

# Auskunftsverweigerungsrecht

## des gefährdeten Zeugen

Dr. Ulrich Sommer, Rechtsanwalt in Köln

Strafverteidiger Forum, Heft 1, Januar 1998, S. 8-15

Vor 15 Jahren konnte noch Kollege Sven Thomas<sup>1</sup> die Figur des Zeugenbeistandes als exotische Erscheinungsform in deutschen Gerichtssälen beschreiben. Diese Einschätzung ist überholt. Auch wenn nach wie vor eine gesetzliche Regelung des Zeugenbeistands aussteht<sup>2</sup>, ist das Schutzbedürfnis der Zeugen heute um vieles ausgeprägter als zu den Zeiten, in denen das Bedürfnis nach anwaltlichem Schutz vom Bundesverfassungsgericht entdeckt wurde<sup>3</sup>.

Das erweiterte Gefahrenbewußtsein findet nicht zuletzt in veränderten Ermittlungs- und Beweisführungsstrukturen seine Rechtfertigung. Der V-Mann und ähnliche Figuren haben Hochkonjunktur. Immer mehr Beschuldigte werden auf das Glatteis des § 31 BtmG gelotst. Monate später finden sie sich wieder in den Wirren der nachfolgenden Gerichtsverfahren, in der Rolle des Zeugen preisgegeben einer für sie undurchschaubaren prozesssituation. Mehr gefährdet als geschützt fühlen sich diese Zeugen von der Justiz und wenden sich oft hilfesuchend an einen Anwalt. Ein Resultat des modernen Strafverfahrens ist diese neue Kategorie der Gefahr für Zeugen, die nicht von der dubiosen Mafia, sondern von der Strafjustiz selbst produziert wird.

Dieses Phänomen zeigt neuartige<sup>4</sup> Dimensionen eines alten Problems auf, das meine Themenstellung zum gefährdeten Zeugen erheblich erweitern würde. Dieser neue Typus der Gefahr bedarf sozial- und rechtswissenschaftlicher Aufarbeitung, die ich hier nicht leisten kann und soll. Hier wird möglicher-

weise der nächste Juristentag aktiv. Die Erwartenshaltung des Auditoriums aufgrund der Themenstellung zielt auf eine traditionellere und sehr viel engere Problematik ab, nämlich die Gefährdung des Zeugen dadurch, dass er aufgrund seiner Aussagepflicht gezwungen sein könnte, sich selbst in die Rolle des Beschuldigten zu manövrieren.

Daß diese Gefahr erkannt ist, zeigt die mehr als 100 Jahre alte Regelung des § 55 StPO. Dass sie auch gebannt ist, darf bezweifelt werden angesichts erbitterter Streitgespräche, die jeden Tag in deutschen Gerichtssälen geführt werden. Vieles ist nach wie vor ungeklärt. Das Alter des § 55 StPO steht in einem bemerkenswerten Gegensatz zu den Defiziten in der strukturellen Erfassung dieser Norm. Die - nicht im Übermaß bekannten - höchstrichterlichen Entscheidungen verböhnen sich noch weiter als gewohnt in die Sachverhaltsdetails des Einzelfalles, ohne den Anspruch zu erheben, eine Gesamtkonzeption dieser Regelung aufdecken zu wollen. Kommentare begnügen sich mehr denn je mit einer schlichten Auflistung dieser Entscheidungen. Aufsätze sind selten von einem dogmatischen Impetus durchdrungen.

Mir scheint es daher wert, noch einmal neu über die Fundamente dieser Vorschrift nachzudenken, um hierdurch klarere Lösungsansätze für die strittigen Diskussionen zu erarbeiten.

Das neue Nachdenken führt auch zu Zweifeln an scheinbar fest Gefügtem. Ein eherner Aus-

legungsgrundsatz zum Schutzzweck des § 55 StPO besagt, dass dieser die Gefahr einer **nachträglichen Verfolgung** des Zeugen ausschließen will<sup>5</sup>. Das Adjektiv nachträglich im Zusammenhang mit der Verfolgung erscheint in höchstrichterlichen Entscheidungen eher beiläufig<sup>6</sup>. Damit wird ein ungeschriebener zeitlicher Zusammenhang zwischen der Straftat, auf die sich ein Verdacht richten könnte, und einer sich hierauf beziehenden späteren Aussage hergestellt. Konsequenterweise stellte der BGH schon im Jahre 1958 fest:

*„Wenn es sich aber darum handelt, dass er (der Zeuge) eine strafbare Handlung überhaupt erst durch seine Aussage begehen könnte, ist § 55 StPO nicht anwendbar.“<sup>7</sup>*

Dem haben sich die Oberlandesgerichte Düsseldorf<sup>8</sup> und Zweibrücken<sup>9</sup> angeschlossen. Mit einem ergänzenden Begründungsansatz hat dem der Vorprüfungsausschuss des Bundesverfassungsgerichts seinen höchstrichterlichen Segen gegeben:

*„Dem Zeugen, der eine strafbare Handlung begangen hat, soll die seelische Zwangslage erspart bleiben, die sich für ihn ergeben würde, wenn er unter dem Druck der staatsbürgerlichen Aussagepflicht seine Verfehlung offenbaren und sich damit selbst der Gefahr einer nachträglichen Verfolgung durch den Strafrichter aussetzen müsste. . . Die Gefahr der Verfolgung muss sich also auf eine vor der Vernehmung begangene Tat beziehen.“<sup>10</sup>*

Die Fallkonstellationen betrafen regelmäßig Zeugen, die bereits rechtskräftig verurteilt waren. Sie sollten im Verfahren gegen mögliche Mittäter aussagen, wobei die Wiederholung ihrer früheren als widerlegt bewerteten Einlassung sie erkennbar in ein Aussagedelikt treiben würde. Dies sei ein allgemeines Risiko, meint die herrschende Lehre, das das Gesetz auch durch § 55 dem Zeugen nicht abnehmen will. Auch prinzipiell kritische Anmerkungen zu diesen Entscheidungen<sup>11</sup> kommentieren diese Auslegung beifällig, da ansonsten angeblich die Aussage- und Wahrheitspflicht des Zeugen ausgehöhlt oder zu-

mindest in das Belieben des Zeugen gestellt würde. Schwachen Protest erhebt Roxin<sup>12</sup>, der es für schwerlich zumutbar hält, dem Zeugen durch Wiederholung seiner Beschuldigteneinlassung eine zweite Strafverfolgung wegen Falschaussage aufzuzwingen. Kehr hat sich mit größerem Aufwand dem „Dilemma des Zeugen“<sup>13</sup> angenommen und dabei den weitergehenden Ausgangsfall gebildet, dass ein Zeuge aufgrund der besonderen Fallumstände sehr wohl weiß, dass das Gericht seine „wahrheitsgemäße“ Aussage nicht glauben wird und er praktisch sehenden Auges mit der Aussage in die Gefahr der eigenen Strafverfolgung gerät. Das Ergebnis der Untersuchung ist Resignation. Kehr beugt sich den allgemeinen Erwägungen und beschränkt sich auf Hilfslösungen über Notstandsregelungen.

Die Evidenz der nicht weiter begründeten Annahme der h. M. will nicht einleuchten. Die Autorität des Vorprüfungsausschusses des Bundesverfassungsgerichts zu dieser Frage scheint mir zumindest erschüttert, wenn zu lesen ist, dass § 55 StPO nur die Zwangslage desjenigen Zeugen regeln soll, „. . . der eine strafbare Handlung begangen hat.“ Schon in diesem Ausgangspunkt haben die hohen Richter die Regelung gründlich mißverstanden.

Der Wortlaut des Gesetzes scheint nicht im Mittelpunkt der Erwägungen gestanden zu haben. Nichts in der Gesetzesformulierung weist darauf hin, dass sich der Schutzzweck des § 55 StPO nur auf frühere Taten bezieht. Thematisiert wird vielmehr allein das Faktum, dass sich der Zeuge durch seine Aussage der Strafverfolgungsgefahr aussetzt.

Verkürzt wird die Problematik auch dadurch, dass sie allein anhand der möglichen Aussagedelikte diskutiert wird. Tatsächlich sind die Straftaten, die durch die Aussage selbst begangen werden könnten, sehr viel weitergehend. So können beispielsweise Geheimnisbrüche durch die Aussagepflicht erzwungen werden. Sind sie nicht in § 53 StPO geregelt, drohen Ermittlungsverfahren wegen Verstöße gegen das UWG oder wegen der Offenbarung von Dienst-, Steuer- oder Staatsgeheimnissen.

Komplexer wird die Situation, wenn diese Geheimnisse nur im Ausland geschützt sind<sup>14</sup>. Das StGB hält allein ein weites Mienefeld für den auskunftsfreudigen Zeugen bereit: Die falsche Verdächtigung, das Vortäuschen einer Straftat, die Begünstigung der Haupttat, Verleumdung und Beleidigungen können durch die Aussage selbst begangen werden. Daß die Abgabe von Werturteilen das klassische Gefährdungspotential des Zeugen darstellt, hat schon das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum Zeugenbeistand erwähnt<sup>15</sup>.

Die überkommene Lehre hat zur Konsequenz, dass ein Zeuge aussagen muss, selbst wenn der Angeklagte des Verfahrens bereits öffentlich im Vorfeld angekündigt hat, diesen Zeugen bei der erwarteten Aussage mit einer Anzeige wegen Verleumdung zu überziehen. Hat der Angeklagte - etwa wegen einer Aussage des Zeugen im Ermittlungsverfahren - eine solche Anzeige bereits erstattet und ist das Ermittlungsverfahren gegen den Zeugen noch während der Hauptverhandlung anhängig, dürfte sich der Zeuge auf sein Auskunftsverweigerungsrecht berufen. Diese Differenzierung der Verfolgungsfahr will mir nicht recht einleuchten.

Erfordert der Wortlaut des Gesetzes keine Beschränkung der Zeugenrechte, ist diese erst recht nicht vom Schutzzweck des § 55 geboten. Die Befreiung des Zeugen von der Auskunftspflicht soll die von der Rechtsordnung als unzumutbar eingestufte Situation vermeiden, in der der Zeuge selbst nur noch für ein staatliches Strafverfahren instrumentalisiert würde. Er würde zum bloßen Objekt, wenn er sich selbst zum Beweismittel in eigener Sache machen würde.

Die Zeugenpflicht darf nicht dazu führen, dass der Staat ein Ermittlungsverfahren gegen den Zeugen zu dessen Lasten gestaltet. Um wie vieles unwürdiger ist die Situation des Zeugen, wenn er in aller Öffentlichkeit gezwungen ist, durch sein eigenes Verhalten ein solches Verfahren erst auszulösen. Will man die Passivität in eigenen Ermittlungsverfahren in den

Rang eines Verfassungsrechts erheben, kann man auf der anderen Seite den staatlichen Zwang, ein derartiges Verfahren erst selbst zu produzieren, nicht dem allgemeinen Lebensrisiko zuordnen. Das Ausblenden der geschilderten Fälle aus dem Schutzbereich des § 55 StPO allein aufgrund des zeitlichen Verhältnisses Tat/Aussage halte ich daher für äußerst fragwürdig. Grundsätzlich ist m. E. auch der Zeuge zu schützen, der die Gefahr der Strafverfolgung wegen einer Tat eingeht, die erst durch die Zeugenaussage begründet wird.

Hierdurch ergeben sich sicherlich neue Fragestellungen, die hier nicht gelöst werden können. Eine jederzeitige Auskunftsverweigerung ist nicht die von mir befürwortete Konsequenz. Es bedarf im Einzelfall jeweils eines erweiterten Argumentationsaufwandes, um in bestimmten Fallkonstellationen zu Einschränkungen des § 55 StPO zu kommen. Vorstellbar ist, dass gerade die Gefahr der Begehung eines Aussagedelikts, die vornehmlich diskutiert wird, unter Berücksichtigung des Zusammenhangs zwischen dem Stellenwert des Aufklärungsinteresses im prozess einerseits und der insoweit lediglich flankierenden strafbewehrten Wahrheitspflicht andererseits ausnahmsweise irrelevant ist. Dies kann sich allerdings nur aus der Aufdeckung eines besonderen gesetzlichen Gesamtkonzepts ergeben, nicht aus dem schlichten zeitlichen Verhältnis zwischen Tat und Aussage.

Bereits diese erste Problemstellung zeigt, dass die Gefahren für den Zeugen sehr viel komplexer sind, als dies das gesetzgeberische Konzept der Strafprozeßordnung und die einschränkende Auslegung der Praxis ahnt. Zur Illustration sei eine völlig andere Problemkonstellation erwähnt, die in den jüngsten Jahren bereits mehrfach Gegenstand veröffentlichter Gerichtsentscheidungen war<sup>16</sup>. Der Leitsatz einer dieser Entscheidungen lautet:

*„Macht ein Zeuge von seiner Befugnis Gebrauch, sich während seiner Vernehmung in der Hauptverhandlung eines anwaltlichen Beistands zu bedienen, so steht ihm ein Auskunftsverweigerungsrecht auf Fragen zu, die*

*den Inhalt des mit seinem Anwalt geführten Beratungsgesprächs betreffen. Dazu gehören auch das Bestehen einer Honorarvereinbarung und die Höhe eines Honorars für den Beistand.“*

Der anwaltliche Zeugenbegleiter hätte keine Probleme, ein Schweigerecht zu begründen. Der Zeuge selbst ist allerdings nicht davor gefeit, - möglicherweise nach einer internen Diskussion mit seinem Anwalt über die Ausübung des Auskunftsverweigerungsrechts - über den Inhalt dieses Gesprächs befragt zu werden. Wenn Gerichte in diesem Fall dem Zeugen ein Auskunftsverweigerungsrecht zubilligen, ist dies eine sinnvolle Geste. Für die Anwendung des § 55 StPO gibt es jedoch nicht den geringsten Anhaltspunkt. Die Forderung nach weiteren positiv rechtlichen Grundlagen einer Auskunftsverweigerung muss erfolglos enden. Es verbleibt allenfalls der vom Bundesverfassungsgericht<sup>17</sup> aufgezeigte Weg, den Zeugniszwang durch verbürgte Grundrechte der Verfassung zu beschränken. In einer fallorientierten Abwägung zwischen den Belangen der Strafrechtspflege und den Geheimhaltungsinteressen des einzelnen versucht das Bundesverfassungsgericht, dem Zeugen die Persönlichkeit oder Intimsphäre verletzende Aussagen zu ersparen. Was über sein Tagebuch nicht in die Hauptverhandlung eingeführt werden darf, gilt erst recht für unmittelbare Aussagen des Tagebuch führenden Zeugen.

Das Bedürfnis einer erweiternden Diskussion hält an. Kritik an der aktuellen Rechtsunsicherheit<sup>18</sup> wird ebenso vorgebracht, wie Vorschläge für neue gesetzliche Regelungen. Nach Wolter soll beispielsweise ein neuer § 55 a StPO wie folgt lauten:

*„Jeder Zeuge kann das Zeugnis verweigern, soweit die Aussage für ihn selbst oder eine andere Person die Gefahr mit sich brächte, Informationen aus dem unantastbaren höchstpersönlichen Lebensbereich zu offenbaren.“<sup>19</sup>*

Die Diskussion um die Veränderung des Zeugenschutzes im zukünftigen Recht scheint

gerade erst begonnen zu haben. Das aktuelle Gesetz ist in seinem „klassischen“ Schutzbereich nicht minder diskussionswürdig.

Streit zur „**Gefahr der Strafverfolgung**“ herrscht nach meiner Beobachtung eher in Gerichtssälen als in literarischen Diskussionen. Der Regelungsgehalt des § 55 StPO scheint eindeutig, seine Anwendung im Einzelfall vollständig unaufklärbar. Trotz aller historischer Wurzeln des Problems gilt: Was der Richter nach welchen Kriterien zu entscheiden hat, ist bei näherer Betrachtung ein verblüffend ungeklärtes Problem.

Die frühe Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat eine sehr schlichte Vorstellung von dem, was im Gerichtssaal zu geschehen hat. Zur Streitfrage, ob die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung des Zeugen drohe, heißt es knapp schon im ersten Band<sup>20</sup>:

*„Hierüber entscheidet das Ermessen des Tatrichters.“*

Diese Entscheidung wird heute noch gerne von Richterseite zitiert. Einig sind sich die Revisionsrichter auch darüber, dass die tatsächliche Einschätzung des Richters nicht revisibel sein soll<sup>21</sup>.

Die Suche des rechtlich interessierten Zeugen nach Kriterien, wie dieses Ermessen ausgefüllt werden soll, ist mühselig. Zumindest ein negatives Kriterium hält die jüngere Rechtsprechung parat: „Bloße Vermutungen oder rein denktheoretische Möglichkeiten reichen für die Annahme der Gefahr einer Strafverfolgung im Sinne des § 55 StPO nicht aus“, heißt es in dem Leitsatz einer BGH Entscheidung aus dem Jahre 1994<sup>22</sup>. Ein weiteres negatives Kriterium hatte der BGH bereits in einer Entscheidung des 9. Bandes<sup>23</sup> gefunden: Kein Recht zur Auskunftsverweigerung soll dem Zeugen zustehen, wenn die Gefahr der Strafverfolgung zweifellos ausgeschlossen ist.

Der Umgang mit dem Zweifel läßt Zweifel aufkommen, wenn in einer Entscheidung des

Bundesgerichtshofs die Zubilligung des Auskunftsverweigerungsrechts durch das Landgericht unbeanstandet blieb, weil die Möglichkeit einer Strafverfolgung - mit den beschränkten Mitteln des Revisionsrechts - gerade nicht zweifellos ausgeschlossen gewesen sei<sup>24</sup>.

Wenn bei der Diskussion überhaupt positive Obersätze gebildet werden, verlangt die Rechtsprechung beispielsweise „erkennbare tatsächliche Anhaltspunkte“ für die Gefahr der Strafverfolgung<sup>25</sup> oder formuliert, dass eine derartige Gefahr „nicht fernliegend sein“ dürfe<sup>26</sup>.

Die Diskussionen in der Literatur machen die Prüfungskriterien kaum deutlicher. Ein „hinreichendes Maß an Wahrscheinlichkeit“<sup>27</sup> oder „zureichende tatsächliche Anhaltspunkte“<sup>28</sup> für die Strafverfolgung werden teilweise verlangt. Jedenfalls sollen an den „Grad der drohenden Gefahr . . . keine allzu hohen Anforderungen“ gestellt werden<sup>29</sup>.

Das Fazit wird den Zeugen nicht befriedigen. Wer im Zeugenstuhl sein Recht aus § 55 StPO sucht, hat es schwer, dies diskussionsweise mit Richtern durchzusetzen. Es scheint sich um ein „praktisches“ Problem zu handeln, das man lieber mit richterlicher Hemdsärmligkeit als mit wissenschaftlicher Finesse lösen will. So bleibt es häufig bei dem schlichten richterlichen Hinweis, man sehe keine zureichenden Anhaltspunkte für die vom Zeugen gemutmaßte Verfolgungsgefahr. Welcher interne Abwägungsprozeß diesem negativen Ergebnis zugrunde liegt, bleibt oft im Dunkeln.

Allein die persönliche Gewißheit eines Richters ist als irrationales Kriterium rechtsstaatlich nicht akzeptabel. Auch wenn die Entscheidung des Richters nur sehr begrenzt mit den Mitteln der Revision angreifbar ist - denkbar sind immerhin Beschwerdemöglichkeiten gegen Beugemittel -, darf der Begriff des Ermessens nicht den Weg für eine Willkürentscheidung ebnen. „Gefahr“ der Strafverfolgung stellt ein Rechtsbegriff dar<sup>30</sup>, den es nach rechtsstaatlichen Grundsätzen auszufüllen gilt.

Die gesamte Diskussion leidet an einer Unklarheit. Das Ausfüllen des Begriffs „Gefahr“ setzt eine Einschätzung, eine Prognose voraus. Um diese zu treffen, muss zuvor das Maß der Zuverlässigkeit bestimmt sein. Dieses ist nicht vorgegeben. Der Verdacht mit seinen verschiedenen Abstufungen des anfänglichen, hinreichenden oder dringenden Tatverdachts zeigt die denkbaren unterschiedlichen Qualitäten einer solchen Prognose auf. Eine vergleichbare Vorgabe fehlt beim § 55 StPO.

Lösungsansätze werden durch ein entscheidendes Defizit in den Diskussionen verdeckt: Nirgendwo wird deutlich, dass der Richter zwei Einschätzungen bei der Entscheidung über ein Auskunftsverweigerungsrecht zu treffen hat.

Die erste ist geläufig: Es ist zu entscheiden, ob aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen ein Ermittlungsverfahren gegen den Zeugen eingeleitet werden könnte. Hier kann unschwer auf die Kriterien des Anfangsverdachts zurückgegriffen werden. Grundlage dieser Prognose ist ein bestimmter Erkenntnisstand des Gerichts, der allerdings erst nach der Aussage des gefährdeten Zeugen eintreten wird.

Das Gericht hat seine Entscheidung vor der Aussage des Zeugen zu treffen - auf einer notwendigerweise verdünnten Erkenntnisbasis. Hier wird die zweite Prognose deutlich: Das Gericht hat sich der Frage zu stellen, wie wahrscheinlich es vor der Antwort des Zeugen ist, dass nach seiner Antwort ein gerichtlicher Erkenntnisstand besteht, der die Prognose einer Strafverfolgungsmöglichkeit rechtfertigt.

**Prognose 1 und Prognose 2 sind zu unterscheiden.**

**Prognose 1** ist griffig als **Anfangsverdacht** zu beschreiben. Sieht das Gericht in einem noch aufzudeckenden Sachverhalt genügend Anhaltspunkte für die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens, ist die erste Vorausset-

zung für die Anwendung des § 55 StPO gegeben.

Das ist fast h. M. Ausgerechnet bei Karl Peters finden wir im Lehrbuch den Satz:

*„Dagegen gewährt die Erwartung eines bloßen Ermittlungsverfahrens noch kein Aussageverweigerungsrecht.“<sup>31</sup>*

Dies ist eine allenfalls nach dem früheren Wortlaut des § 55 StPO, der von der Gefahr der „strafgerichtlichen Verfolgung“ sprach, einleuchtende Restriktion<sup>32</sup>. Es ist eine strafprozessuale Banalität, dass ein Ermittlungsverfahren dem in § 55 angeführten gerichtlichen Verfahren vorausgehen muss. Einmal in Gang gesetzt, läuft die Ermittlungsmaschinerie mit dem Ziel, die Möglichkeit dieses strafgerichtlichen Verfahrens auszuloten. Niemand anderes in Literatur und Rechtsprechung bezweifelt daher angesichts des aktuellen Gesetzestextes den Zweck des § 55 StPO, gerade das In-Gang-Setzen dieser Maschine durch die eigene Aussage zu verhindern.

Bei der Erfassung des drohenden Anfangsverdachts bietet sich somit ein Rückgriff auf die - bescheidenen - Erkenntnisse von Literatur und Rechtsprechung zum **§ 152 Abs. 2 StPO** an. Die vorsichtige Gesetzesformulierung der „zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkte“ nimmt beim Anfangsverdacht zahlreiche Ungewißheiten in Kauf. Die Zweifel an der Richtigkeit des Verdachts dürfen überwiegen, ohne dass der Anfangsverdacht entfällt<sup>33</sup>. Der Ausgang des Ermittlungsverfahrens liegt in einem dichten Nebel, der allerdings vom Gesetz akzeptiert wird. Notwendig ist lediglich die schlichte Möglichkeit, dass die Ermittlungen die Wahrscheinlichkeit eines Sachverhalts zutage fördern, der unter einen Tatbestand subsumiert werden kann. Von der späteren Prognose eines hinreichenden Tatverdachts der Anklage ist der Anfangsverdacht also nochmals deutlich abgeschichtet.

Für den Anfangsverdacht reicht der bloße Hinweis auf ein einziges von mehreren Tat-

bestandsmerkmalen. Ein minimaler tatsächlicher Anhaltspunkt in Verbindung mit theoretischem Weiterdenken in Richtung eines strafbaren Sachverhalts ist ausreichende Grundlage für das Ermitteln. Phantasien und Erfahrungssätze der Ermittlungsbehörden sind bei diesem Weiterdenken kaum Beschränkungen unterworfen. Die Grenze soll allenfalls da gezogen werden, wo die Polizei ohne den geringsten tatsächlichen Ansatz die Möglichkeit des gesamten strafbaren Sachverhalts lediglich auf kriminalistische Hypothesen stützt, also vom „Weiterdenken“ zum vollständigen Fabulieren übergeht.

Hier finden ergänzend Ideen der „Mosaiktheorie“ des Bundesgerichtshofs<sup>34</sup> ihren dogmatischen Platz. Ein mögliches strafbares Verhalten ist nicht nur dann gegeben, wenn Erkenntnisse unmittelbar ein Tatbestandsmerkmal betreffen könnten. Ausreichend sind Angaben, die mittelbar bezogen sind auf ein Teilstück in einem mosaikartigen Beweisgebäude gegen den Beschuldigten - bzw. den aktuellen Zeugen<sup>35</sup>. Um das altmodische Bild des Mosaiks zu aktualisieren: Schon einige wenige Puzzle-Teile sind ausreichend, um den Anfangsverdacht für das gesamte Tatbild zu begründen.

Mit dem Zeugen als Rechtssuchenden unmittelbar konfrontiert wird der Bundesgerichtshof zumeist als Beschwerdeinstanz gegen Beugeentscheidungen im Zusammenhang mit Verfahren zu § 129 a StGB. In einer solchen Entscheidung hat er die Mosaiktheorie begründet. Gegenstand des Strafverfahrens war ein inkriminierter Brief, dessen Empfänger wegen Verdachts des Vergehens nach § 129 a StGB inhaftiert war. Der Brief hatte folgenden Wortlaut: „Liebster C. ! Hast Du Dein letztes Angebot/Versprechen erfüllt? In der X. Zeitung haben wir von dem Molli-Anschlag auf die Y. Bank gelesen. Super!“ Den Zeugen wurde die Frage gestellt, ob sie den Brief kennen und ob sie ihn geschrieben hätten. Der Bundesgerichtshof führt aus, dass das Verfassen des Briefs zwar unmittelbar keine Straftat sei, die offensichtliche Identifizierung mit dem Brandanschlag allerdings den Schluß

zuliebe, dass terroristische Gewalttaten in Form von Sprengstoffanschlägen zur Durchsetzung politischer Ziele befürworten würden. Die Rückschlüsse auf Straftaten gemäß § 138 oder 129 a StGB drängen sich derart auf, dass die Begründung einer neuen Theorie anhand dieses Falles als aufwendig bezeichnet werden kann.

Mit der Bewertung des Anfangsverdachts wildert das Tatgericht im Terrain von Polizei und Staatsanwaltschaft. Nur die Ermittlungsbehörden haben Konsequenzen aus der Bejahung des Verdachts zu ziehen. Sieht man dort keinen Tatverdacht, könnte dies Einfluß auf die Entscheidung des Tatgerichts zu § 55 StPO nehmen.

Hier hat der BGH den Vorrang gerichtlicher Autorität in Anspruch genommen. In einer Entscheidung aus dem Jahre 1986<sup>36</sup> hatte der Generalbundesanwalt keinen Anlaß zur Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gesehen. Das hatte den BGH nicht daran gehindert, angesichts seiner eigenen Gefahrenanalyse dem Zeugen ein Auskunftsverweigerungsrecht zuzubilligen.

Die Divergenz in anderer Richtung ist demgegenüber erheblich. Auch wenn das Tatgericht selbst beim Zeugen keine Anhaltspunkte für die Einleitung eines Strafverfahrens sieht, hat es die bereits getroffene entgegengesetzte Entscheidung der Staatsanwaltschaft zu berücksichtigen. Das bereits eingeleitete Ermittlungsverfahren beweist, dass die diskutierte „Gefahr“ längst Realität geworden ist.

Erst recht muss das Tatgericht Entscheidungen anderer Gerichte respektieren, die den Zeugen zu seinem Vernehmungsgegenstand schon in die Rolle des Angeklagten gebracht haben. Der von der Justiz manipulierte Rollenwechsel des materiell Beschuldigten bleibt ein Problemfall des Strafprozesses. Bei der Frage des § 55 hat diese Situation immerhin den Vorteil der Klarheit.

Aufklärungsfreudige Richter verfolgen den Verlauf eines solchen Strafverfahrens gegen

den Zeugen mit besonderer Aufmerksamkeit. Sie haben die klare Vorgabe im Ohr, dass ein Auskunftsverweigerungsrecht nicht besteht, wenn die Strafverfolgung des Zeugen aus prozessualen oder materiellrechtlichen Gründen ausgeschlossen ist<sup>37</sup>. Ist beispielsweise mit Sicherheit Verjährung eingetreten oder besteht ein anderes nicht zu beseitigendes Verfahrenshindernis oder - und dies ist in der Praxis der häufigste Punkt - ist sein eigenes Strafverfahren bereits abgeschlossen, sieht sich der Zeuge einer schmerzhaften Situation gegenüber. Konnte er sich bislang schweigend oder u. U. lügend gegen Tatvorwürfe verteidigen, sind plötzlich alle ehernen Grundsätze der Selbstbeichtigungsfreiheit vergessen. Konfrontiert mit der geballten Staatsmacht wird der Zeuge gezwungen, eigenes Fehlverhalten zerknirscht einzugestehen.

Das Bild, das an psychischen Aufklärungszwang vergangener Tage der Inquisition erinnert, meint der Gesetzgeber hinnehmen zu müssen. Der Zeuge werde nur vor strafrechtlicher Ungemach geschützt, für die Lösung persönlicher Leidenssituationen fühlt sich die StPO hier nicht zuständig. Das Manko des Qualitätsverlusts der Aussage soll durch die aufmerksame freie Beweiswürdigung des Richters aufgefangen werden. Ein Vereidigungsverbot (§ 60 Nr. 2 StPO) ist die einzige Rücksichtnahme des Gesetzes auf das Zeugendilemma.

Wenn der Verteidiger des bisherigen Angeklagten diesem in der neuen Rolle des Zeugen helfen will, ist das rechtliche Argumentationsarsenal größer als mancher Richter glauben mag. Die Rechtskraft des abgeschlossenen Verfahrens ist keineswegs derart absolut, als dass jegliche zukünftige Gefahr der Strafverfolgung wegen derselben Tat ausgeschlossen ist.

Stets droht die Wiederaufnahme. Insbesondere der Freigesprochene kann sich durch ein nachträgliches Geständnis wieder in Bedrängnis bringen (§ 362 Nr. 4 StPO). Er hat praktisch ein lebenslanges Schweigerecht. Die Rechtskraft eines Strafbefehls ist löchrig.

Das Vergehen ist zwar abschließend behandelt. Drohen neue Bewertungen, die die Tat als Verbrechen erscheinen lassen, besteht die Gefahr der Wiederaufnahme (§ 373 a StPO).

Gleiches gilt für die Erledigung des Verfahrens nach § 153 a StPO. Die Erfüllung der Auflagen hindert nur die weitere Verfolgung wegen des Vergehens. Angesichts unklarer Verfahrenssituationen gibt die Einstellung gemäß § 154 Abs. 2 nur wenig Sicherheit gegen Wiederaufnahme. Jederzeit möglich ist die Wiederaufnahme nach § 154 Abs. 1 StPO, ebenso wie nach § 153 Abs. 1 und Abs. 2 StPO, ähnlich bei § 211 StPO oder § 45 JGG, erst recht nach § 170 Abs. 2 StPO. Unbeeindruckt von früheren Verfahren gegen sich selbst kann der Zeuge sich hier auf § 55 StPO berufen.

Lügen und Bestreiten des Zeugen im abgeschlossenen Strafverfahren gegen sich selbst haben u. U. andere Personen in verfahrensrechtliche Turbulenzen gebracht. Trotz Abschluß seines Verfahrens drohen dem Zeugen oft weitere Verfolgungen wegen des Verdachts der falschen Belastung<sup>38</sup>. Gleiches gilt, wenn der Zeuge in dieser Rolle bereits in anderen Straf- oder Zivilverfahren ausgesagt hat und ihm nun die Strafverfolgung wegen eines früheren Aussagedelikts droht.

Diesen typischen Konstellationen hat eine BGH-Entscheidung aus dem Jahre 1991<sup>39</sup> eine komplexere Variante hinzugefügt:

Der jetzige Zeuge war in einem früheren Verfahren selbst wegen Verstoßes gegen das Betäubungsmittelgesetz beschuldigt worden. Er sollte von einem N. Drogen bezogen haben. Er bestritt, N. jemals gesehen zu haben. Ihm wurde nicht geglaubt, und er wurde rechtskräftig verurteilt. Nunmehr findet sich der Zeuge in einer neuen Rolle in dem Strafverfahren gegen N. wieder. Zwischenzeitlich war ein weiteres Ermittlungsverfahren gegen den Zeugen eingeleitet worden, in dem ihm zwar eine andere, zeitlich spätere Tat vorgeworfen wurde. Praktisch sollte es sich allerdings um einen vergleichbaren Drogenkauf des Zeugen von N. handeln. In diesem noch anhängigen

Verfahren wegen der neuen Tat läßt sich der Zeuge in seiner Beschuldigtenrolle wieder dahingehend ein, er habe den N. nie gesehen.

*„Diese Einlassung würde der Zeuge in Frage stellen, wenn er eine Mitwirkung an der dem Angeklagten N. im hier anhängigen Verfahren angelasteten Betäubungsmittelstraftat einräumen würde. Für die Anwendung des § 55 Abs. 1 StPO genügt es jedoch, wenn der Zeuge über Fragen Auskunft geben müßte, die den Verdacht gegen ihn mittelbar begründen, sei es auch nur als Teilstück in einem mosaikartig zusammengesetzten Beweisgebäude.“*

Der BGH bestätigt hier das Auskunftsverweigerungsrecht des Zeugen, der wegen derselben Tat rechtskräftig verurteilt wurde, im Hinblick auf den Vorwurf einer anderen Tat. Darüber hinaus macht der Fall klar, welche Bedeutung die Mosaiktheorie haben kann. Besteht bereits ein Tatverdacht gegen den Zeugen, ist er berechtigt, nicht nur zu Tatsachen zu schweigen, die unmittelbar für den Tatbestand der Strafnorm relevant sind. Er braucht auch keine Auskunft zu Indiz- und Hilfstatsachen zu geben. Er kann sogar schweigen, wenn es um nicht mehr oder weniger als seine eigene Glaubwürdigkeit als prozeßrelevante Tatsache geht.

Die Beispiele machen eines deutlich: Nicht allein die Beteiligung an der angeklagten Tat enthält das Gefährdungspotential für den Zeugen. Hier sind die Ideen des anwaltlichen Zeugenbeistands gefragt. Angesichts der enormen Produktion neuer Strafnormen durch den modernen Gesetzgeber hat er die Chance, auch an entlegenen Stellen fündig zu werden. Der Strafbarkeitsbereich ist mittlerweile eine ergiebige Terrain, um in der Praxis die Rückkopplung des Bestrafungswahns auf die prozessuale Aufklärungsmöglichkeit zu verdeutlichen.

Ich erinnere mich an einen Fall, in dem meine Mandantin bei einer Razzia völlig unbekleidet in einem Club angetroffen wurde. Die Polizei erbat von ihr Auskünfte über den allgemeinen Ablauf in dem bordellartigen Betrieb,

über deren Betreiber und Besucher. Auch wenn sie dort der Prostitution nachgegangen sei, wurde ihr bedeutet, müsse sie als Zeugin aussagen. Ihr Gewerbe sei schließlich nicht strafbar. Als Ausländerin hatte sie auch eine Arbeitserlaubnis. Meine Mandantin berief sich auf § 55 StPO und verbrachte eine Nacht bis zur Ankunft ihres Anwalts im Polizeigewahrsam. Ein Gespräch mit dem Staatsanwalt über die idealtypische Vorstellung des Gesetzgebers von der Prostituierten als unabhängige weisungsungebundene Unternehmerin führte endlich weiter: Die Arbeitserlaubnis im Paß war mit der üblichen Einschränkung verbunden, dass die Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit der zusätzlichen behördlichen Genehmigung bedürfe. Die Offenbarung einer von jedem Anstellungsverhältnis unberührten Prostitutionsausübung hätte meiner Mandantin ein Ordnungswidrigkeitenverfahren nach dem Ausländergesetz eingebracht. Sie wurde noch am gleichen Tag ohne eine Aussage aus der Erzwingungshaft entlassen.

Ausgangspunkt der hier angestellten Überlegungen ist die Erkenntnis, dass der Richter im Prozess zwei - in ihren Anforderungen unterschiedliche - Prognoseentscheidungen zu treffen hat. Die erste ist mit der Bewertung des Anfangsverdachts kurz skizziert. Noch um einiges problematischer ist in der Praxis die **zweite Prognose**. Wie gefährlich ist die Situation für den Zeugen vor seiner Antwort im Hinblick auf die Gefahr der Strafverfolgung? Die Gefahr einer Gefahr ist einzuschätzen.

Für diese Situation gilt es, mehrere Irrtümer auf der Richterseite aufzuklären.

*„Haben Sie dem angeklagten Mörder das Messer verkauft?“ wird der Zeuge vom Vorsitzenden befragt, und nicht selten wird er auch zur Aussage angehalten, da das Gericht sich - jedenfalls zunächst - nicht in der Lage sieht, eine konkrete Verfolgungsgefahr zu konstatieren. Dahinter steht die Überlegung, dass die wahrheitsgemäße Antwort eine verneinende sein könnte, die den Zeugen jeder Verdächtigung entheben würde.*

Dieser Irrtum läßt sich durch Lektüre eines reichsgerichtlichen Urteils aus dem Jahre 1904 beseitigen<sup>40</sup>:

*„Der Zeuge soll also nicht in den Konflikt gebracht werden, den seine Zeugnispflicht und die mit dieser begründete Verpflichtung zur Angabe der Wahrheit gegenüber seinem berechtigten Verlangen begründet, durch die Aussage kein Belastungsmaterial gegen sich selbst zu schaffen, aufgrund dessen er eine strafgerichtliche Verfolgung befürchten müßte. Dem Zeugen ist damit ein formelles Recht gewährleistet, diesem Konflikt aus dem Wege zu gehen. Soll dieses Recht nicht illusorisch gemacht werden, dann kann es nicht davon abhängen, welche Aussage des Zeugen, ob die Bejahung oder Verneinung der gestellten Frage, der Wahrheit entspricht.“*

1993 hatte der Bundesgerichtshof Anlaß gesehen, dies nochmals klarzustellen<sup>41</sup>:

*„Ist über die Berechtigung der nach § 55 StPO geschützten Auskunftsverweigerung zu entscheiden, muss die Möglichkeit einer Bejahung und einer Verneinung der an den Zeugen gerichteten Frage in gleicher Weise in Betracht gezogen werden. Bringt auch nur eine dieser Möglichkeiten den Zeugen . . . in die Gefahr einer Strafverfolgung, ist die Auskunftsverweigerung in der Regel berechtigt.“*

Es kommt auf die Frage und nicht auf die Antwort an<sup>42</sup>. Wer über die Rechte des Zeugen entscheidet, hat sich an dem weiten Feld zu orientieren, das durch die Frage eröffnet wird.

Obwohl damit alle denkbaren Antworten den Bereich des möglichen strafbaren Verhaltens sehr weit ziehen können, begegnen Richter dem Zeugen nach wie vor achselzuckend mit einer Attitüde der Hilflosigkeit. Man sehe auf der Richterbank nach wie vor leider nicht den geringsten Hinweis auf die in § 55 StPO beschriebene Gefahr. Solange man diese Gefahr nicht positiv feststellen könne, müsse der Zeuge aussagen. Selbst in BGH-Entscheidungen wurde dem Zeugen ein Auskunftsver-

weigerungsrecht versagt, weil z. B. der Bezug des Zeugen zur untersuchten Straftat „nicht zutage getreten“ sei<sup>43</sup> oder die von ihm selbst vorgebrachte mögliche Verstrickung in Straftaten angeblich „durch nichts belegt“ sei<sup>44</sup>.

Der Zeuge trifft hier auf ein Phänomen, das Verteidiger bei Verurteilungen oft genug den Urteilsgründen entnehmen können. Eine öde Phantasielosigkeit von Richtern gepaart mit einer fokussierten Blickrichtung, die neben der Anklageschilderung keine Sachverhaltsvarianten mehr für vorstellbar hält. Die Verdrängung ist in unserer Gesellschaft eine massenhaft praktizierte Strategie der psychischen Entlastung, die auch vor Richterbänken nicht halt macht. Wer nicht sucht, findet auch keine Anhaltspunkte für die Gefahr der Strafverfolgung. Dabei reichen schon schlichte Hinweise auf mögliche Verstrickungen des Zeugen aus, sei es aus den Akten, sei es aus der Hauptverhandlung<sup>45</sup>.

Das Risiko ist nicht zu verkennen, dass der Zeuge den Wettbewerb um die Suche nach potentiellen Gefährdungssachverhalten verliert. Muß er nun von der Phantasie zur Realität wechseln und dem Gericht seine Antwort zumindest andeuten? Ist er gezwungen, das erste Puzzle-Teil eines ihn selbst belasteten Beweisgebäudes dem Gericht zu offerieren?

Gerne wird dies mit der Pflicht des Zeugen begründet, gemäß § 56 StPO die der Verweigerung zugrundeliegenden Tatsachen glaubhaft zu machen. Hier hat allerdings die höchstrichterliche Rechtsprechung einen Riegel vorgeschoben, um der Aushöhlung des Schutzzwecks des § 55 StPO schon im Vorfeld zu begegnen.

„Einer **Glaubhaftmachung gemäß § 56 StPO** bedarf es nicht, da sie im vorliegenden Fall nur durch eine Selbstbelastung des Zeugen möglich wäre“, heißt es kurz und knapp in einer BGH-Entscheidung aus dem Jahre 1987<sup>46</sup>. Die Glaubhaftmachung ist nicht der Weg, sich vom Zeugen auch nur die geringste Andeutung eines Sachverhalts präsentieren zu lassen, der auf die Offenbarung eines den Tat-

verdacht auslösenden Geschehens hinauslaufen könnte<sup>47</sup>. Nicht einmal Fragen nach den Motiven für seine Weigerung muss der Zeuge beantworten<sup>48</sup>.

Trotz aller aufgezeigten Restriktionen ist das verbleibende Kollisionspotential enorm. Nicht nur in alltäglichen Entscheidungen deutscher Gerichte, sondern sogar in einigen BGH-Beschlüssen der letzten Jahre wird Zeugen die Berufung auf das Auskunftsverweigerungsrecht ausdrücklich verwehrt. Symptomatisch ist eine Entscheidung des BGH vom 24. 01. 1996<sup>49</sup>, in der im bekannten Umfeld einer terroristischen Vereinigung dem Zeugen Fragen nach dem Aufenthaltsort des Beschuldigten sowie bestimmten beschlagnahmten Gegenständen gestellt worden waren. Dabei ging der Senat davon aus, dass der Zeuge mit dem Beschuldigten in einer Wohngemeinschaft in derselben Wohnung gewohnt hatte, in der mehrfach eine Durchsuchung durch die Staatsanwaltschaft stattgefunden hatte, bei denen die nunmehr beschlagnahmten Gegenstände gefunden worden waren. Einen objektiven Bezug des Zeugen zu diesen Gegenständen konnte der Senat ebensowenig feststellen, wie einen engen persönlichen Kontakt zu dem Beschuldigten. 5 Monate Erzwingungshaft hielt man für eine angemessene Reaktion auf die unberechtigte Verweigerung der Zeugenaussage.

Wollte man dieser Entscheidung folgen, ließe sich nur ein düsteres Bild für den Zeugen zeichnen: Wenn zwar Berührungspunkte des Zeugen zu Tat und Täter bestehen, aber allein der Zeuge den strafrechtlichen Bezug in diesem Verhältnis aufdecken kann, wäre er zu dieser Aufdeckung gezwungen. Denn nur so könnte dem Gericht die Erkenntnismöglichkeit verschafft werden, die Berechtigung zur Verweigerung positiv festzustellen.

Dies ist unzumutbar. Die Ursachen für die kritikwürdigen Entscheidungen liegen m. E. in der begrenzten Sichtweise der Problemstellung selbst. Der Ausgangspunkt der Überlegungen ist falsch gewählt - so meine These -, wenn der Richter sich die Aufgabe stellt,

Gründe für die Gefahr der Strafverfolgung festzustellen, und seien es auch nur Ansatzpunkte hierfür. Die Struktur des § 55 StPO läßt hier keinen Raum für Aufklärung und Inquisition.

Über den Grund des Zeugenrechts ist man sich schon seit langem im klaren. In den Motiven zur Reichsstrafprozeßordnung des letzten Jahrhunderts heißt es:

*„Die Bestimmung, dass kein Zeuge eine Auskunft zu geben brauche, durch die er sich selbst einer strafbaren Handlung beschuldigen würde, ist das nothwendige Korrelat des Grundsatzes, dass ein Beschuldigter nicht zu einer Aussage wider sich selbst gezwungen werden dürfe.“*<sup>50</sup>

„No person . . . shall be compelled in any Criminal Case to be a witness against himself“, heißt es in der amerikanischen Verfassung.

§ 55 StPO ist nicht eine sekundär prozeßtechnische Norm, sie verbürgt vielmehr ein eminent wichtiges Schutzrecht. Der Stellenwert dieses Rechts stand in der Vergangenheit nicht im Mittelpunkt des wissenschaftlichen Interesses. Das hat sich spätestens seit der sogenannten Gemeinschuldner-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts<sup>51</sup> geändert<sup>52</sup>. Der lateinische Grundsatz „Nemo tenetur se ipsum accusare“ hat wieder den Weg aus den Hörsälen der Universitäten in die Gerichte gefunden und die traditionellen Wurzeln dieses Prinzip verdeutlicht<sup>53</sup>. Die Freiheit vor der Selbstbezeichnung, die Welzel noch als unantastbares „Naturrecht des Selbstschutzes“<sup>54</sup> beschrieb, ist nunmehr mit ihrem Grundrechtsbezug eindeutig lokalisiert<sup>55</sup>. Der Zwang zur Selbstbezeichnung berührt die Würde des Menschen. Das Schweigerecht schützt daher das Persönlichkeitsrecht und ist notwendiger Bestandteil eines rechtsstaatlich fairen Verfahrens. Der Bürger muss frei darüber entscheiden können, ob er als Werkzeug zur Überführung seiner selbst benutzt werden darf.

Der Bürger entscheidet, nicht der Richter!

Es ist die Selbstbezeichnungsfreiheit des Bürgers, die durch die prozessnorm geschützt wird. Solange die StPO nur mit dem formellen Beschuldigtenbegriff arbeitet, darf diese Freiheit nicht von der Zufälligkeit abhängen, ob der Bürger dem Staat in der Prozessrolle des Beschuldigten oder des Zeugen gegenübertritt<sup>56</sup>. Seit Jahrzehnten wiederholt sich diese Erkenntnis in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, zuletzt mit Pathos in der Entscheidung BGHSt 38, S. 302 vorgetragen, in der die selbstverständliche Konsequenz gezogen wurde, dass gegenüber dem Angeklagten keine nachteiligen Schlüsse aus einer früheren Auskunftsverweigerung als Zeuge gezogen werden dürfen.

Der hohe Stellenwert dieses Verfassungsrechts geht allerdings bei der strafprozessualen Umsetzung häufig verloren. Die dominierende Entscheidungsfreiheit des Bürgers ist auch dann nicht zweifelhaft, wenn ihm die Rolle des Zeugen zugedacht wird. „Jeder Zeuge kann . . . verweigern“, heißt es im Gesetz. Dieses „Können“ darf dem Zeugen nicht deswegen versagt werden, weil es dem Richter nicht gelingt, sich in die Situation des Zeugen zu versetzen. Der unterschiedliche Wissensstand ist gerade der Grund der Kollision, die § 55 StPO lösen will. Der Zeuge weiß besser als jeder Richter oder Staatsanwalt, ob er in Vorgänge verstrickt ist, die ihn belasten können<sup>57</sup>. Sieht allein er die Gefahr der Strafverfolgung, ist sein Schutzrecht tangiert.

Jeder Richter, der meint, er müsse im Rahmen des § 55 StPO Sachverhaltsaufklärung betreiben, um zwischen Schweigerecht und Aussagepflicht des Zeugen entscheiden zu können, verkennt die Tragweite des nemo-tenetur-Prinzips<sup>58</sup>. Es ist kein Raum für den Strafrichter, um zwischen Aufklärung und Zeugeninteresse abzuwägen. Das Gesetz hat diese Entscheidung bereits eindeutig zugunsten der Selbstbezeichnungsfreiheit getroffen.

Entscheidet sich der Angeklagte, sich nicht selbst zum Überführungsmittel zu machen

und zu schweigen, darf das Gericht diese Entscheidung nicht hinterfragen. Nichts anderes gebietet die Achtung vor der gleichgelagerten Entscheidung des Zeugen.

Wenn § 56 StPO mit der Möglichkeit der Glaubhaftmachung beim Zeugen einen Schritt weiter geht als beim Beschuldigten, wird allein dem Umstand Rechnung getragen, dass der Zeuge - im Gegensatz zur formell klaren Belastungssituation des Angeklagten - die Ausübung eines ihm nicht zustehenden Rechts mißbrauchen könnte, um seiner Zeugenpflicht zur Aussage zu entgehen. Die gesetzliche Strategie zur Minimierung eines solchen Mißbrauchs ist deutlich: Der Zeuge kann zu einer eidesstattlichen Versicherung angehalten werden. Über eine Bekräftigung der subjektiven Einschätzung des Zeugen hinaus sieht das Gesetz keine Maßnahmen der Aufklärung vor. Dem Grund für die Auskunftsverweigerung kommt das Gericht hierdurch nicht näher.

Das Gesetz spiegelt damit die grundgesetzliche Werteordnung wieder, für die ebenso wie bei der Unschuld die Redlichkeitsvermutung zugunsten des Bürgers konstitutiv ist<sup>59</sup>.

Daraus folgt: Wenn überhaupt eine Entscheidung des Gerichts im Rahmen der Auskunftsverweigerung zu treffen ist, dann die der positiven Feststellung der mißbräuchlichen Berufung des Zeugen auf sein Schweigerecht.

Die von mir als zweite Prognose bezeichnete Einschätzung des Gerichts ist somit keine eigenständige Beurteilung der Gefahr der Strafverfolgung. Vielmehr wird die autonome Entscheidung des Zeugen allenfalls auf den **möglichen Mißbrauch** hin kontrolliert.

Damit ist sicherlich nicht mehr als ein Ansatz gefunden. Ein Ansatz, der aber das Risiko von Fehlentscheidungen zu Lasten von Zeugen-Grundrechten sehr viel eher minimieren kann, als das ziellose richterliche Forschen nach Gefahrenpunkten. BGH-Formulierungen, wonach vom Zeugen vorgetragene Gefährdungsgesichtspunkte „durch nichts belegt“

seien, sind hiernach nicht mehr möglich. Nicht der Zeuge hat sein Recht zu belegen, das Gericht hat vielmehr den Nachweis des Mißbrauchs zu führen. Gelingt dies nicht, bleibt es bei der Redlichkeitsvermutung zugunsten des Zeugen.

Überholt ist hiernach auch der Ansatz, § 55 StPO könne nicht eingreifen, wenn lediglich „denktheoretische Möglichkeiten“ eine Strafverfolgung nahelegen. Denn immerhin impliziert die beschriebene Situation eine solche Möglichkeit. Deutlicher wird die Aufgabe des Gerichts formuliert, wenn ein Auskunftsverweigerungsrecht nicht beanstandet wird, weil die Gefahr einer Strafverfolgung nicht zweifellos ausgeschlossen werden kann.

Unter Berücksichtigung des ohnehin sehr weiten Beurteilungsgegenstandes der zweiten Prognose („Gefahr einer Gefahr“) ist bei diesem Ausgangspunkt der Fragestellung nur in Ausnahmefällen vorstellbar, dass die Entscheidung des Zeugen keine Beachtung findet. Ein Mißbrauch sollte jedenfalls immer dann ausgeschlossen sein, wenn bei typischen Sachverhaltskonstellationen die Verstrickung in ein strafbares Geschehen nicht fernliegend ist.

Bei dem Zeugen, der mit einem Mitglied der RAF längere Zeit in einer Wohngemeinschaft zusammengelebt und dabei drei Durchsuchungen erlebt hat, kann angesichts der Weite des Tatbestandes des § 129 a StGB und der kriminalistischen Erfahrung bezüglich der sozialen Hintergründe von Mitgliedern der RAF nur eine gehörige Portion Naivität zu der Erkenntnis führen, Fragen zu dem beschuldigten RAF-Mitglied würden nicht die geringste Selbstbelastungstendenz zur Folge haben. Hätte der BGH in dem von mir kritisierten Beschluß nur nach dem Mißbrauch gesucht, wäre seine Entscheidung wahrscheinlich anders ausgefallen.

Ein anderes Beispiel: Bei einer Polizeikontrolle wird unter dem Fahrersitz eines Pkw Rauschgift im Kilobereich entdeckt. Allein die Anwesenheit des Beifahrers macht die-

sen nicht zum Mittäter. Selbst wenn der Fahrer den Rauschgifttransport in sein Alleinwissen stellt, muss sich der Beifahrer als Zeuge unbeanstandet auf ein Auskunftsverweigerungsrecht berufen können. Wenn kriminalistische Erfahrung seine Tatbeteiligung nicht unwahrscheinlich erscheinen läßt, ist der Mißbrauch nicht belegbar.

Ich hoffe, ich habe die Gelegenheit heute nicht mißbraucht, um die anwesenden Praktiker des Strafprozesses mit allzu theoretischen Erwägungen zu quälen. Der Ausflug zu den Wurzeln der gesetzlichen Regelung war allein von dem Bedürfnis getragen, endlich ein wenig mehr Klarheit und Berechenbarkeit bei der Behandlung des gefährdeten Zeugen zu schaffen. Das Ergebnis kann im Einzelfall den Strafverteidiger nicht glücklich machen, dem ein mögliches Entlastungsmoment in der Hauptverhandlung genommen wird. Trotz taktischer Nachteile sollte er der Entscheidung des Zeugen den Respekt nicht versagen. Wir Verteidiger haben immer für uns in Anspruch genommen, gegen jede Instrumentalisierung und damit gegen jede Entwürdigung von Menschen durch die Staatsmacht anzugehen. Dies gilt auch für Menschen, die im Prozess zu Zeugen gemacht werden.

- 1 Thomas, Der Zeugenbeistand im Strafprozeß, NStZ 1982, 489ff., 493
- 2 Einen Überblick über den aktuellen Diskussionsstand gibt Lüdeke, Der Zeugenbeistand, 321 Seiten, 1995
- 3 BVerfGE 38, 105 ff, Beschluß vom 08.10.1974
- 4 Zu früheren umfassenden Diskussionen des allgemeinen Zeugenschutzes s. z.B. Böttcher, Der Schutz der Persönlichkeit des Zeugen im Strafverfahren, in Kleinknecht-Festschrift, S. 25ff.; Krehl, Der Schutz von Zeugen im Strafverfahren, in GA 1990, S. 555ff
- 5 s. Fezer, Strafprozeßrecht II, 2. Auflage 1995, Fall 15, Rand-Nr. 31
- 6 BGHSt 9, 36
- 7 BGH bei Dallinger, MDR 58
- 8 Strafverteidiger 1982, S. 344
- 9 NJW 1995, S. 1301
- 10 BVerfG (Vorprüfungsausschuß) NStZ 1985, S. 277
- 11 s. Prittwitz, Strafverteidiger 1982, S. 344 f
- 12 Strafverfahrensrecht, 24. Auflage 1995 Rand-Nr. 31
- 13 NStZ 1997, S. 160 ff
- 14 s. Odenthal, NStZ 1993, S. 52 f
- 15 BVerfGE, 38, 105, 117
- 16 OLG Düsseldorf, Strafverteidiger 1991, S. 150; LG Lübeck, Strafverteidiger 1993, S. 516; LG Berlin, Strafverteidiger 1994, S. 533
- 17 BVerfGE 33, S. 374 f
- 18 s. z. B. Fezer, Fall 15 Rand-Nr. 40
- 19 Wolter, Nicht Verdächtige und Zufallsfunde im modernen Strafverfahren, in: Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts, 1995, S. 71 f
- 20 BGHSt 1, 39 f
- 21 BGHSt 10, 105; BGHR StPO § 55 Abs. 1, Auskunftsverweigerung 2
- 22 BGH Strafverteidiger 1994, S. 524 f
- 23 BGHSt 9, 34, 35
- 24 BGHR, StPO § 55 Abs. 1, Auskunftsverweigerung 2; s. auch die unveröffentlichte Entscheidung des OLG Köln 2 Ws 193/89, in der ein Auskunftsverweigerungsrecht für den Fall zugebilligt wurde, „daß die Verfolgungsgefahr nicht zweifellos ausgeschlossen werden kann“
- 25 BGH Strafverteidiger 1994, S. 524
- 26 OLG Celle, Strafverteidiger 1988, S. 99
- 27 Pelchen in Karlsruher Kommentar, § 56 Rand-Nr. 2
- 28 Geerds in: Stock-Festschrift, 1966, S. 175
- 29 Dingeldey, Das Prinzip der Aussagefreiheit, JA 1984, S. 407, 410
- 30 Geerds, in: Stock-Festschrift, S. 175
- 31 Karl Peters, Strafprozeß, 4. Auflage 1985, S. 353
- 32 s. Geerds, Stock-Festschrift, S. 176
- 33 Rieß in Löwe-Rosenberg, StPO, 24. Auflage, § 152 Rand-Nr. 23

- 34 BGHSt 1987, S. 328; BGHR § 55 Abs. 1  
Auskunftsverweigerung 4
- 35 Der Hinweis auf eine Indizsache ist ausreichend,  
s. Rieß in Löwe-Rosenberg, § 152 Rand-Nr. 25
- 36 BGH Strafverteidiger 1986, S.285 f.
- 37 s. Dahs in: Löwe-Rosenberg, StPO, 24. Aufl., § 55  
Rdnr. 9 m.w.N.
- 38 s. z. B. BGHR StPO § 55 Abs. 1, Auskunftsverwei-  
gerung 2
- 39 BGHR StPO, § 55 Abs. 1, Verfolgung 1
- 40 RGSt 36, 114, 116, 117
- 41 BGHR StPO § 55 Abs. 1, Auskunftsverweigerung 3
- 42 s. hierzu ausführlich Christian Richter II,  
Auskunft über die Verweigerung, Strafverteidiger  
1996, S. 457 ff
- 43 BGHR StPO § 55 Abs. 1, Auskunftsverweigerung 6,  
Beschluß vom 04.01.1996
- 44 BGHR StPO § 55 Abs. 1, Verfolgung 2, Beschluß  
vom 25.03.1994
- 45 Wie selbstverständlich hatte der BGH (Strafvertei-  
diger 1988, S. 509) einer Zeugin ein Auskunftsver-  
weigerungsrecht zugebilligt, weil der der Urkun-  
denfälschung Angeklagte in seiner Einlassung  
behauptet hatte, die Zeugin habe das inkriminierte  
Testament gefälscht.
- 46 BGH Strafverteidiger 1987, S. 328, 329
- 47 s. hierzu auch BGH Strafverteidiger 1986, S. 282.  
Dahs in Löwe-Rosenberg, StPO, 24. Aufl., § 56  
Rdnr. 5: "Das Gericht wird ... sich immer damit  
begnügen müssen, daß der Zeuge...beschwört, er  
nehme nach bestem Wissen an, daß er durch die  
Auskunft sich...der Gefahr der Verfolgung...ausset-  
zen würde."
- 48 BGH Strafverteidiger 1983, S. 353
- 49 BGHR StPO, § 55 Abs. 1, Auskunftsverweigerung 6
- 50 s. ergänzend zur Historie des § 55 StPO Geerds,  
Stock-Festschrift S. 172 f
- 51 BVerfGE 56, 39
- 52 Zusammenfassend zur Diskussion über die Kon-  
sequenzen der Gemeinschuldner-Entscheidung des  
Bundesverfassungsgerichts im strafprozessualen  
Bereich s. Verrel, Nemo tenetur - Rekonstruktion  
eines Verfahrensgundsatzes, NStZ 1997,  
S. 361 ff., 415 ff
- 53 s. hierzu näher Friedrich-Christian Schroeder,  
Strafprozeßrecht, 2. Auflage 1997 Rand-Nr. 371 f;  
Dingeldey, JA 1984, S. 407, 408
- 54 JZ 1958, S. 496
- 55 Das Bundesverfassungsgericht hat dies in der  
Entscheidung NStZ 1995, S. 555 nochmals ein-  
drücklich zusammengefaßt.
- 56 s. hierzu schon Bruns, Festschrift für Schmidt-  
Leichner, 1977, S. 7, der bei der Selbstbezihti-  
gungsfreiheit auf die materiellen Rechtspositionen  
und nicht auf die aktuelle Verfahrensrolle abstellt.
- 57 so überdeutlich BGH Strafverteidiger 1986, S. 282
- 58 s. hierzu Wolter, Zur Theorie und Systematik  
des Strafprozeßrechts, 1995, S. 273 f, der das  
Prinzip sogar dem Kern des Grundrechtsschutzes  
zuordnet, der durch kein denkbare Interesse der  
Strafrechtspflege angetastet werden dürfe
- 59 s. hierzu Liskan, Innere Gefahren für den Rechts-  
staat des Grundgesetzes, Deutsche Richterzeitung  
1992, S. 250, 255