot der Verwertung der Aussage in einem Bußgeldverfahren. Das gehe

„sehr weit, m. E. viel zu weit. Ein Verstoß gegen die Menschenwürde dürfte z. B. schwerlich vorliegen, wenn der Fahrzeughalter zur Aufklärung von Verkehrsordnungswidrigkeiten den Fahrer anzugeben hätte und im Weigerungsfalle selbst ein Bußgeld zahlen müßte, wie dies auch neuerdings wieder zur Diskussion gestanden hat“⁷⁶. Wo es

⁷⁴ BVerfGE 56, 43.

⁷⁵ NJW 1981, 1763.

⁷⁶ Verweisung auf Deutscher Richterbund, Information 12/1980, S. 61.

um solche Bagatellverfahren geht, ist die Verfassung ein zu schweres Geschütz; man kann sie allenfalls mit dem Argument „Wehret den Anfängen“ bemühen. Überhaupt wäre generell zu überlegen, ob auf verfassungsrechtlicher Ebene die entkriminalisierte Ordnungswidrigkeit genau den gleichen Regeln folgen muß wie die Kriminalstrafe. Zwar erscheinen Beugehaft oder Zwangsgeld zur Aussageerzwingung auch im Ordnungsverfahren verfassungsrechtlich fragwürdig; hingegen könnte es verfassungsrechtlich tragbar sein, die Auskunftsverweigerungen selbst als Ordnungswidrigkeit zu bewerten“.

Hier klingen ähnliche Erwägungen an wie in der oben⁷⁷ zitierten Entscheidung BVerwGE 43, 227. In JA 1982, 34 polemisiert, bei dem Wort „Bagatellverfahren“ einhakend, *Botke* gegen *Stürners* Ausführungen, denn „Bagatellverfahren“ kenne auch das Strafprozeßrecht und es sei nicht einzusehen, wie innerhalb der „Strafverfahren“ nach „Schweresichtspunkten“ zu unterscheiden sein solle. Damit wird aber das Anliegen von *Stürner* verkannt, der bei den „Bagatellverfahren“ schwerlich an Strafverfahren von geringer Bedeutung denkt, sondern (ohne sie freilich näher zu bezeichnen) an Verfahren, die wie „insbesondere“ das Bußgeldverfahren, nicht die Festsetzung von Strafen, sondern anderer Sanktionen und Maßnahmen zum Gegenstand haben.

b) Was *Ordnungswidrigkeiten* anlangt, deren sich ein Betroffener bei uneingeschränkter Aussage- oder Auskunftspflicht selbst bezichtigen müßte, so wird allerdings ein neuralgischer Punkt berührt, wenn man an die Flut von Verkehrsstraftaten und -ordnungswidrigkeiten denkt, in denen nicht klärbar ist, wer als Fahrzeugführer in Betracht kommt und der (durch das amtliche Kennzeichen ermittelte) Halter mit einem „Ich war nicht der Fahrer“ jede Aussage verweigert. Hier bietet sich immerhin in gewissem Umfang eine präventive Abhilfe in Form der Auferlegung der Führung eines Fahrtenbuchs (§ 31 a StVZO) an. Eine dagegen gerichtete Verfassungsbeschwerde, die – der Sache nach – auch mit Vorwurf grundgesetz- und rechtsstaatwidriger Verletzung des „nemo tenetur...“ begründet war, hat jüngst BVerfG (Vorprüfungsausschuß)⁷⁸ nicht zur Entscheidung angenommen: Die Auferlegung diene in erster Linie präventiv-polizeilichen Zwecken;

„sie dient der Erhaltung von Ordnung und Sicherheit im Straßenverkehr und damit letztlich auch der Gewährleistung der Bewegungsfreiheit und körperlichen Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) aller Bürger – den Beschwerdeführer nicht ausgenommen“.

Eine mit der Auferlegung der Fahrtenbuch-Führungspflicht verbundene Auferlegung, „möglicherweise auch bei der Ahndung eines Verkehrsverstoßes als Ordnungswidrigkeit oder Straftat“ mitzuwirken, verstoße nicht gegen Art. 2 Abs. 1 oder Art. 1 GG.

⁷⁷ IV 8, Fn. 42.

⁷⁸ NJW 1982, S. 568.

„Wer selbst die Freiheit des Straßenverkehrs in Anspruch nimmt und seine Sicherheit gewährleistet wissen will, dem können in den Grenzen der Grundrechte und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit auch Mitwirkungspflichten auferlegt werden, die gerade der Gewährleistung dieser Freiheit und Sicherheit für alle zu dienen bestimmt und geeignet sind. Allein durch die hier in Rede stehende – in erster Linie polizeilich begründete – Mitwirkungspflicht werden etwaige Aussage- und Zeugnisverweigerungsrechte in Ordnungswidrigkeiten- oder Strafverfahren ... noch nicht berührt...“

c) Werfen wir, bevor wir zu der generellen Frage zurückkommen, welche Auswirkungen sich aus BVerfGE 56, 37 ergeben könnten, wenn sich der nach gesetzlichen Vorschriften Aussage- oder Auskunftspflichtige durch die Erfüllung der Pflicht selbst einer Ordnungswidrigkeit bezichtigen müßte, zunächst einen Blick auf die in „neueren Gesetzen“ getroffene Regelung (Fallgruppe oben IV 10b), soweit sie die behördliche Überwachung von Betrieben, Anlagen und dergl. regeln. Dann ist (im Wortlaut je nach der Überwachungsaufgabe wechselnd) etwa vorgesehen, daß die Behörden oder ihre Beauftragten die nötigen Ermittlungen anstellen, dabei auch Auskünfte über Herkunft, Aufbewahrung und Verbleib bestimmter Materialien fordern, in Bücher und Belege über bestimmte Vorgänge Einsicht nehmen, deren Vorlage und sonstige der Überwachung dienende Mitwirkungsakte verlangen können. Verlangte Auskünfte sind wahrheitsgemäß zu erteilen; der Auskunftspflichtige kann aber die Auskunft auf solche Fragen verweigern, deren Beantwortung ihn selbst oder einen der in § 383 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 ZPO bezeichneten Angehörigen der Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung *oder eines Verfahrens nach dem OWiG* aussetzen würde (so z. B. § 31 a BinnenschiffahrtsG – BSchVG – i. d. F. vom 8. 1. 1969, BGBl. I 65; § 6 des Ges. über Maßnahmen zur Sicherung der Altölbeseitigung i. d. F. vom 11. 12. 1979, BGBl. I 2113; § 46 GWB i. d. F. vom 24. 9. 1980, BGBl. I 1761). Von diesen Vorschriften war § 31 a BSchVG Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde, die in BVerfGE 55, 174 = NJW 1981, 1087 nicht zur Entscheidung angenommen wurde. Ein nach dieser Vorschrift Mitwirkungspflichtiger hatte die Einsichtnahme in Bücher und Geschäftspapiere verweigert, war deswegen mit Geldbuße belegt worden (§ 37 Abs. 1 Nr. 5 BSchVG) und machte in der dagegen gerichteten Verfassungsbeschwerde Verletzung seines Grundrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG geltend. Die Begründung der Nichtannahme bringt eine wesentliche Aussage über den Inhalt des „nemo tenetur...“: Der in §§ 55, 136 Abs. 1 Satz 2 StPO, § 46 Abs. 1 OWiG und in Verb. mit § 55 StPO „als selbstverständlich vorausgesetzte, von der Achtung vor der menschlichen Würde geprägte Grundsatz, daß niemand gezwungen werden darf, gegen sich selbst auszusagen“, gewährleiste das Auskunftsverweigerungsrecht nach § 31 a BSchVG. Daraus folge aber nicht, daß auch andere Erkenntnismöglichkeiten, die den Bereich der *Aussagefreiheit* nicht berührten, von den Betroffenen unter Hinweis auf diese Freiheit

eingeschränkt und behindert werden dürften. Ein Recht, über die Auskunftsverweigerung hinaus zur Verdeckung einer Ordnungswidrigkeit auch die Einsichtnahme in die Bücher und Geschäftspapiere zu versagen, lasse sich weder dem Grundgesetz noch dem § 31 a BSchVG entnehmen; die vom Gesetz zugelassene Einsichtnahme in die Bücher und Geschäftspapiere verstoße auch nicht gegen den *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, da sie ein objektiv taugliches Überwachungsmittel sei und ein wirksames, aber gleichwohl die Handlungsfreiheit des Pflichtigen weniger einschränkendes Überwachungsmittel nicht ersichtlich sei (s. dazu oben VI 2 e am Ende).

Mit diesen Erwägungen erledigt sich auch das in BayObLGSt. 1964, 50 (oben II 1) behandelte Problem: Die Pflicht zur Beschickung von Trophäenschauen ist eine Überwachungsmaßnahme, nicht anders als z. B. die Pflicht, Abschlußlisten zu führen und diese der Behörde zur Einsichtnahme vorzulegen. Die Nichterfüllung berührt nicht den Bereich der Aussagefreiheit. Aus dem Satz „nemo tenetur...“ ergibt sich kein Recht des Pflichtigen, zur Verdeckung einer Ordnungswidrigkeit die Erkenntnismöglichkeit der Behörde einzuschränken. Sinnvollerweise muß Entsprechendes auch für die in BayObLGSt 1962, 163 (oben II 2) erörterte Frage der Anzeigepflicht nach § 14 GewO gelten; aus der Aussagefreiheit ergibt sich kein Recht, die gebotene Anzeige zu unterlassen, um zu verhindern, daß die Überwachungsbehörde möglicherweise daraus die Nichterfüllung nach anderer Richtung bestehender Mitwirkungspflichten folgern kann.

d) Wo aber wirklich die Aussagefreiheit in Frage steht, kann der Auffassung von *Stürner*, daß es für die Geltung des Satzes „nemo tenetur...“ einen grundsätzlichen Unterschied begründe, ob sich der Betroffene der Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung oder nur der Gefahr eines Verfahrens nach dem OWiG wegen einer Ordnungswidrigkeit aussetze, nicht gefolgt werden. Denn auch wenn man den Streit um den „Wesensunterschied“ zwischen Straftat und Ordnungswidrigkeit⁷⁹, den § 46 OWiG und die in „neueren Gesetzen“ (vorstehend zu c) getroffene Regelung außer Betracht läßt, so gibt es doch keine „aus der Natur der Sache“ sich ergebende exakte Grenzlinie zwischen „echtem“ kriminellen Unrecht und „bloßer“ Ordnungswidrigkeit, sondern die Zurechnung eines sanktionsbewehrten Gesetzesverstosses zum kriminellen Unrecht oder zur Ordnungswidrigkeit ist Sache des (einfachen) Gesetzgebers und für den Betroffenen bildet es – und das ist für „nemo tenetur...“ entscheidend – oft genug nur einen für ihn kaum belangvollen „graduellen Unterschied“, ob sein Verhalten eine Straftat oder eine Ordnungs-

⁷⁹ Dazu *LR/Schäfer* (Fn. 65), Einl., Kap. 3 Rdn. 92 ff.

widrigkeit darstellt; kann doch eine kleine Geldstrafe wegen eines leichten Vergehens ihn viel weniger fühlbar treffen, als eine hohe Geldbuße wegen einer „schweren“ Ordnungswidrigkeit⁸⁰.

Auch de lege ferenda spricht wohl alles dagegen, daß der Gesetzgeber hinsichtlich der Geltung des „nemo tenetur...“ geneigt sein könnte, zwischen Selbstbezeichnung einer Straftat oder „nur“ einer Ordnungswidrigkeit (oder gar innerhalb des Strafrechts⁸¹) Unterscheidungen zu treffen.

4. Auswirkungen auf Regelungen der AO 1977?

a) Nach § 393 Abs. 1 AO 1977 dürfen zwar Zwangsmittel (§ 328) gegen den Steuerpflichtigen nicht angewandt werden, wenn er dadurch gezwungen würde, sich selbst wegen einer von ihm begangenen Steuerstraftat oder Steuerordnungswidrigkeit zu bezichtigen. Seine Pflicht zur Mitwirkung bei der Ermittlung des Sachverhalts bleibt aber nach herrschender Ansicht bestehen; dies äußert sich darin, daß ihm bei Verweigerung der Auskunftspflicht nachteilige und belastende Schätzungen der Steuerschuld drohen. Auch besteht wegen der Begrenzung eines Verwertungsverbots in § 393 Abs. 2 AO kein Verbot, das ohne Anwendung von Zwangsmitteln, aber unter dem Druck der Mitwirkungspflicht Offenbarte im Strafverfahren zu verwerten. Gegen diese Folgerungen der herrschenden Meinung wendet sich *Streck*⁸², weil sie mit dem üblichen Argument, der Steuerhinterzieher dürfe nicht besser behandelt werden als der Steuerehrliche, nicht gerechtfertigt werden könnten: wenn der „Verfolgte“ das aus Art. 1, 2 GG ableitbare „Unrecht“ in Anspruch nehme, könne dies die Finanzverwaltung nicht als Pflichtverletzung mit nachteiligen Schätzungen „sanktionieren“. Und solle der Hinterzieher strafrechtlich schlechter behandelt werden dürfen als der Dieb, Betrüger oder Totschläger, nur weil er im übrigen nicht besser behandelt werden solle als der gutwillige Zahler? Gäbe es kein probates Mittel zur Lösung dieses Konfliktes, „so kann es im Einzelfall richtig sein, den Hinterzieher *steuerlich* besser zu behandeln als den gutwilligen Steuerzahler, um ihn strafrechtlich nicht schlechter zu behandeln als sozial ‚schädlichere‘ Kriminelle“. BVerfGE 56, 37 zeige nunmehr aber den Weg zur richtigen und angemessenen Lösung der Konfliktsituation des § 393 Abs. 1 AO, nämlich Mitwirkungszwang des Steuerpflichtigen,

⁸⁰ Vgl. dazu BVerfG, NJW 1977, S. 1629 – Geltung des Verbots gemeinsamer Verteidigung, § 146 StPO, kraft des § 46 OWiG auch in gerichtlichen Bußgeldverfahren – und BVerfG, MDR 1980, 26 betr. Zulässigkeit des Fahrverbots sowohl als Nebenstrafe einer Straftat nach § 44 StGB wie auch als Nebenfolge einer Ordnungswidrigkeit nach § 25 StVG.

⁸¹ Vgl. dazu *Rieß*, GA 1981, 47 zu den Vorschlägen von *Bianca Fischer*.

⁸² Strafverteidiger 1981, 364.

aber nur für Zwecke der Besteuerung, dagegen Verwertungsverbot der Selbstbeziehung im Steuerstrafverfahren, verbunden mit einem Fernwirkungsverbot. Das entspreche, ohne daß es eines gesetzgeberischen Eingriffs bedürfe, einer verfassungskonformen Auslegung des § 393 AO. Freilich sei zu erwarten, daß die „Bindungen von Traditionen, Üblichkeiten und Rechtsbeharrung einer solchen klaren Trennung von Abgaben- und Verfahrensrecht mit Ablehnung gegenüberstehen. Es sei auch eingeräumt, daß sich die Steuerfahndungspraxis erheblich ändern müßte“.

b) *Auswirkungen auf § 393 Abs. 2?* „Das BVerfG deutet im Gemeinschuldnerbeschuß“ – so führt *Stürmer*⁸³ aus –

„kurz an, daß das öffentliche Informationsbedürfnis regelmäßig dem Schutz vor Selbstbeziehung nachstehe. Man wird diese Rangordnung zu ergänzen haben: sofern das öffentliche Interesse an Wahrheitsvermittlung auf bestimmten Gebieten höher zu bewerten ist, geht der Schutz vor Selbstbelastung dem öffentlichen Interesse an Strafverfolgung vor“.

Bei erzwingbaren Aufklärungspflichten (verwiesen wird u. a. auf § 328 AO) verlange der Schutz vor Selbstbelastung entweder Aussageverweigerungsrechte oder strafprozessuale Verwertungsverbote. Da das Verwertungsverbot im Fall der §§ 393 Abs. 2 Satz 2, 30 Abs. 4 Nr. 5 AO entfalle, „liege es nahe“, diese Gesetzeslücke durch Weigerungsrechte zu schließen. Diese Ausführungen lassen m. E. offen, ob die „nahe liegende“ Schließung der Lücke als Aufgabe des Gesetzgebers gedacht ist oder ob sie schon nach der *lex lata* im Wege verfassungskonformer Auslegung durch die Rechtsprechung durchzuführen wäre.

c) Der Verfasser der vorliegenden Zeilen glaubt sich bei seiner *Stellungnahme zu den vorstehenden Ausführungen* wie auch zu den oben unter III 5 b, c dargestellten Einwendungen kurz fassen zu können. Seine Ausführungen sollen, wie eingangs dargelegt, nur der Frage gelten, welche Auswirkungen sich *unmittelbar* aus BVerfGE 56, 37 im Sinne einer sofort kraft bindenden Spruchs des Bundesverfassungsgerichts eintretenden Ergänzung der *lex lata* ergeben. Insoweit ist aber nochmals auf die im Lauf der Erörterungen wiederholt angesprochene begrenzte Bedeutung des Gemeinschuldnerbeschlusses hinzuweisen, wie sie zusammenfassend in BVerfGE 56, 51 niedergelegt ist: Lücken zu schließen „obliegt grundsätzlich dem Gesetzgeber, zumal nur er das Verwertungsverbot näher ausgestalten und durch Offenbarungsverbote absichern kann“. Nur bei den „aus vorkonstitutioneller Zeit überkommenen Regelungen“ stellt sich für den Richter alsbald die Aufgabe, bis zu einer

⁸³ NJW 1981, 1761.

Neuregelung durch den Gesetzgeber aus verfassungsrechtlichen Gründen bestehende Gesetzeslücken zu schließen, und zwar „in möglichst enger Anlehnung an das geltende Recht“, wobei gerade auf die „in § 136 a StPO und in § 393 Abs. 2 AO bereits vorgesehenen Verwertungsverbote“ hingewiesen wird. § 393 AO (und damit auch § 30 Abs. 4 Nr. 5⁸⁴ auf den § 393 Abs. 2 Satz 2 verweist) aber ist nicht nur keine „vorkonstitutionelle überkommene Regelung“, sondern eine Regelung aus neuester Zeit, die unbeschadet der Differenz während der parlamentarischen Erörterungen um die „richtige“ oder zweckmäßige Ausgestaltung, so doch jedenfalls in dem Bemühen um Verfassungskonformität getroffen worden ist. Sollte künftig der (einfache) Gesetzgeber Anlaß zu Änderungen sehen, so würde er nicht unter dem Zwang einer aus BVerfGE 56, 37 sich ergebenden Notwendigkeit handeln, wie auch die Rechtsprechung außerhalb des in BVerfGE 56, 51 umschriebenen Bereichs einer Ergänzungsnotwendigkeit Abweichungen vom geschriebenen Recht nicht damit begründen könnte, dem verfassungsgerichtlichen Gebot zu entsprechen.

⁸⁴ In diesem Zusammenhang mag, soweit es sich um das „zwingende öffentliche Interesse an einer Strafverfolgung“ des § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO handelt, auch auf die in § 46 Abs. 9 GWB i. d. F. vom 24. 8. 1980 (BGBl. I 1761) (und ähnlich in § 5 Abs. 5 Altölg i. d. F. vom 11. 12. 1979, BGBl. I 2113) getroffene Regelung verwiesen werden, wonach die durch Überwachungsmaßnahmen erlangten Kenntnisse und Unterlagen u. a. nicht für ein Verfahren wegen einer Steuerstraftat verwendet werden dürfen, außer wenn an dessen Durchführung ein *zwingendes öffentliches Interesse* besteht.

Justizgewährungspflicht und Abblocken von Verteidigungsvorbringen

KARL PETERS

I. Allgemeine Probleme

Sowohl der Begriff Justizgewährungspflicht als auch der Begriff des Abblockens bedarf einer näheren Umschreibung. Trotz der gründlichen Behandlung des Begriffs Justizgewährungspflicht durch Eberh. *Schmidt* führt er im strafprozessualen Schrifttum und in der Rechtsprechung ein stilles Dasein¹. Es geht darum, diesen Begriff in seiner strafprozessualen Bedeutung auszuschöpfen. Den Begriff des Abblockens² habe ich in meinem Lehrbuch mit Leben zu füllen versucht.

1. Justizgewährungspflicht

Justizgewährungspflicht bedeutet zunächst einmal die Verpflichtung des Staates zur sachgemäßen Behandlung von Rechtsstreitigkeiten, persönlichen und sachlichen Rechtslagen sowie der Verfolgung von Straftaten. Gerichte zu schaffen, ihnen die reale Möglichkeit zur Wahrnehmung der Rechtspflege und zum Rechtsprechen nach Wahrheit und Gerechtigkeit.

¹ Zum Begriff der Justizgewährungspflicht grundlegend: *Goldschmidt*, Der Prozeß als Rechtslage, 1925, S. 78 ff., 138 ff., 263 ff.; *Niese*, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, 1950, S. 24, 59, 60; Eberh. *Schmidt*, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsrecht, Teil I, 2. Aufl., 1964, S. 35–48 (allgemein); Teil II, 1957, Vorb. z. 8. u. 9. Abschnitt Rdn. 4 (S. 226), Vorb. z. § 155 Rdn. 8, Vorb. z. Buch Rechtsmittel Rdn. 2 (S. 846) (zum speziellen Problem). Einschränkend gegenüber Eberh. *Schmidt* *KMR-Sax* 7. Aufl., 1980, Einl. X Rdn. 9 ff.

Die Strafprozeßrechtslehre, sofern sie überhaupt den Begriff erwähnt, beschränkt sich gegenüber diesen ausführlichen Stellungnahmen in aller Regel auf kurze Bemerkungen: *Baumann*, Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozeßrechts, 3. Aufl., 1979, S. 20; *Gössel*, Strafverfahrensrecht, 1977, S. 164; *Henkel*, Strafverfahrensrecht 2. Aufl., 1968, S. 15, 84, 244 ff.; *K. Peters*, Strafprozeß, 3. Aufl., 1981, S. 21, 134; *Zipf*, Strafprozeßrecht 2. Aufl., 1977, S. 17 ff.

Statt des Begriffs Justizgewährungspflicht wird auch vom Justizgewährungsanspruch gesprochen, so *Kern/Wolf*, Gerichtsverfassungsrecht 5. Aufl., 1975, S. 5, 175 ff. Dieser Begriff wird in der Tat in einem engeren Sinn, nämlich als Anspruch des einzelnen hinsichtlich der Verfahrensgestaltung verstanden. Aus dem zivilprozessualen Schrifttum sei hingewiesen auf *Baumann*, Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Zivilprozesses, 2. Aufl., 1979, S. 20, 160.

² Der Begriff ist in *meinem* Lehrbuch Strafprozeß (3. Aufl., 1981) wiederholt verwandt (S. 28, 77, 83, 672).

keit³ zu gewähren. Es handelt sich bei der Justizgewährung um die Erfüllung einer im materiellen Staatsrecht begründeten Aufgabe.

Das Gebot der Justizgewährung richtet sich als erstes an den Gesetzgeber. Er hat Gerichte zur Verfügung zu stellen, den Rahmen ihrer Aufgaben durch die Setzung des materiellen Rechts zu bestimmen, die Gerichtsverfassung und das Gerichtsverfahren zu regeln. In seiner Aufgabenerfüllung ist der Gesetzgeber teils gebunden, teils frei. So kann er nicht beliebig die Justizgewährung einschränken. Es gibt streng einzuhaltende Maßstäbe von der Sache und dem Verfassungsauftrag her sowohl dem Inhalt als der Form nach⁴. Das Ziel ist ihm durch die Ausrichtung auf Wahrheit, Gerechtigkeit und Rechtsfrieden vorgegeben. Er muß eine Gestaltung finden, die die Justiz funktionsfähig macht. Andererseits gibt es frei zu findende Grenzen des Umfangs und der Form. Die Einzelheiten unterliegen sachbezogenen Zweckmäßigkeitserwägungen⁵. Die organisatorische Umsetzung des Gesetzeswillens in die Realität geschieht durch die Justizverwaltung. Sie hat die Aufgabe, die im Justizbereich arbeitenden Organe einzurichten und sachgemäß zu besetzen. Das bedeutet Einsetzung geeigneter und befähigter Amtsträger. Die Eignung hängt nicht nur von der jeweiligen Persönlichkeit, sondern auch von ihrer Ausbildung ab. Der Zusammenhang von Justizgewährung und Ausbildung sollte nicht übersehen werden. Der nicht hinreichend ausgebildete Richter ist nicht in der Lage, die Erreichung des Justizgewährungsziels zu garantieren. Daraus ergibt sich je nach der Gerichtssparte die Möglichkeit von verschiedenartigen Ausbildungswegen. Die Ausbildung muß sowohl die Fähigkeit zum juristischen Urteil als auch die Fertigkeit zur Sachverhaltsermittlung gewährleisten.

Die Konkretisierung der Justizgewährungspflicht liegt in der alltäglichen Arbeit der Richter und der sonstigen Justizorgane. Von ihnen hängt es ab, ob Justizgewährung gegenüber den Justizbetroffenen geschieht oder nicht. Weitere Voraussetzungen der Erfüllung der Justizgewährung sind Unabhängigkeit des Richters und Bindung an Gesetz und Recht.

³ Mit Nachdruck wird von Eberh. *Schmidt*, Lehrk. I (Fn. 1), S. 44, Wahrheit und Gerechtigkeit als bestimmtes Element der Justizgewährung bezeichnet. Die Gefahr, die daraus folgt, dieses Ziel aus Realitätsgründen zu relativieren, wird uns noch zu beschäftigen haben.

⁴ Es steht dem Gesetzgeber nicht frei, schwere Delikte folgenlos bleiben zu lassen: Vgl. BVerfGE 39, 1 zur Frage der Abtreibung. Wohl aber kann er darüber frei entscheiden, wie weit Strafrecht und Strafverfolgung in den unteren Bereich der Kriminalität hineinragen sollen.

⁵ Gesichtspunkte wie Möglichkeiten, Praktikabilität, Finanzierbarkeit und Verhältnismäßigkeit spielen eine Rolle.

Um die Erhaltung dieser Grundlagen der Justizgewährung muß um so mehr gerungen werden, als sie immer wieder Angriffen und Versuchungen ausgesetzt sind. Staatliche Einflußnahmen auf die Rechtspflege, sei es durch Anweisungen, unmittelbare oder mittelbare Drohungen oder Warnung, sind in dem nach 1945 aufgebauten Rechtsstaat kein nennenswerter Störungsfaktor. Die Beeinträchtigung der richterlichen Unabhängigkeit geht aber mehr von der Gesellschaft aus. Gezielte Angriffe aus dem gesellschaftlichen Bereich, unsachliche Kritik an der Rechtsprechung, Demonstrationen oder Bürgerinitiativen sind durchaus geeignet, auf die Dauer einen Verunsicherungs- oder Abkapselungsprozeß in die Wege zu leiten. Die Verunsicherung kann soweit gehen, daß Regierung und Politiker sich scheuen, offensichtliche Rechtsbrüche an die Justiz heranzutragen, wohl aber eine Ausschaltung ihrer Tätigkeit hinzunehmen. Folgen richterlicher Verunsicherung durch Gesellschaftsgruppen können Anlaß dazu sein, daß die Justiz zu lasch oder im Übermaß verfährt. Es wäre einer eigenen Abhandlung wert, sich mit den gesellschaftlichen Einwirkungen auf die Justiz auseinanderzusetzen. Mir geht es in dieser Abhandlung jedoch um ein justizinternes Problem, um das Problem des Verhältnisses zwischen Richter und Betroffenen.

Die Justizgewährungspflicht verwirklicht der Richter im konkreten Verfahren nach den ihm gesetzten prozessualen Rahmenbedingungen. Das wird mit dem Begriff der Justizförmigkeit⁶ zum Ausdruck gebracht. Die Pflicht zur Justizförmigkeit hat wie die sie umfassende Justizgewährungspflicht nicht nur einen strafprozeßrechtlichen, sondern auch einen verfassungsrechtlichen Charakter. Justizförmigkeit ermächtigt und bindet zugleich verfassungsrechtlich die rechtsprechende Gewalt⁷. Im Verfahren begegnet der einzelne der Rechtspflege mit seinem Anspruch auf Justizgewährung. Wie in aller Regel Rechte mit Pflichten verbunden sind, so enthält der Justizgewährungsanspruch des einzelnen die Pflicht, sich auch seinerseits justizförmig zu verhalten. Das gilt in der Straf-

⁶ Der Begriff der Justizförmigkeit ist von grundlegender Bedeutung für die systematische Erfassung des Strafprozesses. Vgl. Eberh. *Schmidt*, Lehrk. Teil I (Fn. 1), Rdn. 22, 41, 244; E. *Schlüchter*, Das Strafverfahren, 1981, Rdn. 1, 2, 3, 4². Justizgewährungspflicht-Justizförmigkeit-Verteidigung verbindet H. *Müller*, Verteidigung und Verteidiger im System des Strafverfahrens, dargestellt am Beispiel der zürcherischen Prozeßordnung, Zürich, 1975, S. 1 f.

⁷ Anders ausgedrückt: Strafprozeßrecht ist in seinen grundlegenden Vorschriften konkretisiertes Verfassungsrecht. Das ist von Bedeutung für den grundrechtlichen Schutz strafprozessualer Rechtsstellungen. Die Kennzeichnung verfahrensrechtlicher Vorschriften als „einfaches Recht“ geht nicht selten auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu weit. Dazu *mein* Lehrbuch Strafprozeß 3. Aufl., 1981, S. 28, 633. Ganz allgemein: Ingo *Müller*, Rechtsstaat und Strafverfahren, 1880.

rechtspflege für alle Prozeßbeteiligten, wie Beschuldigter⁸, Zeuge, Sachverständiger, Privatkläger, Nebenkläger.

Vorgänge und Akte unterliegen unter dem Gesichtspunkt der Justizgewährung und der Justizannahme sowohl materiellrechtlichen als auch prozessualen Wertungen. Das gilt für alle Stufen der Umsetzung in die Realität: Gesetzgebung, Verwaltung, Rechtsprechung, soziales Verhalten der Gemeinschaftsglieder. Maßstab der materiellrechtlichen Wertung sind Wahrheit und Gerechtigkeit, Richtigkeit und Rechtmäßigkeit. Maßstab der formellrechtlichen Wertung ist die Geeignetheit, den Weg der materiellen Zielsetzung zu eröffnen und zu gewährleisten⁹. Dieses Ziel kann verfehlt werden durch Formlosigkeit¹⁰ als auch durch Formüberhebung. Im Verfahren erfolgen die beiden Wertungen in der Weise stufenartig, daß zunächst die formelle Prüfung vorgenommen wird. Sie führt zu einer „Vorentscheidung“, die den Prozeß in die materielle

⁸ Der Verfahrensboykott als das schärfste Mittel der Prozeßverfahrensbehinderung durch den Beschuldigten und den Verteidiger stellt nicht nur prozeßwidriges Verhalten dar, sondern auch Verletzung der verfassungsrechtlichen Justizunterworfenheit. Für den Verteidiger ergibt sich zudem ein schwerer Verstoß gegen seine Standespflichten.

⁹ Das Prozeßziel wird nicht immer erreicht. Es kann zu tatsächlich und rechtlich falschen Urteilen kommen. Mit Recht weist Eberh. *Schmidt*, Lehrk. Teil I (Fn. 1) Rdn. 284 Anm. 508 darauf hin, daß verharmlosende Theorien, zu der auch die von mir vertretene Auffassung von der rechtsgestaltenden Kraft (Lehrb. S. 479) des Fehlurteils zählt, nicht über das Bittere für den Betroffenen hinwegtäuschen kann. Eberh. *Schmidt* sieht in der von ihm abgelehnten Auffassung einen billigen Trost für den Richter. Daß auch das Fehlurteil infolge der Rechtskraft Rechtswirkungen begründet, kann in der Tat kein Trost für den Richter sein. Vielmehr verstärkt sich das ohnehin gegebene Verhängnis des Fehlurteils. Unbefriedigend empfinde ich Rechtstheorien, die das Prozeßziel tiefer ansetzen, wie der Gedanke des Rechtsfriedens als Prozeßziel. Er reicht für den Strafprozeß nicht aus. Zum Rechtsfriedengedanken vgl. vor allem *Schmidhäuser*, Zur Frage nach dem Ziel des Strafprozesses, Festschrift Eb. Schmidt, 1961, S. 511. Die Gültigkeit des Grundsatzes der Wahrheits- (Wirklichkeits-, Richtigkeits-)findung wird auch nicht durch Beweisverbote ausgeräumt oder beschränkt, wie *Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 1981, 137 ff meint. Im Strafprozeß besagt der Wahrheitsgrundsatz, daß die Verurteilung aufgrund der richtigen Feststellung des dem Straftatbestand entsprechenden Sachverhalts erfolgen muß. Wo die Beweisführung die Richtigkeit nicht erbringt, kommt es, abgesehen von Fällen eindeutiger Unschuld, zu einem dem Gesetz entsprechenden non liquet. Die Wahrheitsfrage taucht dann nicht mehr auf.

¹⁰ Die eindringlichen Warnungen, die Eberh. *Schmidt*, Die Strafverfahrensordnung im Ganzen der deutschen Strafprozeßentwicklung, ZStW Bd. 61 (1942), 428 (434 ff.) geäußert hat, gelten nicht nur für die Zeit, in der sie gesprochen worden sind. Formauflockerungen, erst recht Formlosigkeit, meist mit Zweckmäßigkeitserwägungen begründet, bedeuten nur allzu leicht eine Gefährdung der Wahrheit und Gerechtigkeit. Gefährliche Auswirkungen können auch relativierende Auffassungen haben („relative Wahrheit“, „Unmöglichkeit mathematischer Sicherheit – sog. Wahrscheinlichkeitstheorien“). Sie führen zu einer zu frühen Überzeugungsgewinnung. Sie entlasten den Richter zu vorzeitig. Es gibt nur ein entweder oder. Entweder hat der Angeklagte den Menschen getötet oder nicht, entweder hat er das unterschlagene Geld erhalten oder nicht, entweder hat er die Sache entwendet oder nicht. Je nach dem ist das Urteil „wahr und gerecht“ oder nicht.

Prüfung überführt. Damit ist freilich die Möglichkeit gegeben, die sachliche Prüfung über Gebühr einzuschränken. Die materiellrechtliche Prüfung beschränkt sich im Verfahren keineswegs nur auf Rechtserwägungen. Sie setzen vielmehr die richtige Sachverhaltsfeststellung voraus, ohne die die Beantwortung der Rechtsfragen in der Luft hängen. Der Maßstab Wahrheit und Richtigkeit richtet sich auf die Tatsachenforschung, ohne die Gerechtigkeit und Rechtmäßigkeit nicht verwirklicht werden können. Daraus folgt, daß nicht nur die Rechtsanwendung klar, bestimmt, folgerichtig und systementsprechend sein muß, sondern daß auch die Tatsachenforschung gewährleistet sein muß. Die Justizgewährungspflicht ist daher nur erfüllt, wenn auch die aus der Sachverhaltsaufklärung ergebenden Sachnotwendigkeiten erfüllt sind.

2. *Abblocken von Einwänden*

„Abblocken“ von Einwänden im Prozeß bedeutet die prinzipielle Verkürzung verfahrensrechtlich eingeräumter Möglichkeiten der Betätigung von Prozeßbeteiligten. „Abblocken“ geht über den bloßen Irrtum des Richters im Einzelfall hinaus. Entscheidend ist vielmehr, daß eine auf grundsätzlicher Einstellung beruhende Entscheidung mit der Tendenz auf Allgemeingültigkeit die prozessualrechtlich gewährte Ausgeglichenheit in Frage stellt und damit die Richtung auf Strukturveränderung anzeigt. Aber nicht immer beruht das Abblocken auf Tendenzänderung. Es kann auch auf Tendenzverharrung gegründet sein, nämlich dann, wenn sich die Unhaltbarkeit bisher eingenommener Positionen infolge der Erkenntnisentwicklung ergibt, die alten Positionen aber beibehalten werden. Entscheidend ist in beiden Fällen die mangelnde Fähigkeit oder Bereitschaft zum Anhören.

Justizgewährung setzt ein ausgeglichenes Verhältnis zwischen Justiz und Strafverteidigung voraus. Sowohl die eine als auch die andere Seite kann bestrebt sein, ihren Machtbereich auszudehnen und den Handlungsbereich des anderen einzuengen. Diese Verstärkung der eigenen Position und die Verkürzung der anderen Position vollzieht sich ganz überwiegend im Bewußtsein der „Verteidigung der Rechtsordnung“. Sie ist in einer einseitigen Sicht der Handlungsbeteiligten begründet. Sie erfolgt im juristischen Freiraum. Dieser ergibt sich vor allem dort, wo der Gesetzgeber den Prozeßbeteiligten Handlungsfreiheit durch Einräumen von Ermessen, Beurteilungsvariationen und Auslegungsmöglichkeiten eröffnet. Die Ausnutzung juristischer Freiräume hängt ab von dem Selbstverständnis des jeweiligen Amtsträgers, der gegenseitigen Einschätzung und der Interessenabwägung. Da dem Richter die Entscheidungsbefugnis zusteht, kommt es wesentlich auf ihn an wie der Prozeß verläuft und welches dessen Endergebnis ist. Es ergeben sich vor allem dann Spannungen unter den Prozeßbeteiligten, wenn die eine oder

andere Seite vermeintlich oder wirklich die vom Gesetzgeber erstrebte Balance nicht mehr einhält. Wenn nicht alles täuscht, unterliegt der heutige Strafprozeß in erhöhtem Maß bedauerlichen Spannungen zwischen Gericht/Staatsanwaltschaft einerseits und Strafverteidiger/Beschuldigter andererseits. Es wäre eine allzu leichte Vereinfachung, die Verantwortung für derartige Spannungen einseitig der einen oder anderen Seite zuzuschreiben. Klagen kommen von beiden Seiten. Dem Strafverteidiger und dem Angeklagten werden Prozeßboykott, Prozeßverschleppung, einseitige Ausnutzung der prozessualen Position und unehrliche Prozeßführung vorgeworfen. Der Vorwurf gegenüber dem Richter geht vor allem auf Beschränkung der Verteidigung durch Abschneiden von Verteidigungsvorbringen, durch Überdehnung gesetzlicher Befugnisse, durch ungenügende Bereitschaft zum Anhören und Abwägung des Angehörten.

So wichtig auch das Thema „Verhinderung der Justizgewährung von außen her“ sein mag, so muß es doch unberücksichtigt bleiben, um der anderen Frage „Einschränkung der Justizgewährung durch die prozessuale Gestaltung der Justizverwirklichung“ willen. Gründe dafür können sich aus den Funktionen der Strafrechtspflege, aus der richterlichen Amtsauffassung, dem richterlichen Selbstverständnis, dem richterlichen Erfahrungsbereich, aus Praktikabilitäts- und Zweckmäßigkeitserwägungen und dem auf der Universität und in der Justiz gewonnenen Ausbildungsfundus ergeben. Auf diesen Grundlagen beruhen Gesetzesanwendung und Gesetzesauslegung sowie Sachverhaltsaufnahme und Sachverhaltswürdigung.

II. Einzelprobleme

1. Freie Beweiswürdigung¹¹

Die Verpflichtung, die Wahrheit zu suchen und Gerechtigkeit zu üben, wird kein Richter in Abrede stellen. Aber was ist wahr und was ist gerecht? Die Wahrheitssuche wird nicht nur vom Richter, sondern auch von der Wissenschaft durch die Erkenntnis der Grenzen menschlichen Bemühens bestimmt. Die an sich durchaus vorhandene Skepsis kann vor allem in der Strafrechtspflege zu einer zurückhaltenden Vorsicht, aber auch zu einer zu frühen Selbstberuhigung führen. Der eine Richter belastet mit dem Unsicherheitsrisiko sich selbst und sein Urteil, indem er mit äußerster Vorsicht die Beweisaufnahme und die Beweiswürdigung durchführt¹², der andere hält eine gewisse Risikobelastung des Angeklag-

¹¹ Das Schrifttum zur freien Beweiswürdigung ist in *meinem* Lehrbuch (Fn. 2), S. 270 angeführt; zur Problematik ausführlich dort S. 281 ff., 603, 612 ff.

¹² Allerdings kann er dann erleben, daß das Urteil in der Revisionsinstanz aufgehoben wird. Das geschieht mit der Begründung, der Richter habe allgemeine theoretische Zweifel

ten um der Aufrechterhaltung der Rechtsordnung und ihrer Funktionsnotwendigkeit willen für geboten. Dabei wirkt sich aus, was der Richter zur Bewältigung seiner Aufgaben gelernt hat und was für Erfahrungen er in seinem Amt und in seinem Leben gemacht hat. So stehen Richter mit verschiedenem Kenntnis- und Erfahrungsstand nebeneinander¹³. Der zur Abwicklung gebotene Kenntnisstand ist freilich nur bruchstückhaft. Der notwendigen Rechtsausbildung steht ein auffallender Mangel an Bildung in den die Aufklärung betreffenden Realien, vor allem auf dem Gebiet der Kriminalistik und der Aussagepsychologie¹⁴ gegenüber. Die vorhandene Lücke wird durch persönliche Meinungen, Eindrücke, Überzeugungen und Erfahrungen ausgefüllt. Ein großes Teilgebiet strafprozessualer Verwirklichung liegt damit im Subjektiven. Ob aber die Meinungen und Überzeugungen hinreichend abgesichert sind, bleibt eine offene Frage. Auch die Berufung auf die gewonnenen Erfahrungen¹⁵ läßt die Antwort offen, ob diese objektiv zutreffend sind, ob sie nicht vielmehr der objektiven Kontrolle bedürfen. Zudem ist die Berufung auf die Erfahrung auch deswegen fragwürdig, weil in der Strafrechtspflege auch Berufsrichter ohne Erfahrungen oder doch mit nur begrenzten Erfahrungen in Strafverfahren tätig sind¹⁶. Aber selbst, wo hinreichende Erfahrungen gewonnen sind, bleibt es offen, ob gerade der konkrete Vorgang erfahrungsgemäß abgelaufen ist¹⁷. Die Erfahrung, daß ein Angeklagter oft die Unwahrheit sagt, daß der Verteidiger nicht selten

bei der Überzeugungsbildung angewandt. Er habe zu hohe Anforderungen an die Überzeugungsbildung gestellt. Einzelheiten zur Problematik der Überzeugungsbildung beim Freispruch bei *Löwe-Rosenberg* (künftig abgekürzt: LR)-*Meyer*, StPO, 23. Aufl., 1978, § 337 Rdn. 116. Zum einen Fall der Überzeugungsbildung bei Freispruch vgl. *meine* Besprechung JR 1977, 81.

¹³ Darin liegt ein wesentlicher Grund für die in *meinem* Buch: Justiz als Schicksal, 1979, sichtbar gemachte Problematik der Zufälligkeit des Ausgangs von Prozessen im Bereich objektiv unsicheren Sachverhalts.

¹⁴ Zu den Ausbildungsproblemen habe ich eingehend in: Fehlerquellen im Strafprozeß, Bd. II, 1972, 331 ff. mit Vorschlägen Stellung genommen; neuerdings auch im Lehrbuch (Fn. 2), S. 47, 281, 283, 384; kritisch auch *Bender/Roder/Nack*, Tatsachenfeststellung vor Gericht Bd. I, Vorwort S. I: „Geschehen ist bis heute ... in der psychologischen Ausbildung der Richter nichts.“

¹⁵ Mit Recht meint *Bender* (Fn. 14), S. VI „Und mit der Berufserfahrung ist es so eine Sache“.

¹⁶ Damit gewinnt der „erfahrene“ Richter, wohl in der Regel der Vorsitzende, ein ihm nicht zustehendes Übergewicht gegenüber den weniger oder unerfahrenen Richtern. Das bedeutet jedenfalls hinsichtlich der Berufsrichter eine grundsätzliche Ungleichheit, an der sich in der Justiz offenbar niemand stört. Damit wird die Frage des gesetzlichen Richters berührt. Eine mit mehreren Richtern besetzte Strafkammer erfüllt ihren Sinn nur, wenn alle Berufsrichter die „Erfahrungen“, die zur Amtsausübung nötig sind, haben.

¹⁷ Hier ergibt sich ein seltsamer Widerspruch. Die Beweisregeln, denen allgemeine Erfahrungen vieler Jahrhunderte zugrunde liegen, werden ersetzt durch die persönlichen Erfahrungen des Richters, die im Grunde genommen, selbst zu Beweisregeln werden.

einseitig verfährt, daß Verwandte und Freunde zugunsten des Angeklagten falsch oder doch abmildernd aussagen, verdrängen die Vorstellung, daß es im Einzelfall umgekehrt sein kann. Der sicherlich seltenere aber keineswegs so seltene Fall, daß Geständnisse falsch sind, daß Zeugen, die einen guten Eindruck machen, zuungunsten eines Angeklagten lügen, daß Sachverständige sich zuungunsten des Angeklagten irren, daß vorgelegte Urkunden verfälscht sind oder doch fälschlich ausgelegt werden, wird durch angebliche Erfahrungen oder den gewonnenen Eindruck¹⁸ falsch beurteilt. Die Erfahrungen sind eben nicht ausreichend. Nicht hinreichend sind die Grundlagenkenntnisse, die Zweifel zu begründen. Was in solchen Fällen Verteidiger und Angeklagter, unter Umständen sogar anerkannte Sachverständige, dem richterlichen Vorstellungsbild zuwider dartun, berührt nicht die einmal gefaßte Meinung, die beim Richter zur in Wirklichkeit unbegründeten und unbegründbaren Gewißheit geworden ist.

Alles das wäre nicht so schlimm, wenn es nicht zu rechtsstaatlich nicht abgesicherten Beurteilungen und zu schwerwiegenden vermutlich oder gar eindeutig unrichtigen Entscheidungen führen würde. Daß dem so ist, läßt sich an durchgeführten Wiederaufnahmeverfahren nur begrenzt erkennen, weil die fehlerhaften Ergebnisse der freien Beweiswürdigung als solche keinen Wiederaufnahmegrund darstellen¹⁹. So sind auch bei solchen Fehlurteilen Wiederaufnahmeanträge, wenn sie überhaupt gestellt werden, von vornherein zum Scheitern verurteilt. Es wäre schon der Mühe wert, derartig gescheiterte oder erst gar nicht beantragte Wiederaufnahmeverfahren auf den Richtigkeitsgrad der Sachverhaltsfeststellungen zu untersuchen. Aber abgesehen davon, welche Beurteilung richtig ist oder nicht, muß verwundern, mit welcher Gelassenheit die Verschiedenheit der Bewertung von gleichen Sachverhalten und Beweislagen als unabwendbare schicksalhafte Folge der freien Beweiswürdigung hingenommen wird. Es seien nur folgende allgemein bekannte Tatsachen angeführt: Freispruchsantrag des Staatsanwalts wegen Nichtbeweisbarkeit der Schuld – Verurteilung durch das Gericht, verschiedene Sachverhaltsbewertungen in der ersten Instanz und in der Berufungsinstanz, verschiedene Beurteilung vor und nach dem aufgehenden Revisionsurteil²⁰, entgegengesetzte Beurteilung bei abgetrennten

¹⁸ Zur Problematik des Eindrucks vgl. *mein* Lehrbuch S. 380 f.

¹⁹ Wenn in den Tübinger Untersuchungen zu den Fehlerquellen im Strafprozeß nur durchgeführte Wiederaufnahmeverfahren ausgewertet worden sind, so geschah das deshalb, um zunächst einmal von einem allseitig, wenigstens prinzipiell als fragwürdig erkannten Urteilsmaterial auszugehen. Zum Problem richterlicher Überzeugungsbildung im Rahmen der durchgeführten Wiederaufnahmeverfahren vgl.: Fehlerquellen im Strafprozeß Bd. II, 1972, 230.

²⁰ Vgl. *Haddenborst*, Die Einwirkung der Verfahrensrüge auf die tatsächlichen Feststellungen im Strafverfahren, 1971.

Verfahren trotz der gleichen Prozeßlage²¹. Ich vermag das nicht als eine unumstößliche Verfahrensnotwendigkeit hinzunehmen. Es gibt Fälle genug, in dem mit hoher Wahrscheinlichkeit oder gar Sicherheit die Mängel der einen oder anderen Betrachtungsweise anhand kriminalistischer und psychologischer Erkenntnisse dargetan werden können²². Es gibt sehr betrübliche Fälle, in denen allen wissenschaftlich erkennbaren Vorsichtsregeln zum Trotz Verurteilungen erfolgen. Das beruht sowohl auf dem Mangel historischer Kenntnisse als auch auf der fehlenden kriminalistischen und psychologischen Unterrichtung.

An dem Gewißheitsurteil des Richters prallen allzu leicht Einwände der Verteidigung ab. Eine übliche Formel, mit der Einwände des Beschuldigten abgetan werden, ist die Verwendung eines in der früheren Rechtspflege ungebräuchlichen Wortes: „Schutzbehauptung“.

Niemand wird bestreiten, daß die Beweiswürdigung auch subjektive Momente enthält und enthalten muß. Zunächst muß aber erst einmal ein objektiver Unterbau begründet werden. Es ist schon recht bedrückend, wenn allen gegebenen oder fehlenden, doch zu erwartenden Umständen entgegen Wertungen, sei es beim Urteil, sei es vorher beim Haftbefehl, vorgenommen werden.

Das drängt zu der Frage, ob eigentlich der Staat die sachnotwendigen Voraussetzungen für eine einwandfreie Justizgewährung schafft. Ausbildungsfragen, Fragen der notwendigen Sachkenntnis und Fragen der Übertragung des Richteramtes sind eben nicht nur Organisationsprobleme. Die Revisionsgerichtsbarkeit wird trotz einiger aner kennenswerter Versuche des Übels nicht Herr²³.

²¹ Beispiel: Zwei in Sozietät arbeitende Rechtsanwälte werden teils in sich deckenden, teils in nicht gleichen Sachverhalten aber auf Grund der Aussagen zweier, übrigens häufig straffällig gewordener Ehepaare des Meineids, der Urkundenfälschung und der Beihilfe zu derartigen Delikten in zwei getrennten Verfahren abgeurteilt. Verfahrensverlauf: beide Verurteilungen werden durch den BGH aufgehoben. Die Sache gegen A wird wegen mangelnden Eröffnungsbeschlusses an das Landgericht X, die andere Sache an das benachbarte Landgericht Y zurückverwiesen. A wird erneut verurteilt. Das Gericht glaubt sich zwar nicht auf die Aussagen des einen Ehepaares stützen zu können, hält aber die Aussage des anderen Ehepaares für tragfähig. Das Gericht Y spricht den Rechtsanwalt B frei, weil es aus eingehend dargelegten Gründen beide Ehepaare für unglaubwürdig hält. Ergebnis: rechtskräftige Verurteilung des A zu einer hohen Freiheitsstrafe, rechtskräftiger Freispruch des B.

²² Auch hier wären empirische Untersuchungen sinnvoll.

²³ Immerhin kommen auch revisionsrichterliche Eingriffe in der Überzeugungsbildung vor. Vgl. Fezer, Die erweiterte Revision – Legitimierung der Rechtswirklichkeit? 1974. Einen Überblick über die keineswegs einheitliche Rechtsprechung bringt mein Lehrbuch (Fn. 2), S. 612 ff. Daß die Problematik der Überzeugungsbildung in neuerer Zeit von dem Bundesgerichtshof immer stärker empfunden wird, läßt sich an den Zeitschriften-Jahrgängen 1981 deutlich erkennen. Vgl. Strafverteidiger 1981, 55: ungenügende Identifizierung eines Angeklagten aus einem älteren Lichtbild – eine wichtige m.E. gegensätzliche

2. Prozessuelle Fragen

Justizgewährung kann auch dadurch beeinträchtigt werden, daß den Beschuldigten begünstigende Formvorschriften eng, jedoch Vorschriften, die der Justiz zugute kommen, weit ausgelegt werden. Daß derartige Vorkommnisse nicht nur in der Phantasie eines Fälle bildenden Theoretikers sich abspielen, sei an Hand der gerichtlichen Praxis näher dargetan.

a) § 304 Abs. 1 StPO läßt die Beschwerde gegen Entscheidungen des Gerichts zu, „soweit sie nicht ausdrücklich einer Anfechtung entzogen sind“. Entgegen diesem klaren Wortlaut hat BGHSt. 10, 91²⁴ die Beschwerde auch dort ausgeschlossen, wo es an einer gesetzlichen Ausschlußvorschrift fehlt²⁵. Dieser Ausschluß bedient sich des Analogieverfahrens. Die Beschwerde soll auch dann ausgeschlossen sein, „wenn Sinn und Zweck der Entscheidung einer Anfechtung von vornherein entgegenstehen“. Auf diese Weise wird eine eindeutige Gesetzesvorschrift durch eine einen Beurteilungsspielraum gewährende Auslegung eingeschränkt. Damit werden Interessen des Beschuldigten durch Richterrecht berührt. Das läßt sich an § 154 Abs. 2 StPO darlegen. Durch den Ausschluß von Tatteilen, sei es real- oder idealkonkurrierenden Teilen, können nicht nachweisbare Vorgänge der strengen Beweisführung in der Hauptverhandlung entzogen werden. Das wiederum kann zur Erschwerung einer Entlastung führen. Das ist der Fall, wenn in dem oder den eingestellten Teilen mit einem Freispruch zu rechnen ist, der sich wegen des Zusammenhangs auf den weiterverfolgten Teil auswirken müßte. Beispiele dafür habe ich in der Besprechung des Beschlusses des OLG Bamberg²⁶ gebracht. Es ist keineswegs richtig zu nennen, daß die Einstellung nach § 154 Abs. 2 StPO für den Angeklagten keine Be-

Entscheidung zu BGHSt. 29, 18 = JR 1980, 168 mit Bespr. von *mir* -, S. 114: lückenhafte Beweiswürdigung bei der Identifizierung eines Täters, S. 169: unzulängliche Identifizierung eines Täters, S. 221: unzulängliche Feststellung des Tötungsvorsatzes, S. 222: unzulässiger Schluß aus einer nicht angeklagten, unbewiesenen Tat, S. 508: unzulängliche Gesamtwürdigung bei einem Tötungsvorgang, S. 605: Nichthaltbarkeit eines angewandten Erfahrungssatzes. Vgl. ferner NStZ 1981, 33 = JR 1981, 304 mit Bespr. von *mir* (Überzeugungsbildung aufgrund mehrerer Wahlmöglichkeiten).

Für das angeschnittene Thema spielt auch das Problem eigener richterlicher Sachkunde eine Rolle. Dazu (eigene Entscheidung über die Schuldfähigkeit) die das tatrichterliche Urteil aufhebenden Entscheidungen: Strafverteidiger 1981, 271, 605.

Ob es aber in der Revisionsinstanz so verläuft wie in den angeführten Entscheidungen, ist eine durchaus offene Frage. Es lassen sich zahlreiche Gegenbeispiele anführen.

²⁴ Sich ihm anschließend die Praxis der Oberlandesgerichte, jüngst noch OLG Bamberg, Strafverteidiger, 1981, 402 mit eingehender Besprechung von *mir* S. 411.

²⁵ Vgl. LR-Gollwitzer (Fn. 12), § 304 Rdn. 25; *Kleinknecht*, StPO 34. Aufl., 1981, § 304 Rdn. 6.

²⁶ Strafverteidiger, 1981, 411.

schwer bedeuten könne^{27, 28}. Die Prüfung der Frage, ob eine Beschwerde vorliegt, ist aber nur möglich, wenn die Beschwerde dem klaren Wortlaut des Gesetzes entsprechend zugelassen wird. Die Erweiterung der die Beschwerde ausschließenden Fälle führt über § 336 S. 2 StPO zu einer Einengung der Revision.

Der Bundesgerichtshof hat in zwei neueren Entscheidungen Beschwerden gegen Oberlandesgerichtsentscheidungen für unzulässig gehalten, da der Beschwerdegrund außerhalb der in § 304 Abs. 4 Satz 2 angeführten Voraussetzungen lag²⁹. Beide Entscheidungen sind richtig. Den Umfang der Nachprüfung bestimmt das Gesetz. Es ist allein dafür zuständig, den Raum der Justizgewährung zu bestimmen, sofern es sich um den Raum handelt, der dem Ermessen des Gesetzgebers unterliegt. Ebenso wenig wie die Zulässigkeit eines Rechtsmittels durch die Gerichte über den Wortlaut des Gesetzes ausgedehnt werden kann, ebenso wenig ist es erlaubt, die Zulässigkeit über das Gesetz hinaus einzuengen. Das Gesetz ist strikt anzuwenden.

b) Nach § 344 Abs. 2 StPO hat Beschwerdeführer bei der formellen Rüge „die den Mangel enthaltenen Tatsachen“ anzugeben. Während es bei der materiellrechtlichen Rüge weiß, was es zu prüfen hat, nämlich ob die aus dem Urteil erkennbaren Tatsachen den Rechtspruch nach materiellem Recht rechtfertigen, würde die formelle Rüge, deren Grundlagen in aller Regel aus dem Urteil des Tatrichters nicht zu erkennen sind, das Gericht völlig im dunklen lassen, welche Umstände es prüfen soll. Der Revisionsführer muß daher den Gegenstand der gewünschten Überprüfung

²⁷ Die hier abgelehnte Auffassung beruht auf einem für den abstrakt denkenden Juristen typischen Sezierungsdenken. Ihm liegt die Auffassung zugrunde, daß man ein Stück eines Zusammenhangs herauschneiden könne, ohne daß damit die Gesamtwürdigung beeinträchtigt werden könne. Vgl. den in Fn. 21 erörterten Rechtsanwaltsfall, in dem das zuletzt den RA A verurteilende Gericht glaubt, aus einer Gruppenaussage zwei Aussagen als unzuverlässig ausschließen zu können, ohne sich des inneren Zusammenhangs bewußt zu sein.

²⁸ OLG Bamberg in der zit. Entscheidung (Fn. 24) glaubt generell eine Beschwerde dadurch ausschließen zu können, daß es der Einstellung nach § 154 Abs. 2 StPO die Vermutung der Unschuld zuschreibt. Trotz Kenntnis dieser Entscheidung hat sich OLG München v. 17. 7. 1981 – 1 Ws 76/81 – auf die lapidare Feststellung beschränkt, daß mit der vorläufigen Einstellung nur von der Verfolgung abgesehen worden ist, ohne daß damit feststeht, daß der Verurteilte den Diebstahl (der Quittung) nicht begangen hat. Auf die Entscheidung des OLG Bamberg geht das OLG München in keinem Wort ein. Von dem Diebstahl der Quittung hing in dem konkreten Fall die Möglichkeit der Annahme der Veruntreuung eines angeblich dem Angeklagten übergebenen Geldbetrags ab.

Stellt man die beiden Entscheidungen (OLG Bamberg, OLG München) einander gegenüber, so sind beide mit entgegengesetzter Begründung zum nachteiligen Ergebnis des jeweils Betroffenen gekommen.

²⁹ BGHSt. 30, 32 = JR 1981, 306 mit Besprechung von *mir*; Strafverteidiger 1981, 510.

fung kennzeichnen. Geschieht das hinreichend, so ist dem Begründungserfordernis entsprochen.

Jede Überdehnung der an sich schon strengen Formerfordernisse bei der Revisionsbegründung durch richterliche Auslegung geht auf Kosten des Angeklagten, der auf die Zuverlässigkeit seines Verteidigers, erst recht des ihm gestellten Pflichtverteidigers, angewiesen ist. Eine Erschwerung der gesetzlichen Formen durch Richterrecht macht den betroffenen Laien zum Spielball der Juristen. Zu denken sollte die Äußerung von Hans *Dahs* geben: „Die Materie ist so speziell und verzwickelt, daß nach Äußerungen der Revisionsgerichte selbst allgemeine tüchtige und namhafte Anwälte versagen. Das liegt in erster Linie an der außerordentlichen *Strenge der Formvorschriften* und ihrer Auslegung in der Rechtsprechung“³⁰. Dieser sicherlich über die Problematik des § 344 Abs.2 StPO hinausgehende Satz macht eine bedrückende Tatsache deutlich. Das ohnehin schwierige gesetzliche Revisionsrecht wird durch die richterliche Auslegung noch schwieriger. Das Ergebnis ist geradezu sinnlos, wenn selbst tüchtige und namhafte Verteidiger mit der Materie nicht mehr fertig werden³¹. Sicherlich sind Formen unentbehrlich³². Sie müssen aber auf das Notwendige und vom Durchschnittsjuristen leistbare beschränkt bleiben und dürfen vom Richter nicht überdehnt werden.

Wie der BGH in zwei ähnlich gelagerten Fällen den § 344 Abs.2 einmal überdehnt, ein andermal „entgegenkommend“ auslegt, sei an zwei Entscheidungen dargelegt. In dem Urteil des BGH vom 6.2.1980 (BGHSt. 29, 303 = JR 1980, 520 mit Bespr. von mir) wurde eine formelle Revisionsrüge behandelt, die sich darauf beschränkte auszuführen, „daß die Frist von fünf Wochen zur Abgabe des Urteils zu den Akten nicht eingehalten“ worden sei. Das Datum der Urteilsverkündung und des Ablaufs der Abgabefrist waren nicht angegeben worden. Der BGH sah in der Revisionsbegründung nur die Wiederholung des Gesetzes. Die Revision wurde als unzulässig verworfen. Dabei war klar, was der Revisionsführer beanstandete. Mit einem Blick in das Urteil wäre das Urteilsdatum von den Revisionsgerichten ebenso leicht festzustellen gewesen, wie der dem Urteil beigefügte Vermerk des Urkundenbeamten der Geschäftsstelle über den Abgabetermin.

³⁰ *Dahs/Dahs*, Handbuch des Strafverteidigers 4. Aufl., 1977, Rdn. 753.

³¹ Bei sehr beanspruchten Verteidigern kann ein Mangel in der Revisionsbegründung auf Überlastung beruhen. Soll für sie der Angeklagte „haften“?

³² Um dem übertriebenen Formalismus zu begegnen, schlägt der Diskussionsentwurf für ein Gesetz über die Rechtsmittel in Strafsachen, vorgelegt von der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Strafverfahrensreform“, 1975 in § 323 (Begründung S. 85) Formauflockerung vor. Dazu *mein* Gutachten zum 52. Deutschen Juristentag Wiesbaden, 1978, C 70. Mußvorschriften sind m.E. unverzichtbar. Nur müssen sie in einem angemessenen Rahmen bleiben, der vom Richter einzuhalten ist.

Dem entgegen ein anderer Strafsenat des BGH in seiner Entscheidung vom 17.9.1981 – Strafverteidiger 1982, 5, besprochen von mir –. Hier war die Revision darauf gestützt worden, daß das angefochtene Urteil nicht innerhalb der von § 268 Abs.2 StPO vorgeschriebenen Frist verkündet worden sei. Auch hier fehlten die Zeitangaben. Jedoch scheute sich dieser Senat nicht, durch einen Blick in die Akten den gerügten Mangel festzustellen. Die Revision wurde für zulässig erachtet und das angefochtene Urteil aufgehoben³³.

Eine Erweiterung der gesetzlichen Voraussetzungen halte ich für eine Verletzung der richterlichen Fürsorgepflicht und darüber hinaus für eine Beschränkung der Justizgewährung³⁴.

Wegen unzulässiger Begründung der Verfahrensrüge hat der BGH³⁵ die Revision des Angeklagten, durch die die Nichtbeziehung von Spurenakten trotz eines Beweis-(ermittlungs)antrags gerügt wurde, verworfen. Nach Ansicht des BGH hätte der Revisionsführer angeben müssen, aus welchen Tatsachen sich die Erforderlichkeit der Hinzuziehung der Akten ergebe. Der Jubilar hat in der Besprechung dieses Urteils durchaus zutreffend auf die Merkwürdigkeit dieser Begründung hingewiesen. Denn der Grund, weswegen der Revisionsführer diese Angaben nicht machen konnte, lag gerade in dem ablehnenden Beschluß der Strafkammer, der die nähere Angabe der Tatsachen unmöglich machte. Der Kern der Revision lag in der Aktenunvollständigkeit, ein Verfahrensmangel, der in sehr verschiedener Weise vorkommt: Fehlen von Vernehmungsniederschriften (Nürnberger Jugenddemonstrationsfall), Fehlen von staatsanwaltschaftlichen Zwischenverfügungen durch Herausnahme aus den Hauptakten und Übernahme zu den Handakten, Nichthinzuziehung von sachbezogenen Beiakten oder von personalbezogenen Beiakten (z. B. Ehescheidungsakten, Personalakten bei Beamten, Vollzugsakten) oder lückenhafte Wiederherstellung der Akten bei Aktenverlust oder Vorenthaltung bestimmter Aktenteile aus Geheimnisgründen (V-Mann-Problem). So verschieden die Problematik im einzelnen ist, immer tapen Gericht und Verteidigung im Dunklen. Sind die Akten für die Verteidigung nicht zugänglich, fehlt es an der Möglichkeit, den Revisionsmangel durch Tatsachen zu erhärten. Es wird ihr die

³³ Begrüßenswert auch OLG Hamburg NStZ 1981, 364.

³⁴ Eine ähnliche Beschränkung durch die Rechtsprechung findet im Klageerzwingungsverfahren statt. Hier wird der Anzeigende betroffen, der im Einzelfall freilich auch ein Verurteilter sein kann. Nach § 172 Abs.4 StPO muß der Antrag die Tatsachen und Beweismittel enthalten. Darüber hinaus verlangt die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte eine in sich geschlossene Darstellung. Bezugnahme auf die Ermittlungsakten und sonstige Beiakten werden für unzulässig erklärt. Der Antrag soll aus sich verständlich und beurteilbar sein (vgl. *Kleinknecht*, Fn. 25, § 172 Rdn. 26).

³⁵ Urteil v. 26.5.1981 – 1 StR 48/81 – BGHSt. 30, 131 = NJW 1981, 2267 = Strafverteidiger 1981, 500 m. Anm. *Dünnebier*.

wichtige Funktion der Verfahrens- und damit der Sachkontrolle genommen. Sofern ihr die Funktionsbeschränkung durch behördliches oder gar gerichtliches Verhalten auferlegt wird, fehlt es an dem verfahrensgewährten Justizschutz.

Die Entscheidung des BGH wird freilich verständlich, wenn man sich das Dilemma vorstellt, in dem sich bei der geschilderten Revisionsrüge die Revisionsrichter befinden. Auf der einen Seite besteht die Möglichkeit, daß die Heranziehung der Spurenakten Tatsachen erbringt, die infolge von Anhaltspunkten, die einen anderen als den vom Gericht festgestellten Tathergang nahelegen, die Zuverlässigkeit, wenn nicht gar die Richtigkeit und Gerechtigkeit des Urteils in Frage stellen. Auf der anderen Seite wiederum besteht die Möglichkeit, daß die Spurenakten für die Überzeugungsbildung völlig unergiebig sind. Im ersten Fall führt die Verwerfung der Revision zur Aufrechterhaltung eines möglicherweise unrichtigen Urteils. Im zweiten Fall führt die Aufhebung eines einwandfreien Urteils zur Wiederholung einer umfangreichen Beweisaufnahme, ohne daß sich am Ergebnis etwas ändert. Bei dieser Sachlage kann, sofern man, wie es mir richtig zu sein scheint, die Spurenakten infolge ihrer Tatverbundenheit als Teil der Prozeßakten ansieht³⁶, die Lösung vernünftigerweise nur in einer Zwischenentscheidung des Revisionsgerichts liegen. Durch diese ist dem Verteidiger die Einsicht in die Spurenakten, soweit sie nicht einem Dienstgeheimnis unterliegen (z. B. V-Mann), zu gewähren und eine Frist (Begründungsfrist von einem Monat entsprechend § 344 StPO) zur Ergänzung der Revisionsbegrün-

³⁶ Die Entscheidung des BGH – Strafverteidiger 1981, 500 – ist, worauf *Dünnebieber* (S. 504 f.) zutreffend hinweist, nicht überzeugend. Sie gibt im Gegenteil zu schwerwiegenden Bedenken Anlaß. Der Umfang der Aktenbestimmung und die Entscheidung über deren Erheblichkeit kann trotz aller – im übrigen keineswegs gesicherten – „Objektivität“ nicht der Staatsanwaltschaft, die nur die Rolle eines neben der Verteidigung stehenden Prozeßbeteiligten einnimmt, überlassen bleiben. Verwirrend ist auch die Verknüpfung des durch die Klageerhebung bestimmten Untersuchungsgegenstandes und des Aktenumfangs. Gefährlich ist die Ausklammerung der Spurenakten aus dem gegen den Angeklagten durchgeführten Verfahren auch deswegen, weil sich aus den Spurenakten wichtige Anhaltspunkte für die Täterschaft eines anderen ergeben können, die bei der Beweiswürdigung zugunsten des Angeklagten Zweifel an dessen Täterschaft bewirken können. Zu dem Problem der Spurenakten außer *Dünnebieber* in der genannten Urteilsbesprechung *Beulke*, Das Einsichtsrecht der Strafverteidiger in die polizeilichen Spurenakten, in dieser Festschrift, S. 285; *Burghardt*, Die aktenmäßige Behandlung kriminalpolizeilicher Ermittlungsvorgänge, Schriftenreihe des Bundeskriminalamts Wiesbaden, 1969, S. 164; *Kleinknecht* (Fn. 25), § 147 Rdn. 10; *Wasserburg*, NJW 1980, 2441; NSStZ 1981, 211; ferner *mein* Lehrbuch (Fn. 2), 218 f.; OLG Koblenz Beschl. vom 12. 3. 1981, NJW 1981, 1570 hält die Spurenakten jedenfalls dann für Bestandteil der Akten, wenn die Staatsanwaltschaft auf sie Bezug genommen hat; im übrigen läßt das OLG die Frage offen. Jedoch kann es auf den Zufall der Erwähnung der Spurenakten durch die Staatsanwaltschaft nicht ankommen. Vor allem kann sie die Spurenakten nicht erwähnen, wenn sie von ihrer Existenz keine Kenntnis oder sich um die Kenntnis nicht bemüht hat.